



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
N. WAHL  
van 20 oktober 2016<sup>1</sup>

**Zaak C-413/14 P**

**Intel Corporation Inc.  
tegen**

**Europese Commissie**

## Inhoud

I – Toepasselijke bepalingen .....	4
II – Voorgeschiedenis van het geding .....	5
III – Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest .....	8
IV – Procedure bij het Hof en conclusies van partijen .....	8
V – Beoordeling van de middelen .....	9
A – Inleidende opmerkingen .....	9
B – Eerste middel: de juridische maatstaf die moet worden gehanteerd bij de beoordeling van zogeheten „exclusiviteitskortingen” .....	11
1. Belangrijkste argumenten van partijen .....	11
2. Analyse .....	12
a) Primaire beoordeling van rekwirantes kortingen en betalingen door het Gerecht .....	12
i) Basisbeginselen van de rechtspraak van het Hof inzake kortingen .....	13
ii) De omstandigheden van het geval als middel om te bepalen of de gelaakte gedragingen de mededinging kunnen beperken .....	16
iii) Er zijn volgens de rechtspraak slechts twee categorieën kortingen .....	17

<sup>1</sup> Oorspronkelijke taal: Engels.

– Een op vorm gebaseerd vermoeden van onrechtmatigheid valt niet te weerleggen .....	18
– Getrouwheidskortingen zijn niet altijd schadelijk .....	19
– De gevolgen van getrouwheidskortingen zijn contextafhankelijk .....	20
– Bij aanverwante praktijken is de aanmerkingneming van alle omstandigheden een vereiste .....	21
iv) Tussenconclusie .....	22
b) Subsidiare beoordeling van het Gerecht, betreffende de mogelijkheid van mededingingsbeperking .....	22
i) Mogelijkheid en/of waarschijnlijkheid .....	23
ii) De factoren die het Gerecht in aanmerking heeft genomen om het misbruik vast te stellen .....	24
iii) Andere omstandigheden .....	26
– Marktdekking .....	26
– Duur .....	28
– Marktprestaties van de concurrent en dalende prijzen .....	30
– AEC-criterium .....	30
c) Conclusie .....	32
C – Tweede middel: inaanmerkingneming van de marktdekking bij de beoordeling of een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt .....	33
1. Belangrijkste argumenten van partijen .....	33
2. Analyse .....	33
D – Derde middel: kwalificatie van bepaalde kortingen als „exclusiviteitskortingen” .....	36
1. Belangrijkste argumenten van partijen .....	36
2. Analyse .....	36
E – Vierde middel: rechten van verdediging .....	39
1. Belangrijkste argumenten van partijen .....	39
2. Analyse .....	39
a) De betrokken bijeenkomst was een verhoor in de zin van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 .....	40
b) De interne notitie heeft de procedurele onregelmatigheid niet goedge maakt .....	43
c) Consequentie van het feit dat de betrokken overeenkomst niet is vastgelegd .....	44

F – Vijfde middel: bevoegdheid .....	49
1. Belangrijkste argumenten van partijen .....	49
2. Analyse .....	50
a) Algemene opmerkingen: uitvoering en/of gevolgen? .....	51
b) Beoordeling van de toepassing van de relevante bevoegdheidscriteria door het Gerecht .....	55
i) Uitvoering .....	55
ii) „Gekwalificeerde” gevolgen .....	57
G – Zesde middel: bedrag van de geldboete .....	59
1. Belangrijkste argumenten van partijen .....	59
2. Analyse .....	59
VI – Consequenties van de analyse .....	62
VII – Conclusie .....	62

„Hogere voorziening – Artikel 102 VWEU – Misbruik van machtspositie – Getrouwheidskortingen – Kwalificatie als misbruik – Juridische maatstaf – Eén enkele voortgezette inbreuk – Rechten van verdediging – Artikel 19 van verordening (EG) nr. 1/2003 – Gesprek met betrekking tot het onderwerp van het onderzoek – Bevoegdheid van de Commissie – Uitvoering – Gevolgen”

1. Met deze hogere voorziening verzoekt Intel Corporation (hierna: „Intel” of „rekwirante”) om vernietiging van het arrest van 12 juni 2014, Intel/Commissie<sup>2</sup>, waarbij het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2009) 3726 definitief van de Commissie van 13 mei 2009 betreffende een procedure overeenkomstig artikel 82 [EG] (thans artikel 102 VWEU) en artikel 54 van de EER-Overeenkomst (Zaak COMP/C-3/37.990 – Intel) (hierna: „litigieuze beschikking”)<sup>3</sup>, heeft verworpen.

2. Deze zaak stelt enkele belangrijke en principiële vragen aan de orde, die onder meer betrekking hebben op de toepassing van het begrip „één enkele voortgezette inbreuk” in het kader van (thans) artikel 102 VWEU, de mate waarin de Commissie vrij is om de tijdens haar onderzoeken gevoerde gesprekken al dan niet vast te leggen, en de extraterritoriale bevoegdheid van de Commissie in mededingingszaken.

<sup>2</sup> T-286/09, EU:T:2014:547 (hierna: „bestreden arrest”).

<sup>3</sup> Zie voor een samenvatting van deze beschikking PB 2009, C 227, blz. 13.

3. Daarnaast biedt deze zaak het Hof de gelegenheid zijn rechtspraak over misbruik van machtspositie in de zin van (thans) artikel 102 VWEU te preciseren. Meer bepaald rijst de vraag of het in het licht van de uit het arrest Hoffmann-La Roche<sup>4</sup> voortvloeiende rechtspraak gerechtvaardigd is een onderscheid te maken tussen verschillende soorten kortingen. Het Hof zal met inachtneming van die rechtspraak moeten bepalen welke juridische maatstaf moet worden gehanteerd met betrekking tot een bepaald type kortingen, door het Gerecht in het bestreden arrest aangeduid als „exclusiviteitskortingen”.

4. Met name zal het Hof zich moeten uitspreken over de vraag of het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat kortingen als in de onderhavige zaak aan de orde naar hun aard afbreuk doen aan de mededinging, zodat het niet nodig is alle omstandigheden in aanmerking te nemen om te bepalen of zij daadwerkelijk de mededinging op een bepaalde markt kunnen beperken.

## I – Toepasselijke bepalingen

5. Volgens overweging 25 van verordening (EG) nr. 1/2003<sup>5</sup> moet de Commissie met name iedere persoon kunnen horen die mogelijkerwijs over nuttige informatie beschikt, en de verklaringen van die persoon kunnen registreren.

6. Artikel 19 van die verordening, dat betrekking heeft op de bevoegdheid van de Commissie tot het opnemen van verklaringen, bepaalt in lid 1:

„Ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken kan de Commissie alle natuurlijke personen of rechtspersonen horen die daarin toestemmen, teneinde inlichtingen te verzamelen over het onderwerp van het onderzoek.”

7. Artikel 27, lid 2, van dezelfde verordening bepaalt:

„Het recht van verdediging van de partijen wordt in de loop van de procedure ten volle geëerbiedigd. De partijen hebben het recht tot inzage van het dossier van de Commissie, onder voorbehoud van het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid prijs worden gegeven. Het recht tot inzage van het dossier geldt niet voor vertrouwelijke inlichtingen en interne documenten van de Commissie of de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. [...]”

8. Volgens overweging 3 van verordening (EG) nr. 773/2004<sup>6</sup> moeten personen die door de Commissie worden ondervraagd, door deze instelling op de hoogte worden gebracht van het doel van het verhoor, alsmede van elke registratie die van dit verhoor kan worden gemaakt.

9. Artikel 3 van die verordening, dat betrekking heeft op de bevoegdheid van de Commissie tot het opnemen van verklaringen, bepaalt:

„1. Wanneer de Commissie overeenkomstig artikel 19 van verordening [nr. 1/2003] een persoon hoort die daarin toestemt, geeft zij bij aanvang van het verhoor de rechtsgrondslag en het doel van dat verhoor aan en verwijst zij naar het vrijwillige karakter ervan. Zij stelt de ondervraagde ook in kennis van haar voornemen om het verhoor te registreren.

4 Arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, EU:C:1979:36; hierna: „arrest Hoffmann-La Roche”).

5 Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1).

6 Verordening van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2004, L 123, blz. 18).

2. Het verhoor kan met alle middelen worden afgenomen, met inbegrip van telefoon of langs elektronische weg.

3. De Commissie kan de verklaringen van de ondervraagden in om het even welke vorm registreren. Een kopie van elke registratie wordt ter goedkeuring aan de ondervraagde ter beschikking gesteld. Indien nodig bepaalt de Commissie de termijn waarbinnen de ondervraagde haar eventuele correcties kan meedelen die aan zijn verklaring moeten worden aangebracht.”

## II – Voorgeschiedenis van het geding

10. De voorgeschiedenis van het geding, zoals in het bestreden arrest uiteengezet, laat zich als volgt samenvatten.

11. Intel is een vennootschap naar Amerikaans recht die zich bezighoudt met het ontwerpen, de ontwikkeling, de productie en het op de markt brengen van microprocessors (hierna: „CPU's”), chipsets en andere halfgeleidercomponenten, alsook van platformoplossingen voor gegevensverwerking en communicatieapparatuur.

12. Op 18 oktober 2000 heeft Advanced Micro Devices (hierna: „AMD”) bij de Commissie een formele klacht ingediend op grond van verordening nr. 17<sup>7</sup>, die zij in een aanvullende klacht van 26 november 2003 met nieuwe feiten en beweringen heeft gecompleteerd.

13. In mei 2004 is de Commissie onderzoeken gestart, waarbij zij zich met name heeft gericht op bepaalde beweringen in de aanvullende klacht van AMD.

14. Op 17 juli 2006 heeft AMD bij het Bundeskartellamt (Duitse federale mededingingsautoriteit) een klacht ingediend waarin zij stelde dat Intel onder meer afscherpende afzetregelingen had getroffen met Media-Saturn-Holding GmbH (hierna: „MSH”), een Europese detailhandelaar in consumentenelektronica en de grootste detailhandelaar in Europa voor desktopcomputers. Het Bundeskartellamt heeft hierover informatie uitgewisseld met de Commissie.

15. Op 23 augustus 2006 heeft de Commissie een bijeenkomst belegd met een hoge bestuurder, de heer D1, van Dell Inc., een afnemer van Intel.<sup>8</sup> De Commissie heeft de indicatieve lijst van onderwerpen van deze bijeenkomst niet bij de stukken van de zaak gevoegd en heeft van deze bijeenkomst geen notulen opgemaakt. Wel is enige tijd na deze bijeenkomst door een lid van het met het betrokken dossier belaste team van de Commissie een notitie daarover opgesteld, die de Commissie als intern heeft aangemerkt. Op 19 december 2008 heeft de Commissie rekwirante een niet-vertrouwelijke versie van deze notitie verstrekt.

16. Op 26 juli 2007 heeft de Commissie rekwirante een mededeling van punten van bezwaar ter kennis gebracht (hierna: „mededeling van punten van bezwaar van 2007”) over haar handelwijze ten aanzien van vijf grote computerfabrikanten (Original Equipment Manufacturers; hierna: „OEM's”), te weten Dell, Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. en International Business Machines Corp. (IBM).

7 Verordening van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 1962, 13, blz. 204).

8 Weggelaten vertrouwelijke gegevens. Ter waarborging van de anonimiteit zal hierna – net als in eerste aanleg – de naam van de betrokken persoon worden vervangen door de beginletter van de naam van de onderneming waarvan hij medewerker is, gevolgd door een cijfer.

17. Op 17 juli 2008 heeft de Commissie rekwirante een aanvullende mededeling van punten van bezwaar doen toekomen over haar handelwijze ten aanzien van MSH en Lenovo Group Ltd (hierna: „Lenovo”). Die mededeling bevatte nieuw bewijs omtrent de gedragingen van Intel ten aanzien van sommige van de OEM’s waarop de mededeling van punten van bezwaar van 2007 betrekking had, dat de Commissie na de bekendmaking van die mededeling had verkregen.

18. Na diverse procedurele stappen heeft de Commissie op 13 mei 2009 de litigieuze beschikking gegeven, waarin zij zich op het standpunt heeft gesteld dat Intel van oktober 2002 tot december 2007 inbreuk had gemaakt op artikel 82 EG en artikel 54 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER), door een strategie toe te passen die erop was gericht een concurrent, te weten AMD, van de markt van CPU’s met de x86-architectuur (hierna: „x86-CPU’s”) uit te sluiten.

19. Die beschikking bevat onder meer de volgende overwegingen.

20. De betrokken producten zijn CPU’s. De x86-architectuur is een door Intel voor haar CPU’s ontworpen norm die geschikt is voor zowel Windows als Linux als besturingsstelsel. Windows is grotendeels met de x86-instructieset verbonden. Vóór 2000 waren er diverse fabrikanten van x86-CPU’s actief. Het merendeel daarvan is echter inmiddels van de markt verdwenen. Volgens de litigieuze beschikking zijn Intel en AMD vrijwel de enige bedrijven die nog x86-CPU’s vervaardigen.

21. Verder is de Commissie in de litigieuze beschikking tot de conclusie gekomen dat de betrokken productmarkt niet meer omvatte dan de markt van x86-CPU’s. De litigieuze beschikking laat de vraag open of er sprake is van één enkele markt van x86-CPU’s voor alle computers of veeleer van drie afzonderlijke markten, te weten de markt van x86-CPU’s voor desktopcomputers, de markt van x86-CPU’s voor laptopcomputers en de markt van x86-CPU’s voor servers. Gelet op Intels marktaandeel in elk segment verandert dit volgens de litigieuze beschikking echter niets aan de vaststelling dat Intel een machtspositie innam.

22. In de litigieuze beschikking is de geografische markt als wereldomspannend gedefinieerd.

23. Wat de machtspositie betreft, staat in de litigieuze beschikking te lezen dat Intel gedurende de door de Commissie onderzochte periode van tien jaar (1997-2007) steeds een marktaandeel had van ongeveer 70 % of meer. Bovendien heeft de Commissie aanzienlijke barrières voor het betreden van de markt van x86-CPU’s en voor expansie op die markt vastgesteld, die volgens haar met name het gevolg zijn van de verzonken investeringen in onderzoek en ontwikkeling, intellectuele eigendom en productiefaciliteiten die voor de fabricage van x86-CPU’s nodig zijn. Gezien het marktaandeel van Intel en de geconstateerde barrières voor toegang tot en expansie op de betrokken markt, is de Commissie tot de conclusie gekomen dat Intel in ieder geval in de periode waarop de litigieuze beschikking betrekking heeft, van oktober 2002 tot december 2007, een machtspositie op die markt innam.

24. De Commissie heeft in de litigieuze beschikking twee soorten gedragingen van Intel ten aanzien van haar handelspartners beschreven, te weten voorwaardelijke kortingen en „onverbloemde concurrentiebeperkingen” (naked restrictions).

25. Wat de eerste soort gedragingen betreft, staat in de litigieuze beschikking te lezen dat Intel kortingen heeft verleend aan vier OEM’s, te weten Dell, Lenovo, HP en NEC, op voorwaarde dat zij al of vrijwel al hun x86-CPU’s bij haar inkochten. Ook heeft Intel betalingen gedaan aan MSH, waaraan de voorwaarde was verbonden dat deze onderneming uitsluitend computers verkocht die met x86-CPU’s van haar waren uitgerust.



26. De door Intel verleende voorwaardelijke kortingen worden in de litigieuze beschikking als getrouwheidskortingen aangemerkt. Wat Intels voorwaardelijke betalingen aan MSH betreft, stelt de Commissie in de litigieuze beschikking vast dat het economische mechanisme van deze betalingen vergelijkbaar is met dat van de voorwaardelijke kortingen voor de OEM's.

27. De litigieuze beschikking bevat ook een economische analyse van de mogelijkheid om via de betrokken kortingen en betalingen een concurrent uit te sluiten die even efficiënt is als Intel (criterium van de „as efficient competitor”; hierna: „AEC-criterium”).<sup>9</sup>

28. Op grond van een en ander komt de Commissie tot de conclusie dat de door Intel verleende voorwaardelijke kortingen en verrichte betalingen de getrouwheid van strategisch belangrijke OEM's en van MSH hebben verzekerd. Een bijkomend effect was dat het vermogen van concurrenten om op de prestaties van hun x86-CPU's te concurreren, aanzienlijk werd beperkt. De mededingingsversturende gedragingen van Intel resulteerden bijgevolg in minder keuzevrijheid voor de consument en een geringere prikkel tot innovatie.

29. Wat de tweede soort in de litigieuze beschikking beschreven gedragingen betreft, de „onverbloemde concurrentiebeperkingen”, staat in de litigieuze beschikking te lezen dat Intel bij betalingen aan drie OEM's, te weten HP, Acer en Lenovo, de voorwaarde heeft gesteld dat zij de lancering van producten met door AMD vervaardigde CPU's uitstelden of annuleerden en/of restricties hanteerden ten aanzien van de distributie van deze producten. Die handelwijze van Intel heeft volgens de Commissie de mededinging schade toegebracht omdat de consument daardoor in zijn keuzevrijheid werd beperkt, en vormde in haar ogen geen normale mededinging op basis van kwaliteit.

30. De Commissie komt in de litigieuze beschikking tot de conclusie dat elk van de gedragingen van Intel ten aanzien van bovengenoemde OEM's en ten aanzien van MSH misbruik in de zin van artikel 102 VWEU opleverde, en dat de afzonderlijke misbruiken bovendien een algemene strategie vormden die erop was gericht AMD, Intels enige concurrent van betekenis, van de markt van x86-CPU's te verdringen. Deze misbruiken vormden derhalve samen één enkele inbreuk op artikel 102 VWEU.

31. Op grond van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd (hierna: „richtsnoeren van 2006”)<sup>10</sup>, heeft de Commissie rekwirante een geldboete van 1,06 miljard EUR opgelegd.

32. De litigieuze beschikking bepaalt:

„Artikel 1

Intel [...] heeft zich van oktober 2002 tot december 2007 schuldig gemaakt aan één enkele voortgezette inbreuk op artikel [102 VWEU] en artikel 54 van de EER-Overeenkomst door een strategie toe te passen die erop was gericht de markt van x86-CPU's voor concurrenten af te scherm. Daartoe heeft Intel:

(a) in het tijdvak van december 2002 tot december 2005 kortingen verleend aan Dell waarvan de hoogte was gebonden aan de voorwaarde dat Dell al haar x86-CPU's van Intel betrok;

<sup>9</sup> Met deze analyse wordt bepaald tegen welke prijs een even efficiënte concurrent als Intel zijn CPU's had moeten aanbieden om een OEM te compenseren voor het mislopen van de korting van Intel.

<sup>10</sup> PB 2006, C 210, blz. 2.

- (b) in het tijdvak van november 2002 tot mei 2005 kortingen verleend aan HP waarvan de hoogte was gebonden aan de voorwaarde dat HP ten minste 95 % van de x86-CPU's voor haar zakelijke desktopcomputers van Intel betrok;
- (c) in het tijdvak van oktober 2002 tot november 2005 kortingen verleend aan NEC waarvan de hoogte was gebonden aan de voorwaarde dat NEC ten minste 80 % van de x86-CPU's voor haar client-pc's van Intel betrok;
- (d) in het tijdvak van januari 2007 tot december 2007 kortingen verleend aan Lenovo waarvan de hoogte was gebonden aan de voorwaarde dat Lenovo alle x86-CPU's voor haar laptopcomputers van Intel betrok;
- (e) in het tijdvak van oktober 2002 tot december 2007 betalingen verricht aan [MSH] waarvan de hoogte was gebonden aan de voorwaarde dat [MSH] uitsluitend met x86-CPU's van Intel uitgeruste computers verkocht;
- (f) in het tijdvak van november 2002 tot mei 2005 betalingen verricht aan HP onder de voorwaarde dat HP: i) zich voor haar met x86-CPU's van AMD uitgeruste zakelijke desktopcomputers op kleine en middelgrote ondernemingen en op afnemers binnen overheid, onderwijs en medische wereld in plaats van op grote zakelijke afnemers richtte; ii) haar distributiepartners verbood voorraden aan te houden van haar met x86-CPU's van AMD uitgeruste zakelijke desktopcomputers, zodat deze computers door afnemers uitsluitend konden worden betrokken door de producten bij HP te bestellen (hetzij rechtstreeks, hetzij via distributiepartners van HP die optraden als handelsagent); iii) de lancering van haar met een x86-CPU van AMD uitgeruste zakelijke desktopcomputer in de regio [Europa, Midden-Oosten en Afrika] met zes maanden uitstelde;
- (g) in het tijdvak van september 2003 tot januari 2004 betalingen verricht aan Acer onder de voorwaarde dat Acer de lancering van een met een x86-CPU van AMD uitgeruste laptopcomputer uitstelde;
- (h) in het tijdvak van juni 2006 tot december 2006 betalingen verricht aan Lenovo onder de voorwaarde dat Lenovo de lancering van haar met x86-CPU's van AMD uitgeruste laptopcomputers uitstelde en, uiteindelijk, annuleerde."

### **III – Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest**

33. Bij op 22 juli 2009 neergelegd verzoekschrift heeft rekwirante bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld. De Association for Competitive Technology, Inc. (hierna: „ACT”) heeft aan de zijde van Intel geïntervenieerd.

34. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep in zijn geheel verworpen.

### **IV – Procedure bij het Hof en conclusies van partijen**

35. Met haar op 26 augustus 2014 bij het Hof ingestelde hogere voorziening verzoekt Intel het Hof:

- het bestreden arrest geheel of gedeeltelijk te vernietigen;
- de litigieuze beschikking geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren;
- de opgelegde geldboete in te trekken of aanzienlijk te verlagen;



- subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor afdoening overeenkomstig het arrest van het Hof;
  - de Commissie te verwijzen in de kosten van deze procedure en van de procedure bij het Gerecht.
36. ACT heeft een memorie van antwoord ter ondersteuning van rekwirantes conclusies ingediend.
37. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van rekwirante in de kosten.
38. Intel, ACT en de Commissie hebben ter terechtzitting van 21 juni 2016 pleidooi gehouden.

## V – Beoordeling van de middelen

39. Rekwirante voert in hogere voorziening zes middelen aan. Het eerste middel betreft onjuiste rechtsopvattingen bij de juridische kwalificatie van kortingen die door het Gerecht „exclusiviteitskortingen” zijn genoemd. Het tweede middel heeft betrekking op een onjuiste rechtsopvatting bij de vaststelling van een inbreuk in 2006 en 2007, en bij de beoordeling van de relevantie van het beïnvloede deel van de markt. Het derde middel betreft een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de kwalificatie als „exclusiviteitskortingen” van bepaalde kortingsregelingen die slechts betrekking hadden op minder dan de helft van de aankopen van een afnemer. Het vierde middel heeft betrekking op een procedurefout als gevolg van een onjuiste uitlegging van artikel 19 van verordening nr. 1/2003, gelezen in samenhang met artikel 3 van verordening nr. 773/2004, ten aanzien van het ontbreken van een verplichting om een onderhoud te registreren. Het vijfde middel is gebaseerd op schending van artikel 102 VWEU en heeft betrekking op de bevoegdheid van de Commissie om deze bepaling toe te passen op de door rekwirante in 2006 en 2007 met Lenovo gesloten overeenkomsten betreffende de Chinese markt. Het zesde middel ten slotte gaat over het bedrag van de geldboete: het Gerecht zou blij hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de richtsnoeren van 2006 met terugwerkende kracht toe te passen.

40. Ik zal deze middelen na elkaar behandelen, maar acht het zinvol eerst enkele inleidende opmerkingen over de opzet en de ratio van artikel 102 VWEU te maken, die vervolgens als uitgangspunt voor de beoordeling van de eerste drie middelen zullen dienen.

## A – Inleidende opmerkingen

41. De mededingingsregels van de Unie zijn van oudsher bedoeld om een stelsel van onvervalste mededinging in te voeren, als onderdeel van de door de Unie tot stand gebrachte interne markt.<sup>11</sup> In zoverre kan niet genoeg worden benadrukt dat die regels het concurrentieproces als zodanig beogen te beschermen, en niet – bijvoorbeeld – individuele concurrenten.<sup>12</sup> Zij strekken ook niet tot bescherming van concurrenten die als gevolg van stevige concurrentie en niet als gevolg van mededingingsverstoring gedrag van de markt worden verdrongen. Wanneer een onderneming van de

<sup>11</sup> Zie arrest van 17 februari 2011, *TeliaSonera* (C-52/09, EU:C:2011:83, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest *TeliaSonera*”). Zoals het Hof in dat arrest heeft verklaard, beogen de mededingingsregels van de Unie te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de verbruikers, en dragen zij aldus bij tot het welzijn in de Unie.

<sup>12</sup> Zoals het Hof heeft opgemerkt, heeft artikel 102 VWEU niet tot doel ervoor te zorgen dat minder efficiënte concurrenten dan de onderneming met een machtspositie op de markt aanwezig blijven. Zie arrest van 27 maart 2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, punten 21 en 22; hierna: „arrest *Post Danmark I*”).

markt verdwijnt, duidt dit dus niet per definitie op misbruikpraktijken, maar kan dit ook een teken zijn van agressieve, maar gezonde en toelaatbare concurrentie.<sup>13</sup> Gezien zijn economische karakter beoogt het mededingingsrecht immers uiteindelijk efficiëntie te bevorderen, een uitgangspunt dat in mijn ogen ook duidelijk in de rechtspraak van de rechters van de Unie wordt weerspiegeld.

42. Een vanzelfsprekend gevolg van die nadruk op efficiëntie is dat een machtspositie als zodanig niet in strijd wordt geacht met artikel 102 VWEU. Alleen gedrag dat de uitdrukking vormt van marktmacht ten nadele van de mededinging en daarmee van de consument, is verboden en wordt dus als *misbruik* van machtspositie bestraft.

43. Een logisch uitvloeisel van de beoogde efficiëntieverbetering is dat de mededingingsversturende *gevolgen* van een bepaalde praktijk van cruciaal belang zijn. Of we nu te maken hebben met een „beperking naar strekking” in de zin van artikel 101 VWEU, waarvoor met een minder diepgravend onderzoek kan worden volstaan<sup>14</sup>, dan wel met het onder artikel 102 VWEU vallende gedrag van één onderneming, het doel van de mededingingsregels van de Unie is om gedrag aan te pakken dat mededingingsversturende gevolgen heeft. De vorm van een bepaalde praktijk is tot dusver niet van belang geacht.

44. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest onderscheid gemaakt tussen drie categorieën kortingen, namelijk kwantumkortingen, „exclusiviteitskortingen” en andersoortige kortingen waarbij het mechanisme voor verlening van de korting een getrouwheidsbevorderend effect kan hebben. In tegenstelling tot een puur op de omvang van de aankopen gebaseerd kortingssysteem (categorie 1), dat een afspiegeling vormt van verbeterde efficiëntie en schaalvoordelen, zijn systemen van exclusiviteitskortingen (categorie 2) volgens de door het Gerecht gemaakte indeling onverenigbaar met het doel van onvervalste mededinging op de interne markt. De verlening van dergelijke kortingen is afhankelijk van de voorwaarde dat de afnemer zich voor al of vrijwel al zijn behoeften bij de onderneming met een machtspositie bevoorraadt.<sup>15</sup>

45. Naast de twee genoemde categorieën kortingen wordt in het bestreden arrest nog een restcategorie kortingen genoemd, namelijk kortingen die gebaseerd zijn op een getrouwheidsbevorderend mechanisme, maar waarvan de toekenning niet rechtstreeks aan een voorwaarde van exclusieve of quasi-exclusieve bevoorrading is gebonden (categorie 3). Tot die categorie behoren bijvoorbeeld retroactieve kortingen.<sup>16</sup> Het Gerecht heeft zich op het standpunt gesteld dat kortingen van de derde categorie moeten worden onderscheiden van „exclusiviteitskortingen” omdat de verlening ervan niet rechtstreeks aan een exclusiviteitsvoorwaarde is gebonden. Om die reden moeten volgens het Gerecht *alle omstandigheden* in aanmerking worden genomen om te bepalen of dergelijke kortingen de mededinging kunnen beperken.<sup>17</sup>

46. Het Gerecht heeft de door rekwirante verleende kortingen en verrichte betalingen wegens hun voorwaardelijke karakter gekwalificeerd als „exclusiviteitskortingen”. Onder verwijzing naar de uit het arrest Hoffmann-La Roche voortvloeiende rechtspraak heeft het geoordeeld dat die kwalificatie als kortingen van de tweede categorie volstaat om vast te stellen dat de betrokken onderneming haar machtspositie heeft misbruikt. Het is dan volgens het Gerecht niet langer nodig *alle omstandigheden* in aanmerking te nemen om te bepalen of het gedrag de mededinging kan beperken, omdat enkel en

13 Arrest Post Danmark I (punten 21 en 22).

14 Zie voor de voordelen van het gebruik van het begrip „mededingingsbeperkende strekking” mijn conclusie in de zaak CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punt 35).

15 Bestreden arrest (punt 76 en 77). Zie ook arrest Hoffmann-La Roche (punt 89).

16 Bestreden arrest (punten 75 en 78).

17 Bestreden arrest (punten 78 en 82).

alleen op grond van de vorm van het gedrag kan worden aangenomen dat dit het geval is. Dergelijke „exclusiviteitskortingen” zijn volgens het Gerecht namelijk erop gericht de afnemer, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen of minder keus te laten en dus te verhinderen dat hij zich bij concurrerende fabrikanten bevoorraadt.<sup>18</sup>

47. Het hele bestreden arrest is dan ook gebaseerd op de aanname dat door een onderneming met een machtspositie aangeboden „exclusiviteitskortingen” altijd en zonder uitzondering in mededingingsverstorende uitsluiting resulteren. Op grond van die aanname heeft het Gerecht geoordeeld dat de context van de betrokken gedragingen niet in ogenschouw hoefde te worden genomen en, in het verlengde daarvan, dat niet hoefde te worden onderzocht of die gedragingen afbreuk konden doen aan de mededinging.

48. Voor het lot van de eerste drie middelen van de hogere voorziening is dus uiteindelijk bepalend of het Hof die aanname juist acht.

## **B – Eerste middel: de juridische maatstaf die moet worden gehanteerd bij de beoordeling van zogeheten „exclusiviteitskortingen”**

### ***1. Belangrijkste argumenten van partijen***

49. Intel stelt in de eerste plaats, daarbij ondersteund door ACT, dat het Gerecht fouten heeft gemaakt bij de juridische kwalificatie van wat door hem „exclusiviteitskortingen” zijn genoemd, dat wil zeggen „getrouwheidskortingen in de zin van de rechtspraak Hoffmann-La Roche”<sup>19</sup>. In haar ogen heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat dergelijke kortingen, in tegenstelling tot andersoortige kortingen en tariefpraktijken, naar hun aard de mededinging kunnen beperken en dus afbreuk doen aan de mededinging, zonder dat de feitelijke context in ogenschouw hoeft te worden genomen of de mogelijkheid van mededingingsbeperking door die kortingen hoeft te worden onderzocht.<sup>20</sup> Rekwirante verwijt het Gerecht in dit verband de vaststelling van misbruik te hebben bevestigd, zonder te zijn nagegaan in hoeverre het waarschijnlijk was dat de mededinging werd geschaad. Intel stelt bovendien dat het Gerecht hoe dan ook tot de onjuiste subsidiaire vaststelling is gekomen dat de in deze zaak aan de orde zijnde kortingen tot een beperking van de mededinging konden leiden.<sup>21</sup>

50. De Commissie concludeert tot afwijzing van het eerste middel. Zij stelt in wezen dat dit middel berust op een misvatting, namelijk dat „exclusiviteitskortingen” loutere tariefpraktijken zijn. Volgens de Commissie is er een wezenlijk verschil tussen „exclusiviteitskortingen” en andere tariefpraktijken. Kortingen waaraan een exclusiviteitsvoorwaarde is verbonden, vertonen in haar ogen kenmerken die het overbodig maken na te gaan of zij in een specifiek geval de mededinging kunnen beperken. De Commissie meent met name dat in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot kortingen geen steun kan worden gevonden voor rekwirantes standpunt dat er geen onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen „exclusiviteitskortingen” en andere kortingen met een getrouwheidsbevorderend effect of tariefpraktijken.

51. Voor zover het Gerecht in het bestreden arrest subsidiair de mogelijkheid van mededingingsbeperking door de betrokken kortingen heeft onderzocht, is de Commissie van mening dat rekwirante geen enkel argument heeft aangedragen op grond waarvan die subsidiaire beoordeling in twijfel kan worden getrokken.

<sup>18</sup> Bestreden arrest (punten 76 en 77).

<sup>19</sup> Bestreden arrest (punt 76).

<sup>20</sup> Bestreden arrest (punt 99).

<sup>21</sup> Bestreden arrest (punten 172-197).

## 2. Analyse

52. Het eerste middel stelt in essentie de vraag aan de orde, aan de hand van welke juridische maatstaf zogeheten „exclusiviteitskortingen” moeten worden beoordeeld. Er moet met andere woorden worden nagegaan of het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat niet „alle omstandigheden” in aanmerking hoeven te worden genomen om te bepalen of dergelijke kortingen afbreuk kunnen doen aan de mededinging. Simpel gezegd: heeft het Gerecht terecht gemeend dat wegens de vorm van „exclusiviteitskortingen” zelfs de feitelijke context dergelijke kortingen niet aan veroordeling kan doen ontsnappen?

53. Anders dan de Commissie in haar memories heeft gesuggereerd, zie ik om te beginnen geen reden waarom het Hof het eerste middel niet in zijn geheel zou mogen onderzoeken. Met dit middel komt rekwirante duidelijk op tegen de kwalificatie van de door haar verleende kortingen en verrichte betalingen als „exclusiviteitskortingen”, die volgens het Gerecht moeten worden onderscheiden van andere getrouwheidsbevorderende kortingen. Zij verwijt het Gerecht meer in het bijzonder dat het onnodig heeft geacht alle omstandigheden te beoordelen alvorens tot de conclusie te komen dat de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU opleverden. Intel acht ook de door het Gerecht subsidiair verrichte beoordeling van de „mogelijkheid van mededingingsbeperking” onjuist.<sup>22</sup> In haar ogen heeft het Gerecht bij die beoordeling verschillende omstandigheden die relevant waren voor de vraag of de gelaakte gedragingen de mededinging konden beperken, niet naar behoren in aanmerking genomen. De vraag of dit het geval is, heeft weliswaar veel weg van een hernieuwd feitenonderzoek, maar kan toch niet aan rechterlijke toetsing ontsnappen, daar het Hof krachtens artikel 256 VWEU bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden.

54. Wat de inhoudelijke beoordeling van het eerste middel betreft, zal ik mij allereerst buigen over de vraag of het Gerecht zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat bij de beoordeling van de door Intel aan de betrokken OEM's aangeboden „exclusiviteitskortingen” en van de door haar met MSH getroffen afzetregelingen niet „alle omstandigheden” in aanmerking hoefden te worden genomen om te bepalen of de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU opleverden. Ik zal daarbij aan de hand van een overzicht van de basisbeginselen van de relevante rechtspraak illustreren dat op grond van die rechtspraak een beoordeling van alle omstandigheden noodzakelijk is. Als een logisch uitvloeisel van die conclusie zal ik daarna de subsidiaire beoordeling van het Gerecht onder de loep nemen, betreffende het vermogen van de door rekwirante aangeboden kortingen om de mededinging te beperken.

### *a) Primaire beoordeling van rekwirantes kortingen en betalingen door het Gerecht*

55. Zoals wij hebben gezien (punten 44-46 van deze conclusie), heeft het Gerecht op basis van de rechtspraak van het Hof drie categorieën kortingen onderscheiden, namelijk kwantumkortingen (categorie 1), „exclusiviteitskortingen”, aan de verlening waarvan de voorwaarde is verbonden dat de afnemer zich voor al of vrijwel al zijn behoeften bij de dominante onderneming bevoorraadt (categorie 2), en andersoortige kortingen, waarbij de toekenning van een financiële stimulans niet rechtstreeks aan een voorwaarde van exclusieve of quasi-exclusieve bevoorrading is gebonden (categorie 3).<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Zie nader de punten 110 e.v. van deze conclusie.

<sup>23</sup> Bestreden arrest (punten 74-78).

56. Volgens het Gerecht waren de aan Dell, HP, NEC en Lenovo verleende kortingen die door de Commissie met name in artikel 1, onder a) tot en met d), van de litigieuze beschikking zijn beschreven, kortingen van de tweede categorie, dat wil zeggen „exclusiviteitskortingen”. Aan die kortingen was namelijk de voorwaarde verbonden dat de genoemde ondernemingen zich, althans in een bepaald segment, bij Intel zouden bevoorraden voor hetzij hun totale behoefte aan x86-CPU's (in het geval van Dell en Lenovo), hetzij een aanzienlijk deel van hun behoefte (95 % in het geval van HP en 80 % in het geval van NEC).<sup>24</sup> Met betrekking tot de betalingen aan MSH heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie niet gehouden was de concrete omstandigheden van de zaak te onderzoeken, maar enkel hoefde aan te tonen dat rekwirante een geldelijke stimulans had toegekend waaraan een exclusiviteitsvoorwaarde was gekoppeld.<sup>25</sup>

57. Met name heeft het Gerecht uit het arrest Hoffmann-La Roche<sup>26</sup> afgeleid dat de kwalificatie van een „exclusiviteitskorting” als misbruik niet afhangt van een analyse van de mogelijkheid van mededingingsbeperking in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak.<sup>27</sup>

58. Volgens rekwirante is deze conclusie rechtens onjuist. Zij stelt in het bijzonder dat het Gerecht ten onrechte geen belang heeft gehecht aan de uitlatingen van het Hof in andere zaken waarin kortingssystemen of tariefpraktijken in het licht van artikel 102 VWEU zijn beoordeeld.

59. Ik zal hierna duidelijk maken waarom ik rekwirantes standpunt deel.

*i) Basisbeginselen van de rechtspraak van het Hof inzake kortingen*

60. In het algemeen staat de rechtspraak van het Hof wantrouwend tegenover verschillende door ondernemingen met een machtspositie gehanteerde kortingssystemen. Dit valt te verklaren uit het feit dat algemeen wordt aangenomen dat op dergelijke ondernemingen een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door hun gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de interne markt.<sup>28</sup> Uit die bijzondere verantwoordelijkheid volgt dat regelingen die de afnemers op enigerlei wijze verplichten zich bij de onderneming met een machtspositie te bevoorraden, als getrouwheidsbevorderend worden gezien en om die reden worden verondersteld misbruik op te leveren.

61. Uit de in het belangwekkende arrest Hoffmann-La Roche ontwikkelde rechtspraak volgt dat op kortingen waaraan de voorwaarde is verbonden dat de afnemer zich voor al of vrijwel al zijn behoeften bij de onderneming met een machtspositie bevoorraadt, een vermoeden van onrechtmatigheid rust. Datzelfde vermoeden rust op andere kortingen die eveneens een getrouwheidsbevorderend karakter hebben, ook al is er formeel geen exclusiviteitsvoorwaarde aan verbonden. Of het nu gaat om met terugwerkende kracht toegekende geïndividualiseerde kortingen, zoals het geval was in de zaken Michelin I<sup>29</sup>, British Airways<sup>30</sup> en Tomra<sup>31</sup>, dan wel om op marktaandeel gebaseerde geïndividualiseerde kortingen, zoals in de zaak Hoffmann-La Roche<sup>32</sup>, het

24 Bestreden arrest (punt 79).

25 Bestreden arrest (punt 171).

26 Arrest Hoffmann-La Roche (punten 89 en 90).

27 Bestreden arrest (punt 81).

28 Zie arrest van 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie (322/81, EU:C:1983:313, punt 57; hierna: „arrest Michelin I”). Zie ook arresten van 2 april 2009, France Télécom/Commissie (C-202/07 P, EU:C:2009:214, punt 105), en 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie (C-280/08 P, EU:C:2010:603, punt 176; hierna: „arrest Deutsche Telekom”), alsmede arrest TeliaSonera (punt 24).

29 Arrest Michelin I (punten 66-71), betreffende kortingen die gebaseerd waren op het behalen van verkoopdoelen.

30 Zie arrest van 15 maart 2007, British Airways/Commissie (C-95/04 P, EU:C:2007:166, punt 52; hierna: „arrest British Airways”), betreffende premies die werden toegekend op basis van de totale behaalde omzet.

31 Zie arrest van 19 april 2012, Tomra Systems e.a./Commissie (C-549/10 P, EU:C:2012:221, punt 75; hierna: „arrest Tomra”), betreffende kortingen als de in deze zaak aan de orde zijnde.

32 Arrest Hoffmann-La Roche (punten 92-100).



Hof heeft dergelijke kortingssystemen steeds schadelijk voor de mededinging geacht. Tot dusver zijn kwantumkortingen de enige soort kortingen waarop niet het vermoeden van onrechtmatigheid rust. Die kortingen zijn uitsluitend aan de omvang van de bij de onderneming met een machtspositie verrichte aankopen gebonden.<sup>33</sup>

62. De door Intel verleende kortingen en verrichte betalingen kunnen worden bestempeld als op marktaandeel gebaseerde getrouwheidskortingen.<sup>34</sup> Om voor korting in aanmerking te komen, dient de afnemer zich voor een bepaald percentage van zijn behoeften bij de onderneming met een machtspositie te bevoorraden. Als gezegd heeft het Gerecht uit het arrest Hoffmann-La Roche afgeleid dat wanneer een korting het karakter heeft van een exclusiviteitskorting (tweede categorie), een analyse van de mogelijkheid van mededingingsbeperking door de korting in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak overbodig is.<sup>35</sup>

63. Het arrest Hoffmann-La Roche had betrekking op een op marktaandeel gebaseerd kortingssysteem waarbij de verlening van korting afhankelijk was van de voorwaarde dat de afnemer zich voor een bepaald percentage van zijn behoeften zou bevoorraden bij de onderneming met een machtspositie. De korting steeg met het percentage van de aldus ingedekte behoeften.<sup>36</sup> Het Hof oordeelde in dat arrest dat, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, getrouwheidskortingen niet berusten op een economische prestatie die een dergelijke last of een dergelijk voordeel vermag te rechtvaardigen. Die kortingen zijn volgens het Hof integendeel erop gericht de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen of minder keus te laten en andere producenten de toegang tot de markt te beletten.<sup>37</sup> Het Hof heeft zich dan ook op het standpunt gesteld dat „als een onderneming op een markt een machtspositie inneemt, [...] een binding der kopers, in dier voege dat zij zich [...] verplichten – dan wel beloven – zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij bedoelde onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel [102 VWEU] [vormt], om het even of zulk een verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd”.<sup>38</sup> Dit geldt volgens het Hof „ook wanneer bedoelde onderneming, zonder de afnemers in formele zin een verplichting op te leggen, hetzij krachtens afspraak, hetzij eenzijdig, een stelsel van getrouwheidskortingen toepast, dat wil zeggen een systeem van rabatten, gebonden aan de voorwaarde dat de afnemer zich, om het even of hij veel of heel weinig aankoopt, voor zijn behoeften goeddeels of uitsluitend bevoorraadt bij de onderneming die bedoelde machtspositie inneemt”.<sup>39</sup>

64. Toen het Hof die belangrijke uitspraak deed, heeft het niet gerept van de noodzaak om alle omstandigheden in aanmerking te nemen teneinde te bepalen of misbruik van machtspositie rechtens genoegzaam was aangetoond.

65. In zoverre is de conclusie waartoe het Gerecht is gekomen, misschien niet verrassend.

33 Zie arrest Hoffmann-La Roche (punt 90). Zie ook arrest van 30 september 2003, Michelin/Commissie (T-203/01, EU:T:2003:250, punt 58; hierna: „arrest Michelin II”). In deze laatste zaak heeft het Gerecht verklaard dat het vermoeden dat kwantumkortingen rechtmatig zijn, niet geldt wanneer van die kortingen een klantenbindende werking uitgaat.

34 Getrouwheidskortingen kunnen worden gedefinieerd als kortingen die worden verleend op voorwaarde dat de afnemer zich in belangrijke of toenemende mate bevoorraadt bij degene die de korting verleent. Deze kortingen zijn van toepassing wanneer de afnemer in een bepaalde periode een vastgesteld verkoopdoel overschrijdt. Het doel kan zijn dat de omvang van de aankopen toeneemt, dat de afnemer al zijn aankopen (of een bepaald percentage daarvan) doet bij degene die de korting verleent, of dat zijn aankopen een bepaalde, op basis van zijn behoeften vastgestelde drempel overschrijden. Een getrouwheidskorting is met andere woorden een korting die een afnemer van een leverancier ontvangt als beloning voor zijn loyaliteit aan die leverancier. Zie OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, DAF/COMP(2008)29, 2008, blz. 97. Beschikbaar op: <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>

35 Bestreden arrest (punten 80 en 81).

36 Zie bijvoorbeeld punt 97 van het arrest Hoffmann-La Roche.

37 Arrest Hoffmann-La Roche (punt 90).

38 Arrest Hoffmann-La Roche (punt 89).

39 Zie arrest Hoffmann-La Roche (punt 89).



66. Ik wijs er echter al meteen op dat in het arrest Hoffmann-La Roche de vaststelling dat de betrokken kortingen onrechtmatig waren, niettemin gebaseerd was op een grondige analyse van, onder meer, de omstandigheden waaronder de kortingen werden verleend en het deel van de markt waarop zij betrekking hadden.<sup>40</sup> Op grond van die beoordeling heeft het Hof verklaard dat de betrokken getrouwheidskortingen bedoeld waren om via de toekenning van een financieel voordeel te verhinderen dat de afnemers zich bij concurrerende fabrikanten zouden gaan bevoorraden.

67. Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt<sup>41</sup>, heeft de rechtspraak zich sinds het arrest Hoffmann-La Roche met name beziggehouden met de vraag aan de hand van welke criteria moet worden bepaald of een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt door gebruik te maken van kortingssystemen waarbij de verlening van korting niet rechtstreeks aan een voorwaarde van exclusieve of quasi-exclusieve bevoorrading is gebonden. Dit zijn de kortingen die tot de in het bestreden arrest genoemde derde categorie behoren.

68. In die latere rechtspraak heeft het Hof steeds het in het arrest Hoffmann-La Roche geformuleerde uitgangspunt herhaald dat op getrouwheidskortingen een vermoeden van onrechtmatigheid rust. Niettemin heeft het, zoals ACT tijdens de terechtzitting terecht heeft opgemerkt, in de praktijk stevast „alle omstandigheden” in aanmerking genomen om te bepalen of de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU opleverden.

69. Zo heeft het Hof in het arrest Michelin I, dat betrekking had op kortingen die afhankelijk waren van het behalen van bepaalde doelen, geoordeeld dat alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van een kortingssysteem dat niet gebaseerd is op exclusieve afname of op een verplichting voor de handelaren om een bepaald deel van hun behoeften bij de onderneming met een machtspositie te dekken.<sup>42</sup> In latere arresten inzake kortingen waaraan niet rechtstreeks een exclusiviteitsvoorwaarde was verbonden, heeft het Hof zich op het standpunt gesteld dat, om uit te maken of een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt, bijvoorbeeld de criteria en modaliteiten voor het verlenen van de kortingen in aanmerking moeten worden genomen, en onderzocht moet worden of deze kortingen een niet door een economische prestatie gerechtvaardigd voordeel zijn en tot doel hebben de koper geen of minder keus te laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten de toegang tot de markt te beletten of de machtspositie te versterken door een vervalste mededinging.<sup>43</sup>

70. Zoals uit de rechtspraak van het Hof blijkt, betekent het feit dat een principiële overweging met betrekking tot een vermoeden van misbruik wordt herhaald, nog niet dat de concrete omstandigheden van de zaak buiten beschouwing worden gelaten. In feite vormt het bestreden arrest een van de zeer weinige gevallen waarin het door het Hof in het arrest Hoffmann-La Roche geformuleerde uitgangspunt letterlijk is toegepast, dat wil zeggen zonder de omstandigheden van het geval te onderzoeken, om tot de conclusie te komen dat een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt.<sup>44</sup> Ter rechtvaardiging van die strenge houding ten aanzien van „exclusiviteitskortingen” heeft het Gerecht in het bestreden arrest overwogen dat aan de door Intel verleende kortingen en verrichte betalingen een exclusiviteitsvoorwaarde was verbonden (op vergelijkbare, zij het niet identieke wijze als in de zaak Hoffmann-La Roche, gelet op het ontbreken van een formele exclusiviteitsverplichting). Op basis daarvan kan de onderhavige zaak volgens het Gerecht worden onderscheiden van de in het voorgaande punt genoemde zaken.

40 Zie arrest Hoffmann-La Roche (punten 92 e.v.).

41 Bestreden arrest (inz. de punten 82 en 83).

42 Zie arrest Michelin I (punt 73).

43 Zie met name arresten British Airways (punt 67), en Tomra (punt 71).

44 Zie voor twee andere op zichzelf staande gevallen arresten van 3 juli 1991, AKZO/Commissie (C-62/86, EU:C:1991:286, punt 149), en 27 april 1994, Gemeente Almelo e.a., (C-393/92, EU:C:1994:171, punt 44). Het is echter van belang erop te wijzen dat de wijze waarop het Hof in het arrest AKZO/Commissie de exclusieve afnameverplichting heeft beoordeeld, moet worden gezien in de context van een groot aantal misbruikpraktijken van AKZO. En de stellige uitspraak van het Hof in het arrest Gemeente Almelo e.a. was een antwoord op een prejudiciële vraag, wat onmiskenbaar beperkingen meebracht voor het onderzoek naar de feiten van de zaak.

71. Er zou daarom gemakkelijk kunnen worden geconcludeerd dat het bestreden arrest op het eerste gezicht eenvoudig de bestaande rechtspraak bevestigt en toepast op de gedragingen van Intel.

72. Een dergelijke conclusie zou echter voorbijgaan aan het belang dat volgens diezelfde rechtspraak moet worden gehecht aan de juridische en economische context.

*ii) De omstandigheden van het geval als middel om te bepalen of de gelaakte gedragingen de mededinging kunnen beperken*

73. In dit onderdeel zal ik uitleggen waarom misbruik van machtspositie nooit in abstracto wordt vastgesteld: zelfs in het geval van praktijken waarop een vermoeden van onrechtmatigheid rust, onderzoekt het Hof stevast de juridische en economische context van de gelaakte gedragingen. In die zin is de beoordeling van de context van de onderzochte gedragingen een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen bepalen of er sprake is geweest van misbruik van machtspositie. Dat is niet verrassend. De onderzochte gedragingen moeten immers op zijn minst tot gevolg kunnen hebben dat concurrenten van de markt worden uitgesloten, wil het verbod van artikel 102 VWEU daarop van toepassing zijn.<sup>45</sup>

74. Zelfs bij een vluchtige lezing van de hierboven besproken (punten 66-69) arresten blijkt dat het Hof in zijn rechtspraak niet nalaat de juridische en economische context van de gedragingen – of, om de in artikel 102 VWEU-zaken gebezigde standaardformulering te gebruiken, „alle omstandigheden” – in aanmerking te nemen om te bepalen of een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt. Dit geldt zowel voor kortingen waaraan een exclusiviteitsvoorwaarde is verbonden, als voor andersoortige getrouwheidsbevorderende kortingssystemen.

75. Ik meen dan ook dat het Gerecht bij zijn uitlegging van het arrest Hoffmann-La Roche een belangrijk punt over het hoofd ziet. Anders dan in het bestreden arrest wordt verklaard<sup>46</sup>, heeft het Hof in het arrest Hoffmann-La Roche namelijk verscheidene aspecten van de economische en juridische context van de verleende kortingen in aanmerking genomen alvorens vast te stellen dat de betrokken onderneming haar machtspositie had misbruikt. Het is juist dat in dat arrest niet met zoveel woorden wordt gezegd dat een analyse van alle omstandigheden cruciaal is om te kunnen bepalen of de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie opleveren, maar, zoals ik hierboven al heb opgemerkt (punt 66), blijkt bij nadere beschouwing van het arrest dat het Hof de bijzonderheden van de betrokken farmaceutische markt, de marktdekking van de kortingen alsook de bedingen die waren opgenomen in de tussen de dominante onderneming en haar afnemers gesloten overeenkomsten, heeft onderworpen aan een gedetailleerd onderzoek dat alle lof verdient.<sup>47</sup> Op basis van die gedetailleerde analyse van de juridische en economische context van de kortingen, namelijk de voorwaarden waaronder de kortingen werden verleend, de marktdekking ervan alsmede de duur van de kortingsregelingen, is het Hof tot de slotsom gekomen dat getrouwheidskortingen onrechtmatig zijn, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten.<sup>48</sup>

76. Zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft erkend<sup>49</sup>, heeft het Hof, behalve in het arrest Hoffmann-La Roche, in zijn rechtspraak inzake (andere dan puur op de omvang van de aankopen) gebaseerde kortingssystemen steeds expliciet te kennen gegeven dat het van bijzonder belang is dat alle omstandigheden in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de gelaakte gedragingen

<sup>45</sup> Zie nader de punten 109 e.v. van deze conclusie met betrekking tot de mate van waarschijnlijkheid die vereist is om te kunnen concluderen dat een bepaald soort gedrag misbruik oplevert.

<sup>46</sup> Bestreden arrest (punt 81).

<sup>47</sup> Arrest Hoffmann-La Roche (punt 82).

<sup>48</sup> Arrest Hoffmann-La Roche (punt 90).

<sup>49</sup> Bestreden arrest (punten 82-84).

misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU opleveren.<sup>50</sup> Dat is op zichzelf niet verrassend: afgezien van de zaak Hoffmann-La Roche, zijn er bij mijn weten geen andere zaken waarin het Hof zich heeft beziggehouden met soortgelijke exclusieve bevoorradingsverplichtingen. Het mag dan ook geen verbazing wekken dat de noodzaak om alle omstandigheden in aanmerking te nemen, eens te meer is herhaald in het arrest Post Danmark II, een van na het bestreden arrest daterende prejudiciële beslissing inzake met retroactieve kortingen zonder exclusiviteitsvoorwaarde.<sup>51</sup>

77. Het is echter de vraag wat een beoordeling van „alle omstandigheden” *inhoudt*.

78. In mijn ogen is de analyse van de „context” – of van „alle omstandigheden”, om de in de rechtspraak van het Hof gebezigde terminologie te gebruiken – eenvoudig bedoeld om na te gaan of rechtens genoegzaam is aangetoond dat een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt.<sup>52</sup> Deze analyse is echter cruciaal. Zelfs in het geval van gedrag waarvan het uitsluitingseffect evident lijkt te zijn, zoals de toepassing van onder de kostprijs liggende prijzen, kan niet worden voorbijgegaan aan de context.<sup>53</sup> Anders zou namelijk gedrag dat in bepaalde gevallen onmogelijk tot een beperking van de mededinging kan leiden, algemeen zijn verboden. Een dergelijk algemeen verbod zou ook het gevaar inhouden dat gedrag wordt aangepakt en bestraft dat de mededinging juist bevordert.

79. Om die reden is de context essentieel.

*iii) Er zijn volgens de rechtspraak slechts twee categorieën kortingen*

80. In mijn optiek zijn voor de toepassing van artikel 102 VWEU getrouwheidskortingen min of meer op één lijn te stellen met beperkingen naar strekking in de zin van artikel 101 VWEU, en wel omdat op dergelijke kortingen eveneens een vermoeden van onrechtmatigheid rust. Zoals ik echter hierboven (punt 61) reeds heb opgemerkt, vallen onder het begrip getrouwheidskortingen niet alleen kortingen waarvan de verlening afhankelijk is van de voorwaarde dat de afnemer zich voor al of nagenoeg al zijn behoeften bij de onderneming met een machtspositie bevoorraadt, maar ook andere tariefstructuren waarbij de korting afhankelijk is van het halen van een bepaald doel door de afnemer.

81. Anders dan het Gerecht in het bestreden arrest heeft verklaard, worden in de rechtspraak *geen drie, maar twee* categorieën kortingen onderscheiden. Enerzijds rust op bepaalde soorten kortingen, zoals kwantumkortingen, een vermoeden van rechtmatigheid.<sup>54</sup> Om te kunnen beoordelen of dergelijke kortingen (on)rechtmatig zijn, is een uitgebreid onderzoek van de daadwerkelijke of potentiële gevolgen ervan noodzakelijk. Dergelijke kortingen zijn in deze zaak niet aan de orde.

82. Anderzijds hanteert het Hof voor getrouwheidskortingen (waarop een vermoeden van onrechtmatigheid rust), ongeacht of daaraan al dan niet een exclusiviteitsvoorwaarde is verbonden, een benadering die zekere gelijkenissen vertoont met die voor beperkingen naar strekking in de zin van artikel 101 VWEU. Om te kunnen vaststellen of bepaalde gedragingen een met dat artikel strijdige mededingingsbeperkende strekking hebben, moet namelijk ook eerst de juridische en economische context van die gedragingen worden onderzocht, teneinde eventuele andere aannemelijke verklaringen voor die gedragingen uit te sluiten. De specifieke context van de gelaakte gedragingen wordt met andere woorden nooit buiten beschouwing gelaten.

<sup>50</sup> Zie arresten Michelin I (punt 73), British Airways (punt 67) en Tomra (punt 71). Zie ook arrest van 9 september 2010, Tomra Systems e.a./Commissie (T-155/06, EU:T:2010:370, punt 215).

<sup>51</sup> Arrest van 6 oktober 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, punt 68; hierna: „arrest Post Danmark II”).

<sup>52</sup> Zie de punten 168 e.v. van deze conclusie.

<sup>53</sup> Zie in die zin arrest Post Danmark I (punt 44).

<sup>54</sup> Zie arrest Hoffmann-La Roche (punt 90). Zie ook arrest Michelin II (punt 58).

83. Als gezegd heeft het Hof in het arrest Hoffmann-La Roche wel degelijk alle omstandigheden in aanmerking genomen. Een verplichting in die zin is later door het Hof met zoveel woorden geformuleerd in het arrest Michelin I, dat betrekking had op kortingen zonder rechtstreekse exclusiviteitsvoorwaarde. Die verplichting is vervolgens nader uitgewerkt in, onder meer, de arresten British Airways, Michelin II en Tomra. Het doel van een analyse van alle omstandigheden is om vast te stellen of misbruik van machtspositie rechtens genoegzaam is aangetoond en of de kortingen dus tot mededingingsversturende uitsluiting kunnen leiden.

84. In het bestreden arrest is het Gerecht echter een stap verder gegaan. Door de vaststelling van het Hof in het arrest Hoffmann-La Roche naar de letter toe te passen, zonder haar in de juiste context te plaatsen, heeft het Gerecht onderscheid gemaakt tussen een bepaald type getrouwheidskortingen, die het „exclusiviteitskortingen” heeft genoemd, en andersoortige kortingen met een getrouwheidsbevorderend effect.<sup>55</sup> Op die manier heeft het een „supercategorie” kortingen gecreëerd, waarvoor het niet nodig is alle omstandigheden in aanmerking te nemen om te kunnen concluderen dat er sprake is van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. Nog belangrijker is dat volgens die benadering dergelijke „exclusiviteitskortingen” in abstracto, dat wil zeggen puur op grond van hun vorm, worden geacht misbruik op te leveren.

85. Op deze benadering valt methodologisch nogal wat aan te merken, en wel om de volgende vier redenen.

– *Een op vorm gebaseerd vermoeden van onrechtmatigheid valt niet te weerleggen*

86. Indien werd aanvaard dat „exclusiviteitskortingen” een aparte categorie kortingen vormen, die moeten worden onderscheiden van andersoortige getrouwheidsbevorderende kortingsystemen, zou in de eerste plaats het op die kortingen rustende vermoeden van onrechtmatigheid niet meer te weerleggen zijn.<sup>56</sup> Een dergelijk verbod is immers gebaseerd op de *vorm* van de gedragingen en niet op de *gevolgen* ervan.

87. Het bestreden arrest lijkt er in feite van uit te gaan dat een door een onderneming met een machtspositie verleende „exclusiviteitskorting” nooit een gunstig effect op de mededinging kan hebben. Volgens het Gerecht wordt de mededinging namelijk reeds beperkt door het enkele feit dat er van een machtspositie sprake is.<sup>57</sup> Hiermee wordt voorbijgegaan aan de reeds in het arrest Hoffmann-La Roche<sup>58</sup> aanvaarde – en in het bestreden arrest in herinnering geroepen<sup>59</sup> – mogelijkheid om een objectieve (mededingingsbevorderende) rechtvaardiging voor het gebruik van de betrokken kortingen aan te voeren.

88. Anders dan de Commissie tijdens de terechtzitting heeft gesuggereerd, kan een onderneming het gebruik van „exclusiviteitskortingen” niet met een beroep op efficiëntie- of andersoortige overwegingen rechtvaardigen wanneer het verbod is gebaseerd op de vorm van die kortingen en niet op de gevolgen ervan.<sup>60</sup> Ongeacht de gevolgen van het gedrag, blijft de vorm ervan immers hetzelfde. Dat is problematisch. Zoals het Gerecht in het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt<sup>61</sup>, en zoals

55 Bestreden arrest (punten 92 en 93). De tot deze subcategorie behorende getrouwheidskortingen zijn ook wel omschreven als „exclusivity options” met een hefboomwerking; zie Petit, N., „Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU”, *European Competition Journal*, deel 11, punt 1, 2015, blz. 26-28.

56 Zie bestreden arrest (punt 94).

57 Zie bestreden arrest (punt 89).

58 Zie arrest Hoffman-La Roche (punt 89).

59 Zie de vaststelling in punt 81 van het bestreden arrest.

60 Bestreden arrest (punt 89).

61 Bestreden arrest (punt 81).

ook de Commissie zelf in haar memories heeft erkend, moet het voor de dominante onderneming namelijk mogelijk zijn om de toepassing van een kortingsstelsel te rechtvaardigen, door aan te tonen dat het uitsluitingseffect ervan kan worden gecompenseerd, of zelfs geneutraliseerd, door voordelen op het vlak van efficiëntie.<sup>62</sup>

– *Getrouwheidskortingen zijn niet altijd schadelijk*

89. In de tweede plaats valt het creëren van een „supercategorie” kortingen slechts te rechtvaardigen wanneer wordt aangenomen dat aan op exclusiviteit gebaseerde kortingsregelingen, ongeacht de concrete omstandigheden van het specifieke geval, nooit voordelen kunnen zitten die opwegen tegen de nadelige effecten ervan. Paradoxaal genoeg heeft het Gerecht echter zelf erkend dat exclusiviteitsvoorwaarden ook gunstige effecten kunnen hebben. Maar omdat als gevolg van de machtspositie die de onderneming op de markt inneemt, de mededinging toch al onomstotelijk wordt beperkt, heeft het Gerecht het niet nodig geacht die effecten te onderzoeken.<sup>63</sup>

90. Uit ervaring en uit economisch onderzoek blijkt niet zonder meer dat getrouwheidskortingen altijd schadelijk zijn of de mededinging verstoren, zelfs wanneer zij worden aangeboden door ondernemingen met een machtspositie<sup>64</sup> Kortingen versterken immers de rivaliteit en dat is nu juist de essentie van mededinging.

91. Het is echter juist dat kortingen vanuit mededingingsoogpunt met name als problematisch worden gezien wanneer de afnemers van een dominante onderneming een bepaald percentage van haar producten moeten afnemen en/of wanneer aan de korting de voorwaarde is verbonden dat de afnemer zich voor al zijn behoeften (of voor een aanzienlijk deel van die behoeften) bij die onderneming bevoorraadt. Dit zou als een argument voor een strengere behandeling van „exclusiviteitskortingen” kunnen worden gezien. Andere soorten kortingen kunnen echter een vergelijkbaar verstrendend effect hebben, ook al is daaraan niet met zoveel woorden een exclusiviteitsvoorwaarde gekoppeld.<sup>65</sup>

92. Zoals uit de rechtspraak blijkt, kan een getrouwheidsbevorderende regeling namelijk verschillende vormen aannemen. Zo kan het getrouwheidsbevorderende effect worden gerealiseerd door de eis dat de afnemer zich voor al of vrijwel al zijn behoeften bij de onderneming met een machtspositie bevoorraadt, zoals in de zaken Hoffmann-La Roche<sup>66</sup> en Tomra<sup>67</sup> het geval was. Dat effect kan echter ook worden bereikt via een stelsel van individuele verkoopdoelen<sup>68</sup> of premies<sup>69</sup>, die niet noodzakelijkerwijs gekoppeld zijn aan een bepaald percentage van de behoeften of verkopen.

93. Zo gezien is er geen objectieve reden waarom kortingen van de tweede categorie strenger zouden moeten worden behandeld dan die van de derde categorie.

62 Zie arresten British Airways (punten 85 en 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en Post Danmark I (punten 40 en 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest Hoffmann-La Roche (punt 90). Het Hof heeft daar opgemerkt dat een onderneming het gebruik van kortingen ook kan rechtvaardigen in uitzonderlijke omstandigheden waaronder een afspraak tussen ondernemingen onder de uitzondering van artikel 101, lid 3, VWEU valt.

63 Bestreden arrest (punten 89-94).

64 OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, a.w., blz. 9 en 21. Zie ook de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel [102 VWEU] op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (PB 2009, C 45, blz. 7), punt 37, betreffende voorwaardelijke kortingen. De Commissie merkt op dat dergelijke kortingen kunnen worden aangeboden om meer vraag aan te trekken en dat zij als zodanig de vraag kunnen stimuleren en gunstig kunnen zijn voor de gebruikers. Zie ook Neven, D., „A structured assessment of rebates contingent on exclusivity”, *Competition Law & Policy Debate*, deel 1, punt 1, 2015, blz. 86.

65 OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op. cit., blz. 9.

66 Arrest Hoffmann-LaRoche (punt 89).

67 Arrest Tomra (punt 70).

68 Zie arrest Michelin I (punt 72).

69 Zie arrest British Airways (punt 75).



– *De gevolgen van getrouwheidskortingen zijn contextafhankelijk*

94. In de derde plaats wordt in de hedendaagse economische literatuur doorgaans beklemtoond dat de gevolgen van exclusiviteit contextafhankelijk zijn.<sup>70</sup> Daarentegen zullen weinig schrijvers ontkennen dat in het bijzonder getrouwheidskortingen – afhankelijk van de omstandigheden – tot mededingingsverstorende uitsluiting kunnen leiden.

95. Een en ander verklaart wellicht ook waarom het Hof in zijn recente rechtspraak inzake artikel 102 VWEU, bijvoorbeeld in het arrest Tomra, het belang van de inaanmerkingneming van alle omstandigheden heeft onderstreept. Toegegeven, zoals het Gerecht heeft opgemerkt<sup>71</sup>, ging het in de hogere voorziening in de zaak Tomra om een systeem van geïndividualiseerde kortingen met terugwerkende kracht, dat wil zeggen kortingen die behoren tot wat in het bestreden arrest de derde categorie wordt genoemd. Het Hof heeft evenwel in het arrest Tomra niet met zoveel woorden onderscheid gemaakt tussen kortingen van de tweede en kortingen van de derde categorie. Het heeft eenvoudig opgemerkt dat wanneer aan kortingen de voorwaarde is verbonden dat de afnemer zich voor zijn behoeften goeddeels of uitsluitend bevoorraadt bij de onderneming die een machtspositie inneemt, alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen of de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie opleveren.<sup>72</sup>

96. De partijen verbinden tegengestelde conclusies aan die vaststelling van het Hof. Zij stellen weliswaar beiden dat daarmee de controversie rondom de ten aanzien van „exclusiviteitskortingen” te hanteren juridische maatstaf wordt beslecht, maar blijven het oneens over de inhoud daarvan.

97. Naar mijn mening brengt het arrest Tomra ons hier niet verder. Zoals de diametraal tegengestelde uitleggingen van de partijen illustreren, wordt in dat arrest nu eenmaal niet duidelijk genoeg gezegd voor welk type kortingen de verplichting tot inaanmerkingneming van alle omstandigheden geldt.

98. Het is eerder de vraag of het onderscheid dat het Gerecht in het bestreden arrest maakt tussen de arresten Tomra en Hoffmann-La Roche, wel gerechtvaardigd is. Ik wil in dit verband de aandacht vestigen op twee punten.

99. Om te beginnen vertoonden de in de zaak Hoffmann-La Roche aan de orde zijnde kortingen net als de kortingen in de zaak Tomra bepaalde kenmerken van geïndividualiseerde kortingen met terugwerkende kracht. Verschillende van de in het arrest Hoffmann-La Roche onderzochte overeenkomsten bevatten namelijk niet uitsluitend een kortingsclausule die bepaalde dat de afnemer zich goeddeels bij de dominante onderneming moest bevoorraden, maar ook clausules volgens welke een geleidelijk hoger wordend kortingspercentage werd toegekend, al naargelang er in de loop van de referentieperiode een groter gedeelte van de geraamde behoeften van de afnemer werd gedekt.<sup>73</sup> Bovendien, zelfs al zou het maken van een onderscheid gerechtvaardigd zijn wegens een verondersteld intrinsiek verschil tussen de in de twee zaken aan de orde zijnde kortingen – wat naar mijn mening *niet* het geval is – dan nog is het een feit dat het Hof in het arrest Hoffmann-La Roche de context van de gewraakte kortingen volstrekt niet buiten beschouwing heeft gelaten. Waarom zou het dit dan hebben gedaan in het meer dan drie decennia later gewezen arrest Tomra?

70 Zie bijvoorbeeld Neven, D., op. cit., blz. 39. Of exclusiviteit tot uitsluiting leidt, hangt onder meer af van de volgende factoren: het niet-betwistbare deel van de verkopen, de mate waarin die verkopen door de exclusiviteitsvoorwaarde worden gestimuleerd, de mate van concurrentie onder afnemers, de betekenis van het behalen van schaalvoordelen, en de vraag of de kortingen worden aangeboden aan afnemers die concurreren met bedrijven die zich bij rivalen bevoorraden.

71 Bestreden arrest (punt 97).

72 Zie de punten 70 en 71 van het arrest Tomra, waarin wordt verwezen naar het arrest Michelin I (punten 71 en 73).

73 Zie arrest Hoffmann-La Roche (punt 97).



100. Hoe dan ook is het verschil tussen de in de twee betrokken zaken aan de orde zijnde kortingen meer gradueel dan wezenlijk. Hetzelfde kan worden gezegd van het arrest Post Danmark II, waarin het Hof onlangs heeft bevestigd dat het van belang is om de context en alle concrete omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen bij de beoordeling of de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie opleveren.<sup>74</sup>

– *Bij aanverwante praktijken is de aanmerkingneming van alle omstandigheden een vereiste*

101. In de vierde en laatste plaats moeten volgens de rechtspraak met betrekking tot tarief- en prijsstrijdpraktijken, zoals rekwirante terecht opmerkt, alle omstandigheden in aanmerking worden genomen om te bepalen of de betrokken onderneming haar machtspositie heeft misbruikt.<sup>75</sup>

102. Het Gerecht heeft die rechtspraak irrelevant geacht omdat een bepaalde prijs, anders dan een prikkel tot exclusieve bevoorrading, op zichzelf geen misbruik kan opleveren.<sup>76</sup> Toch heeft het in het bestreden arrest Intels kortingen op grond van de prijs als mededingingsverstoring beschouwd.<sup>77</sup> Ik zie het als problematisch dat het Gerecht die rechtspraak irrelevant heeft geacht, omdat dit resulteert in een ongerechtvaardigd onderscheid tussen verschillende soorten tariefpraktijken. Getrouwheidskortingen, prijsstrijdpraktijken en praktijken van lage prijzen hebben immers gemeen dat zij tot „prijsgerelateerde uitsluiting” leiden.<sup>78</sup>

103. Het is vanzelfsprekend van het grootste belang dat de juridische criteria die ten aanzien van een bepaalde categorie gedragingen worden toegepast, coherent zijn met de criteria die bij vergelijkbare praktijken worden gehanteerd. Een deugdelijke en coherente juridische kwalificatie komt niet alleen ten goede aan de ondernemingen voor zover daardoor de rechtszekerheid wordt vergroot, maar helpt ook de mededingingsautoriteiten bij de handhaving van het mededingingsrecht. Dat is bij een op willekeur gebaseerde juridische kwalificatie niet het geval.

104. Het Hof lijkt het hiermee eens te zijn. Zo heeft het nog maar kort geleden in het arrest Post Danmark II zijn vaststellingen met betrekking tot een door een onderneming met een machtspositie gehanteerd kortingsstelsel mede gebaseerd op de rechtspraak inzake tarief- en prijsstrijdpraktijken.<sup>79</sup> Het is echter juist dat het arrest Post Danmark II ook aldus zou kunnen worden gelezen dat het steun biedt aan het standpunt dat in het geval van „exclusiviteitskortingen” niet alle omstandigheden in aanmerking hoeven te worden genomen.<sup>80</sup> Het Hof heeft in dat arrest namelijk verklaard dat de in die zaak aan de orde zijnde kortingen verschiden van kortingen waaraan een exclusiviteitsvoorwaarde is verbonden, en vervolgens overwogen dat alle omstandigheden in aanmerking moesten worden genomen om uit te maken of de onderneming met een machtspositie die positie had misbruikt. De door het Hof in het arrest Post Danmark II onderzochte retroactieve kortingen leken inderdaad eerder op de kortingen die het Gerecht in het bestreden arrest als getrouwheidskortingen van de derde categorie heeft beschouwd.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> Arrest Post Danmark II (punt 68).

<sup>75</sup> Zie arresten Deutsche Telekom (punt 175); TeliaSonera (punt 76), en Post Danmark II (punt 26).

<sup>76</sup> Bestreden arrest (punt 99).

<sup>77</sup> Bestreden arrest (punt 93).

<sup>78</sup> Zie de discussienota van de Commissie met de titel „DG Competition discussion paper on the application of [article 102 TFEU] to exclusionary abuses”, 2005, blz. 23; beschikbaar op: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Zie ook OECD Policy roundtables, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op. cit., blz. 26. Ook in dat document worden kortingsstelsels als een tariefpraktijk gekwalificeerd.

<sup>79</sup> Arrest Post Danmark II (punt 55, betreffende het AEC-criterium, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>80</sup> Arrest Post Danmark II (punten 27-29).

<sup>81</sup> Arrest Post Danmark II (punten 23-25).

105. Zoals ik al duidelijk heb gemaakt, is een dergelijk onderscheid een onderscheid zonder verschil (daar het verschil hem zit in de vorm en niet in de gevolgen). Nog belangrijker is echter dat een dergelijke lezing van dat arrest op gespannen voet zou staan met de door het Hof (Grote kamer) in het arrest Post Danmark I gekozen benadering. In dat arrest heeft het Hof namelijk verklaard dat in het geval van tariefpraktijken alle omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen.<sup>82</sup> Het is in dit verband veelzeggend dat het Hof elders in zijn arrest Post Danmark II – zonder daarbij onderscheid te maken tussen verschillende soorten kortingssystemen – heeft herhaald dat „bij de beoordeling van het vermogen van een kortingstelsel om de mededinging te beperken, rekening moet worden gehouden met alle relevante omstandigheden”.<sup>83</sup> Het heeft daarmee ongetwijfeld een coherente benadering van de beoordeling van gedragingen in het licht van artikel 102 VWEU willen verzekeren.

*iv) Tussenconclusie*

106. Uit het bovenstaande blijkt dat „exclusiviteitskortingen” niet moeten worden gezien als een aparte en unieke categorie kortingen waarvoor het niet nodig is alle omstandigheden in aanmerking te nemen om te bepalen of de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie opleveren. Ik meen dan ook dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat „exclusiviteitskortingen” als dergelijk misbruik kunnen worden bestempeld zonder een analyse van de mogelijkheid van mededingingsbeperking door die kortingen in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak.

107. Het Gerecht heeft echter subsidiair toch uitvoerig onderzocht of de door rekwirante verleende kortingen en verrichte betalingen de mededinging konden beperken. Het heeft met andere woorden „alle omstandigheden” onderzocht. De in het voorgaande punt geconstateerde onjuiste rechtsopvatting betekent daarom nog niet noodzakelijkerwijs dat het bestreden arrest moet worden vernietigd. Die conclusie kan integendeel slechts wordt getrokken wanneer blijkt dat het Gerecht ook bij die subsidiaire beoordeling blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

108. Daarom moet thans die subsidiaire beoordeling onder de loep worden genomen.

***b) Subsidiaire beoordeling van het Gerecht, betreffende de mogelijkheid van mededingingsbeperking***

109. Rekwirante voert in wezen drie reeksen argumenten aan om de subsidiaire beoordeling van het Gerecht in twijfel te trekken. Zij stelt in de eerste plaats dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de vaststelling van misbruik door de Commissie in stand te laten zonder te onderzoeken of het waarschijnlijk was dat haar gedragingen de mededinging zouden verstoren. In de tweede plaats is zij van mening dat de door het Gerecht in aanmerking genomen factoren ofwel irrelevant waren, ofwel onjuist zijn beoordeeld. In de derde plaats verwijt zij het Gerecht dat het verschillende andere factoren die voor de vaststelling van misbruik cruciaal zijn, niet correct heeft beoordeeld.

110. De Commissie stelt dat voor het bewijs van misbruik van machtspositie niet hoeft te worden aangetoond dat het „waarschijnlijk” is dat de mededinging zal worden beperkt: het aantonen van de „mogelijkheid” van mededingingsbeperking volstaat. De door rekwirante aangevoerde argumenten stellen in haar ogen de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de mogelijkheid van mededingingsbeperking door Intels gedragingen niet ter discussie.

<sup>82</sup> Arrest Post Danmark I (punt 26).

<sup>83</sup> Arrest Post Danmark II (punt 68).

111. Met haar argumenten komt rekwirante op tegen de juridische criteria die het Gerecht in het bestreden arrest heeft gehanteerd bij de beoordeling of de gelaakte gedragingen de mededinging konden beperken. Die argumenten werpen twee vragen op, die ik na elkaar zal behandelen, namelijk ten eerste de vraag van welke mate van waarschijnlijkheid bij de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking moet worden uitgegaan, en ten tweede de vraag welke omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of de betrokken gedragingen tot een beperking van de mededinging kunnen leiden.

*i) Mogelijkheid en/of waarschijnlijkheid*

112. Rekwirante verwijt het Gerecht blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de vaststelling van misbruik in stand te laten zonder te onderzoeken of het waarschijnlijk was dat als gevolg van de haar verweten gedragingen de mededinging werd geschaad.

113. Het Gerecht heeft in het kader van haar subsidiaire beoordeling opgemerkt dat de Commissie zich ertoe kan beperken vast te stellen dat de onderzochte gedragingen de mededinging konden beperken. Ook heeft het erop gewezen dat de Commissie zelfs in het kader van een analyse van de concrete omstandigheden van de zaak geen daadwerkelijk uitsluitingseffect hoeft aan te tonen.<sup>84</sup>

114. Het is inderdaad niet nodig om concrete gevolgen aan te tonen. In het geval van gedragingen waarop een vermoeden van onrechtmatigheid rust, volstaat het immers dat die gedragingen de mededinging kunnen beperken. Het is echter van belang erop te wijzen dat een loutere hypothetische of theoretische mogelijkheid in dit verband niet volstaat. Anders zou het überhaupt niet nodig zijn alle omstandigheden in aanmerking te nemen.

115. Ik geef toe dat de in de rechtspraak gebruikte terminologie niet geheel consistent is. Er wordt zowel van de mogelijkheid als van de waarschijnlijkheid van mededingingsbeperking gesproken, soms zelfs door elkaar.<sup>85</sup> In mijn ogen wordt met die termen een en dezelfde verplichte stap aangeduid in een analyse die erop gericht is te bepalen of het gebruik van getrouwheidskortingen misbruik van machtspositie oplevert.

116. De vraag is echter hoe groot de kans moet zijn dat de kortingen tot mededingingsverstoringe uitsluiting leiden. Dit is de kern van het tussen rekwirante en de Commissie bestaande meningsverschil ten aanzien van de vraag of het Gerecht de mogelijkheid van mededingingsbeperking adequaat heeft beoordeeld. Daar waar de Commissie meent dat dit het geval is, stelt Intel dat het Gerecht in gebreke is gebleven bij de controle of haar gedragingen in de concrete omstandigheden van het geval de mededinging konden beperken.

117. Het doel van de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking is om vast te stellen of de gelaakte gedragingen naar alle waarschijnlijkheid een mededingingsverstoringe uitsluitingseffect hebben. De loutere mogelijkheid dat de mededinging wordt beperkt, is dus niet voldoende<sup>86</sup>, zoals ook het feit dat het waarschijnlijker lijkt dat een uitsluitingseffect optreedt dan dat het uitblijft, eenvoudig niet volstaat<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Bestreden arrest (punt 177). Anders zouden mededingingsautoriteiten immers pas kunnen ingrijpen zodra het vermeende misbruik in mededingingsverstoringe uitsluiting heeft geresulteerd.

<sup>85</sup> Zie arrest Post Danmark II (punten 68 en 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie anderzijds arrest Tomra (punt 68). In dit laatste arrest heeft het Hof opgemerkt dat het voor het bewijs van misbruik van machtspositie toereikend is dat wordt aangetoond dat de als misbruik aangemerkte gedragingen van de onderneming met een machtspositie *ingaan tegen* de mededinging, of dat de gedragingen *naar de aard ervan* een beperking van de mededinging tot gevolg *kunnen* hebben.

<sup>86</sup> Zie recentelijk arrest Post Danmark II (punt 69). Zie ook arrest Post Danmark I (punt 44).

<sup>87</sup> Zie evenwel de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, punt 82).

118. Weliswaar heeft het Hof in zijn rechtspraak steeds gewezen op de bijzondere verantwoordelijkheid die op ondernemingen met een machtspositie rust, maar dit betekent nog niet dat de drempel voor toepassing van het misbruikverbod van artikel 102 VWEU zodanig kan worden verlaagd, dat er in feite geen sprake meer is van een drempel. Dit zou het geval zijn wanneer de loutere theoretische mogelijkheid van een uitsluitingseffect volstond om te kunnen spreken van misbruik van machtspositie, zoals de Commissie lijkt te suggereren. Indien een zo geringe mate van waarschijnlijkheid toereikend werd geacht, zou men moeten accepteren dat de mededingingsregels van de Unie een sanctie stellen op de vorm van gedragingen en niet op de mededingingsversturende gevolgen ervan.

119. Het is duidelijk dat dan de verwezenlijking van de doelstellingen van het mededingingsrecht van de Unie ernstig in het gedrang zou komen. Als misbruik wordt aangenomen op basis van het feit dat het al met al waarschijnlijker lijkt dat een uitsluitingseffect optreedt dan dat het uitblijft, dreigt het gevaar dat niet alleen op zichzelf staande praktijken worden aangepakt, maar ook een groot aantal praktijken die in werkelijkheid juist bevorderlijk kunnen zijn voor de mededinging. Een dergelijke al te inclusieve benadering en de daarbij gemaakte fouten zouden tot onaanvaardbaar hoge kosten leiden.

120. Om te vermijden dat al te gemakkelijk misbruik wordt aangenomen, moet ervan worden uitgegaan dat de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking door gedragingen waarop een vermoeden van onrechtmatigheid rust, ertoe strekt vast te stellen dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, die gedragingen niet slechts een ambivalente uitwerking hebben op de markt dan wel uitsluitend beperkende neveneffecten hebben die noodzakelijk zijn om een mededingingsbevorderend doel te bereiken, maar inderdaad de vermoede mededingingsbeperkende gevolgen hebben. Bij gebreke van een dergelijke bevestiging dient een volwaardige analyse te worden verricht.

121. De vraag rijst derhalve of de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking in het bestreden arrest concludent is omdat op basis daarvan kan worden bevestigd dat rekwirante in strijd met artikel 102 VWEU haar machtspositie heeft misbruikt. Met name moet worden nagegaan of die beoordeling, zoals de rechtspraak verlangt, kan bevestigen dat de betrokken kortingen de afnemer geen of minder keus laten in zijn bevoorradingsbronnen, concurrenten de toegang tot de markt beletten, of de machtspositie versterken door een vervalste mededinging.<sup>88</sup>

*ii) De factoren die het Gerecht in aanmerking heeft genomen om het misbruik vast te stellen*

122. In het bestreden arrest heeft het Gerecht de vaststelling dat de door rekwirante verleende kortingen en verrichte betalingen de mededinging konden beperken, gebaseerd op de volgende factoren: i) rekwirante was een onvermijdelijke handelspartner voor de betrokken afnemers; ii) de lage operationele marges van de OEM's maakten de kortingen voor hen aantrekkelijker en vormden een extra prikkel om zich aan de exclusiviteitsvoorwaarde te houden; iii) de door rekwirante verleende kortingen werden door haar afnemers in aanmerking genomen bij hun besluit om zich voor al of nagenoeg al hun behoeften bij haar te bevoorraden; iv) de twee verschillende praktijken van rekwirante waren complementair en versterkten elkaar; v) rekwirante richtte zich op ondernemingen die voor de toegang tot de markt van bijzonder strategisch belang waren, en, tot slot, vi) de door rekwirante verleende kortingen waren onderdeel van een langetermijnstrategie die erop was gericht AMD van de belangrijkste verkoopkanalen uit te sluiten.<sup>89</sup>

<sup>88</sup> Zie arrest Michelin I (punt 73). Zie ook arrest Post Danmark II (punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>89</sup> Bestreden arrest (punten 178-184).

123. Intel is van mening dat het Gerecht zich niet op die factoren kon baseren teneinde rechtens genoegzaam aan te tonen dat haar kortingen en betalingen een mededingingsverstoring uitsluitingseffect konden hebben. Meer bepaald stelt zij dat de door het Gerecht aangevoerde factoren zijn terug te brengen tot twee punten, namelijk, ten eerste, dat de OEM's de door haar verleende kortingen in aanmerking hebben genomen wegens de aantrekkelijkheid ervan, en, ten tweede, dat zij twee complementaire praktijken heeft toegepast teneinde AMD van belangrijke verkoopkanalen uit te sluiten.

124. Rekwirante betwist dus in de eerste plaats de relevantie van het feit dat de betrokken kortingen en betalingen daadwerkelijk een rol hebben gespeeld bij de commerciële beslissingen van de ondernemingen die ervan profiteerden.<sup>90</sup>

125. Ik ben het met rekwirante eens.

126. Een aantrekkelijk aanbod, dat zich vertaalt in een financiële prikkel om te blijven bij de leverancier die dat aanbod doet, kan een factor zijn die wijst op een getrouwheidsbevorderend effect op het niveau van een individuele afnemer. Het kan echter niet worden aangevoerd als bewijs dat de kortingen een mededingingsverstoring uitsluitingseffect kunnen hebben. Zoals rekwirante terecht opmerkt, is het immers de essentie van mededinging dat lagere prijzen een rol spelen bij de aankoopbeslissingen van afnemers. De daadwerkelijke inaanmerkingneming van een lagere prijs maakt met andere woorden een uitsluitingseffect mogelijk, maar sluit tegelijkertijd niet het tegendeel uit. Aan die factor kan kortom geen doorslaggevende betekenis worden toegekend bij de beoordeling of het voldoende waarschijnlijk is dat de gelaakte gedragingen tot een beperking van de mededinging leiden.

127. Rekwirante stelt in de tweede plaats dat de mogelijkheid van mededingingsbeperking niet kan worden afgeleid uit het bestaan van een algemene strategie die bestond uit twee soorten inbreuken (enerzijds kortingen en betalingen en anderzijds onverbloemde concurrentieperkingen), die werden geacht complementair te zijn en elkaar te versterken.<sup>91</sup>

128. Hoewel in een op uitsluiting gerichte strategie stellig een aanwijzing kan worden gezien voor een subjectieve intentie om de markt voor af te schermen, kan uit die intentie alléén niet worden afgeleid dat de mededinging kan worden beperkt. Een nog fundamenteeler probleem is echter dat bij nadere beschouwing van het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht met zijn redenering het paard achter de wagen spant: het voert het bestaan van een algemene, op twee complementaire inbreuken gebaseerde strategie aan als bewijs dat de gelaakte gedragingen de mededinging konden beperken. Het Gerecht is aldus uitgegaan van de veronderstelling dat de betrokken strategie misbruik opleverde, in plaats van dat het alle omstandigheden heeft beoordeeld teneinde te bepalen of een inbreuk rechtens genoegzaam was aangetoond.

129. Na de behandeling van deze twee specifieke punten van kritiek zal ik thans ingaan op het meer algemene bezwaar dat rekwirante met betrekking tot de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking heeft aangevoerd. Rekwirante stelt dat de factoren die het Gerecht relevant heeft geacht, een onvoldoende basis vormen voor de vaststelling dat de gelaakte gedragingen tot mededingingsverstoring uitsluiting konden leiden. Zij verwijt het Gerecht met name geen betekenis te hebben toegekend aan andere factoren die bij een dergelijke beoordeling van fundamenteel belang zijn.

<sup>90</sup> Bestreden arrest (punt 180).

<sup>91</sup> Bestreden arrest (punt 181).



130. Ik herinner eraan dat het doel van de beoordeling van alle omstandigheden is om vast te stellen of de gelaakte gedragingen naar alle waarschijnlijkheid tot mededingingsverstorende uitsluiting leiden. Dit doet de vraag rijzen of op basis van de vaststellingen in het bestreden arrest – namelijk dat Intel een onvermijdelijke handelspartner was en dat zij zich met haar kortingen en betalingen richtte op ondernemingen die voor de toegang tot de markt van bijzonder strategisch belang waren – de aansprakelijkheid van Intel rechtens genoegzaam is aangetoond. Voor het antwoord op deze vraag is bepalend of de omstandigheden die volgens Intel cruciaal zijn, maar door het Gerecht irrelevant zijn geacht, twijfel doen rijzen omtrent het vermeende mededingingsverstorende karakter van Intels gedragingen.

131. Deze kwestie zal ik hierna behandelen.

*iii) Andere omstandigheden*

132. Rekwirante stelt dat het Gerecht bij zijn analyse van de omstandigheden van de zaak blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de volgende omstandigheden niet in aanmerking te nemen: i) het te kleine deel van de markt dat door de gelaakte kortingen en betalingen werd beïnvloed; ii) de korte duur van de periode gedurende welke de kortingen zijn toegepast; iii) de marktprestaties van de concurrent en dalende prijzen, en iv) de door de Commissie uitgevoerde analyse op basis van het AEC-criterium.

133. De Commissie is van mening dat in het bestreden arrest rechtens genoegzaam is aangetoond dat de door Intel aangeboden kortingen en betalingen tot mededingingsverstorende uitsluiting konden leiden. De factoren die niet zijn betwist, volstaan in haar ogen om de conclusie dat Intels kortingen en betalingen de mededinging konden beperken, overeind te laten.

134. Ik ben het niet met de Commissie eens.

135. Zoals ik reeds heb uitgelegd, houdt de beoordeling van alle omstandigheden in het kader van artikel 102 VWEU in dat de context van de gelaakte gedragingen wordt onderzocht om te bepalen of die gedragingen inderdaad tot een beperking van de mededinging konden leiden. Ik heb in dit verband ook gewezen op de gelijkenis met de „shortcut”-benadering die wordt gevolgd in het geval van beperkingen naar strekking in de zin van artikel 101 VWEU. Indien een van de aldus onderzochte omstandigheden twijfel doet rijzen omtrent het mededingingsverstorende karakter van de gedragingen, dient een grondiger analyse te worden verricht.

136. Zoals ik in de volgende punten duidelijk zal maken, had het Gerecht op basis van zijn beoordeling van alle omstandigheden tot de slotsom moeten komen dat een analyse van de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de gelaakte gedragingen noodzakelijk was om te bepalen of die gedragingen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU opleverden.

*– Marktdekking*

137. Rekwirante betoogt dat bij de beoordeling van een waarschijnlijk effect op de mededinging rekening moet worden gehouden met het door de betrokken kortingen beïnvloede deel van de markt. In haar ogen is het onwaarschijnlijk dat getrouwheidskortingen tot een beperking van de mededinging leiden wanneer zij slechts een klein deel van de markt betreffen, omdat dan een groter deel van de markt voor concurrenten toegankelijk is zonder dat zij die kortingen hoeven te evenaren. Rekwirante wijst er ook op dat in deze zaak het gebonden deel van de markt gemiddeld genomen aanzienlijk



kleiner was dan in zaken als Tomra en Van den Bergh Foods.<sup>92</sup> Zo bedroeg in de zaak Tomra het gebonden deel van de markt (gemiddeld) 39%.<sup>93</sup> De Commissie acht daarentegen de marktdekking niet relevant voor de beoordeling of de gelaakte gedragingen tot mededingingsversturende uitsluiting kunnen leiden.

138. In het kader van zijn subsidiaire beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking heeft het Gerecht verklaard dat het percentage van de totale markt waarop rekwirantes kortingen en betalingen betrekking hadden, berekend over de totale duur van de inbreuk, gemiddeld ongeveer 14 % bedroeg (indien de berekening niet wordt beperkt tot enkel het betwistbare deel van de vraag).<sup>94</sup> Het Gerecht heeft dit percentage als aanzienlijk beschouwd.<sup>95</sup> Volgens het bestreden arrest kunnen Intels kortingen en betalingen worden onderscheiden van de omstandigheden die ten grondslag lagen aan het arrest Van den Bergh Foods, aangezien de in die zaak aan de orde zijnde regeling een andere vorm had dan die waarom het in de onderhavige zaak gaat.<sup>96</sup>

139. Ik ben er niet van overtuigd dat de door rekwirante aangehaalde rechtspraak irrelevant is, zoals het Gerecht heeft beweerd. Het is juist dat het exclusiviteitsmechanisme dat in de zaak Van den Bergh Foods aan de orde was, functioneerde in de vorm van het gratis ter beschikking stellen van een vrieskist. Dat is echter een onderscheid zonder verschil. Aan de beschikbaarstelling van de vrieskist was de voorwaarde verbonden dat deze uitsluitend zou worden gebruikt om door de onderneming met een machtspositie geleverd ijs in op te slaan. Als gevolg daarvan was ongeveer 40 % van de detailhandelaren in consumptie-ijs door een exclusiviteitsbeding gebonden.<sup>97</sup>

140. Als gezegd heeft de focus van de mededingingsregels van de Unie altijd gelegen op de gevolgen van bepaalde gedragingen en niet op de vorm ervan. In zoverre is de omvang van het gebonden deel van de markt evenzeer relevant, ongeacht de vorm van de regeling. Daarom wordt algemeen aanvaard dat negatieve gevolgen voor de mededinging waarschijnlijker worden naarmate een groter percentage van de markt is gebonden.<sup>98</sup>

141. Dit betekent echter niet dat het bepalen van het deel van de markt waarop gedragingen betrekking moeten hebben, willen zij tot een beperking van de mededinging kunnen leiden, een wiskundige exercitie is. Het is dan ook niet verrassend dat het Hof het standpunt van de hand heeft gewezen dat voor de toepassing van artikel 102 VWEU een precieze drempel voor marktafsluiting zou moeten worden vastgesteld waarboven de betrokken praktijken kunnen worden geacht misbruik op te leveren. Dit is door het Hof bevestigd in het arrest Tomra.<sup>99</sup>

142. Inderdaad kan de vaststelling van drempels problematisch blijken wegens de specifieke kenmerken van bepaalde markten en de omstandigheden van elk individueel geval. Wanneer getrouwheidskortingen bijvoorbeeld worden verleend aan afnemers die voor concurrenten van groot belang zijn om tot de markt te kunnen toetreden of hun marktaandeel te kunnen uitbreiden, is het zonder meer waar dat zelfs een bescheiden marktdekking in mededingingsversturende uitsluiting *kan* resulteren. Of dat het geval is, zal afhangen van een aantal factoren die specifiek zijn voor het betrokken geval.

<sup>92</sup> Zie arrest van 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/Commissie (T-65/98, EU:T:2003:281; hierna: „arrest Van den Bergh Foods”).

<sup>93</sup> Arrest Tomra (punt 34).

<sup>94</sup> Daarnaast heeft het Gerecht met betrekking tot het marktaandeel van Dell opgemerkt dat de aan deze onderneming verleende kortingen tussen 14,58 en 16,34 % van de markt hadden afgeschermd, wat volgens het Gerecht eveneens een aanzienlijk percentage was; zie bestreden arrest (punten 190 en 191).

<sup>95</sup> Bestreden arrest (punt 194).

<sup>96</sup> Bestreden arrest (punten 121 en 122).

<sup>97</sup> Arrest Van den Bergh Foods (punt 98).

<sup>98</sup> Discussienota van de Commissie inzake artikel [102 VWEU], op. cit., blz. 18, 19 en 41.

<sup>99</sup> Arrest Tomra (punt 46).

143. Wanneer het percentage van de markt waarop de gelaakte gedragingen betrekking hebben, 14 % bedraagt, kan er dus wel of geen mededingingsverstoring uitsluitingseffect optreden. Zeker is echter wel dat bij een dergelijk percentage niet valt uit te sluiten dat de betrokken gedragingen *niet* een dergelijk effect hebben. Dit geldt zelfs als ervan wordt uitgegaan dat de betrokken kortingen en betalingen gericht zijn op belangrijke afnemers.<sup>100</sup> Aan een percentage van 14 % kunnen wat dat betreft gewoon geen conclusies worden verbonden.

144. Dit kan ook niet worden goedge maakt door de vaststelling in het bestreden arrest dat rekwirante op de markt voor CPU's een onvermijdelijke handelspartner was. Ik wijs erop dat volgens het Gerecht het feit dat een onderneming een onvermijdelijke handelspartner is, op zijn minst een aanwijzing vormt dat een door deze onderneming aangeboden „exclusiviteitskorting” of betaling de mededinging kan beperken.<sup>101</sup>

145. Die conclusie is slechts correct indien wordt aanvaard dat de loutere mogelijkheid dat bepaalde gedragingen tot een beperking van de mededinging leiden, volstaat. Zoals wij echter hebben gezien, is de beoordeling van alle omstandigheden bedoeld om vast te stellen of de gelaakte gedragingen naar alle waarschijnlijkheid een dergelijk effect hebben.

146. Ik kom derhalve tot de slotsom dat de beoordeling van de marktdekking in het bestreden arrest niet concludent is. Van belang is dat daarmee niet rechtens genoegzaam kan worden aangetoond dat het deel van de markt dat door de kortingen en betalingen werd beïnvloed groot genoeg was om mededingingsverstoring uitsluiting teweeg te brengen.

– *Duur*

147. Rekwirante is van mening dat de duur van een kortingsregeling een belangrijke rol speelt bij de analyse van de mogelijkheid van mededingingsbeperking. Zij plaatst met name vraagtekens bij de beoordeling van de duur van de gelaakte gedragingen in het bestreden arrest, die gebaseerd is op de cumulatie van meerdere contracten met een korte looptijd.

148. De Commissie stelt daarentegen dat Intel ten onrechte meent dat de potentiële uitsluitingseffecten van getrouwheidskortingen enkel kunnen voortvloeien uit een contractuele verbintenis. Volgens haar maakt de marktmacht van de dominante onderneming dergelijke verbintenissen juist overbodig. Kort gezegd: duur is irrelevant.

149. Het Gerecht heeft met name vastgesteld dat niet de duur van de opzegtermijn van een contract of de looptijd van een afzonderlijk contract dat deel uitmaakt van een reeks opeenvolgende contracten bepalend is. Het relevante criterium is in zijn ogen de totale duur van de periode waarin rekwirante exclusiviteitskortingen en -betalingen ten aanzien van een afnemer heeft toegepast.<sup>102</sup> Deze duur was ongeveer vijf jaar in het geval van MSH, ongeveer drie jaar in het geval van Dell en NEC, ruim twee jaar in het geval van HP en ongeveer een jaar in het geval van Lenovo. Het Gerecht heeft geoordeeld

<sup>100</sup>

Volgens het Gerecht kon de Commissie op goede gronden tot de slotsom komen dat wegens de focus op ondernemingen die voor de toegang tot de markt van bijzonder strategisch belang waren, de kortingen en betalingen waren gericht op belangrijke OEM's en een grote detailhandelaar. Bestreden arrest (punten 182 en 183). Zie ook de punten 1507-1511 met betrekking tot MSH.

<sup>101</sup>

Bestreden arrest (punt 178).

<sup>102</sup>

Bestreden arrest (punten 112, 113 en 195).

dat de toepassing van exclusiviteitskortingen en -betalingen gedurende dergelijke perioden *doorgaans* een beperking van de mededinging tot gevolg *kan* hebben. Dit geldt in zijn ogen te meer voor een markt als die van CPU's, die zich kenmerkt door een sterke dynamiek en korte levenscycli van producten.<sup>103</sup>

150. Ik merk om te beginnen op dat de korte duur van een regeling niet uitsluit dat die regeling mededingingsbeperkende gevolgen kan hebben. Zo ook is de vraag of de totale periode kort of lang is, in abstracto irrelevant.

151. Wanneer zoals in casu de exclusiviteit uiteindelijk afhankelijk is van de *keuze* van de afnemer om zich voor zijn behoeften goeddeels te bevoorraden bij de onderneming met een machtspositie, kan niet eenvoudig – achteraf – worden aangenomen dat uit de totale duur van meerdere contracten met een korte looptijd blijkt dat de betrokken kortingen de mededinging konden beperken.

152. Hiervoor zijn ten minste twee redenen aan te voeren.

153. Ten eerste staat er, anders dan het geval is bij een exclusief afnamebeding, geen straf op het wisselen van leverancier. Dit geldt althans voor zover een concurrent op zijn minst in beginsel de misgelopen korting kan evenaren. Wanneer de concurrent de betrokken producten echter niet kan verkopen zonder verlies te lijden, is de afnemer de facto aan de onderneming met een machtspositie gebonden. Vanuit dat oogpunt kan de omvang van de korting evenmin als volstrekt onbeduidend worden beschouwd.

154. Meer bepaald moet bij een analyse achteraf van de duur – zoals hier – worden bepaald of een andere leverancier het mislopen van de korting had kunnen compenseren. Anders zou in de keuze van de afnemers om bij de onderneming met een machtspositie te blijven, automatisch een aanwijzing voor misbruik worden gezien, ook al zaten de afnemers op geen enkele wijze aan hun overeenkomsten met die onderneming vast.

155. In de keuze van een afnemer om bij de onderneming met een machtspositie te blijven, kan kortom niet zonder meer een aanwijzing voor misbruikvormend gedrag worden gezien. Er kunnen namelijk andere plausibele verklaringen voor die keuze zijn, zoals kwaliteitsoverwegingen, leveringszekerheid en de voorkeur van eindgebruikers.

156. Ten tweede kan een lange totale duur van de kortingsregeling stellig een aanwijzing zijn voor een getrouwheidsbevorderend effect op het niveau van de individuele afnemer. Tenzij daarvoor andere overtuigende bewijzen zijn aangevoerd, kan echter de omstandigheid dat een afnemer heeft besloten bij de onderneming met een machtspositie te blijven, op zichzelf niet genoegzaam aantonen dat de aangeboden kortingen de mededinging kunnen beperken. Bedacht moet namelijk worden dat wanneer de afnemer de keuze heeft om regelmatig van leverancier te wisselen, ook al maakt hij van deze mogelijkheid geen gebruik, getrouwheidskortingen ook de rivaliteit tussen ondernemingen zullen vergroten. Dergelijke kortingen kunnen dus ook bevorderlijk zijn voor de mededinging.

157. Ik ben daarom van mening dat de beoordeling van de duur in het bestreden arrest, waarbij enkel is gekeken naar de totale duur van de onderzochte regelingen, niet concludent is. Die beoordeling is eenvoudig niet van nut voor de vaststelling dat die gedragingen naar alle waarschijnlijkheid afbreuk doen aan de mededinging.

<sup>103</sup>  
Bestreden arrest (punt 195).

– *Marktprestaties van de concurrent en dalende prijzen*

158. Rekwirante verwijt het Gerecht dat het de marktprestaties van AMD en het bewijs van het ontbreken van een uitsluitingseffect (dalende prijzen van x86-CPU's) irrelevant heeft geacht voor de beoordeling of de mededinging kon worden beperkt.

159. Volgens het Gerecht sloten het succes van de concurrent en dalende prijzen niet uit dat rekwirantes praktijken effect hadden gehad, daar aangenomen mag worden dat bij gebreke van deze praktijken de marktaandeelen van de concurrent en haar investeringen in onderzoek en ontwikkeling mogelijk sterker gestegen, en de prijzen van x86-CPU's mogelijk sterker gedaald zouden zijn.<sup>104</sup>

160. Naar mijn mening heeft het Gerecht de marktprestaties van AMD en de daling van de prijzen van x86-CPU's terecht irrelevant geacht voor de beoordeling of de gelaakte gedragingen tot een beperking van de mededinging konden leiden. Dit zou echter evenzeer gelden wanneer de concurrent minder succesvol was geweest. De inaanmerkingneming van dergelijke feitelijke omstandigheden is in mijn ogen namelijk enkel zinvol in het kader van een gedetailleerde beoordeling van de daadwerkelijke of potentiële gevolgen voor de mededinging, maar niet als het erom gaat te bepalen of een kortingsregeling waarop een vermoeden van onrechtmatigheid rust, tot een beperking van de mededinging kan leiden.

– *AEC-criterium*

161. Rekwirante is van mening dat wanneer de Commissie, zoals zij in deze zaak heeft gedaan, in verband met een vermeend misbruik van machtspositie de economische omstandigheden grondig heeft geanalyseerd, het rechtens onjuist is om die analyse te negeren enkel omdat daarmee geen bijdrage wordt geleverd aan het bewijs van een inbreuk.

162. De Commissie stelt dat toepassing van het AEC-criterium niet nodig was om aan te tonen dat de gelaakte gedragingen de mededinging konden beperken. In haar ogen kan in de rechtspraak van het Hof geen steun worden gevonden voor rekwirantes stelling dat toepassing van dat criterium deel zou moeten uitmaken van een beoordeling van alle omstandigheden.

163. Het Gerecht heeft zich in het bestreden arrest op het standpunt gesteld dat het AEC-criterium irrelevant is wanneer aan de hand van een beoordeling van alle omstandigheden moet worden uitgemaakt of de gelaakte gedragingen de mededinging kunnen beperken. Het heeft dan ook niet onderzocht of de Commissie dat criterium in de litigieuze beschikking correct had toegepast. Het Gerecht heeft ten eerste het AEC-criterium irrelevant geacht omdat wegens de vorm van „exclusiviteitskortingen” de Commissie niet verplicht is per geval aan te tonen dat dergelijke kortingen tot marktuitsluiting kunnen leiden. Het AEC-criterium is in het bestreden arrest met name als irrelevant beschouwd omdat met dit criterium enkel kan worden nagegaan of de gelaakte gedragingen de toegang tot de betrokken markt niet onmogelijk maken. Volgens het bestreden arrest kunnen „exclusiviteitskortingen” de toegang tot de markt voor concurrenten van de onderneming met een machtspositie belemmeren, zelfs al is deze toegang economisch gezien niet volstrekt onmogelijk, doch enkel bemoeilijkt.<sup>105</sup> Het Gerecht heeft ten tweede opgemerkt dat de rechtspraak zelfs in het geval van

<sup>104</sup>  
Bestreden arrest (punt 186).

<sup>105</sup>  
Bestreden arrest (punten 93 en 150).

kortingen van de derde categorie geen toepassing van het AEC-criterium voorschrijft. Ten derde heeft het erop gewezen dat het Hof dat criterium enkel relevant heeft geacht in zaken die betrekking hadden op tarief- of prijsstijgingspraktijken, die naar hun aard verschillen van zaken die gaan over „exclusiviteitskortingen”.<sup>106</sup>

164. Zoals ik hierboven heb aangetoond (punten 122-160), moeten om te beginnen ook in het geval van „exclusiviteitskortingen” alle omstandigheden in aanmerking worden genomen om te bepalen of de betrokken gedragingen tot uitsluiting van concurrenten kunnen leiden. De mogelijkheid van uitsluiting dient met andere woorden in elk concreet geval te worden aangetoond. Het is juist dat het AEC-criterium irrelevant kan worden geacht wanneer men aanvaardt dat een loutere hypothetische of theoretische mogelijkheid dat de gelaakte gedragingen een mededingingsverstoring uitsluitingseffect hebben, als bewijs van misbruik volstaat. In theorie kan immers elke door een onderneming met een machtspositie aangeboden korting in bepaalde omstandigheden mededingingsverstoringe gevolgen hebben.

165. Aangezien het echter noodzakelijk is dat er een uitsluitingseffect optreedt, kan de analyse op basis van het AEC-criterium niet worden genegeerd. Zoals het Gerecht heeft opgemerkt, is die analyse bedoeld om vast te stellen of er sprake is van gedragingen die het voor een even efficiënte concurrent economisch gezien onmogelijk maken zich te verzekeren van het betwistbare deel van de vraag van een afnemer. Toepassing van het AEC-criterium kan met andere woorden van nut zijn voor de beoordeling of er sprake is van gedragingen die naar alle waarschijnlijkheid mededingingsverstoringe gevolgen hebben. Blijkt bij toepassing van het criterium daarentegen dat een even efficiënte concurrent in staat is zijn kosten te dekken, dan worden dergelijke gevolgen veel minder waarschijnlijk. Voor de beoordeling of er sprake is van gedragingen die een mededingingsverstoring uitsluitingseffect hebben, is het AEC-criterium daarom bijzonder zinvol.

166. Wat de tweede en de derde overweging betreft, heb ik hierboven (punten 101 en 105) reeds duidelijk gemaakt waarom niet mag worden voorbijgegaan aan de rechtspraak met betrekking tot tarief- of prijsstijgingspraktijken. Hoe dan ook heeft het arrest Post Danmark II de eventueel nog bestaande onzekerheid op dit gebied weggenomen. Uit dat arrest blijkt namelijk dat in het kader van zaken met betrekking tot kortingen de rechtspraak over andere vormen van prijsgerelateerde uitsluiting niet zonder meer buiten beschouwing kan worden gelaten. Zoals het Hof onder verwijzing naar, onder meer, die rechtspraak heeft bevestigd, kan het AEC-criterium ook bij de beoordeling van een kortingssysteem een nuttig instrument blijken.<sup>107</sup>

167. Ik wijs er echter ook op dat het Hof in het arrest Post Danmark II zijn standpunt inzake het AEC-criterium heeft genuanceerd. Het heeft met name opgemerkt dat hoewel het AEC-criterium in bepaalde situaties van nut kan zijn, er geen juridische verplichting bestaat om dat criterium te gebruiken.<sup>108</sup> Dit is in overeenstemming met hetgeen het Hof heeft verklaard in het arrest Tomra. In dat arrest heeft het Hof zich op het standpunt gesteld dat de Commissie niet hoeft aan te tonen dat getrouwheidskortingen de concurrenten van de onderneming met een machtspositie verplichten om beneden de kostprijs liggende prijzen te hanteren teneinde te concurreren op het voor mededinging vatbare deel van de markt. Volgens het Hof kon de Commissie de mogelijkheid van mededingingsbeperking door de betrokken kortingen integendeel aantonen aan de hand van kwalitatieve factoren waaruit het mededingingsbeperkende karakter ervan bleek.<sup>109</sup>

<sup>106</sup>  
Bestreden arrest (punten 143, 144 en 152).

<sup>107</sup>  
Zie arrest Post Danmark II (punten 55–58).

<sup>108</sup>  
Zie arrest Post Danmark II (punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>109</sup>  
Zie arrest Tomra (punten 73-80).



168. In zoverre zou men inderdaad geneigd kunnen zijn te concluderen dat in de onderhavige zaak toepassing van het AEC-criterium achterwege kan worden gelaten. In dat geval zou, zoals de Commissie betoogt, het Gerecht geen blijk hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het AEC-criterium irrelevant te achten voor de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking.

169. Daarbij worden echter twee punten over het hoofd gezien. Anders dan in de zaak Tomra het geval was, heeft de Commissie in de litigieuze beschikking wel degelijk een uitvoerige analyse op basis van het AEC-criterium uitgevoerd. Nog belangrijker is evenwel dat de andere door het Gerecht beoordeelde omstandigheden niet zonder meer de conclusie wettigen dat er sprake is van gevolgen voor de mededinging. In deze omstandigheden lijkt het mij duidelijk dat het AEC-criterium niet zomaar als irrelevant terzijde kan worden geschoven.

170. Bijgevolg heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in het kader van zijn beoordeling van alle omstandigheden geen rekening te houden met de door de Commissie in de litigieuze beschikking uitgevoerde analyse op basis van het AEC-criterium.

171. Ter afsluiting van mijn analyse van de subsidiaire beoordeling van het Gerecht, betreffende de mogelijkheid van mededingingsbeperking, merk ik het volgende op.

172. De bij die beoordeling in aanmerking genomen omstandigheden kunnen niet bevestigen niet dat er sprake is van gevolgen voor de mededinging. Die beoordeling toont hooguit aan dat het in theorie mogelijk is dat de gelaakte gedragingen een mededingingsverstoring uitsluitingseffect hebben, maar het effect als zodanig is niet bevestigd. Principieel moeten bij een beoordeling van alle omstandigheden op zijn minst het door de gelaakte gedragingen beïnvloede deel van de markt en de duur van die gedragingen in aanmerking worden genomen. Daarnaast kan het noodzakelijk zijn andere omstandigheden te laten meewegen, die van geval tot geval kunnen verschillen. Juist omdat de Commissie in de litigieuze beschikking een analyse op basis van het AEC-criterium heeft uitgevoerd, kan in het onderhavige geval dit criterium niet buiten beschouwing worden gelaten bij de beoordeling of de gelaakte gedragingen een mededingingsverstoring uitsluitingseffect kunnen hebben. De beoordeling van de relevante omstandigheden moet ons alles bij elkaar genomen in staat stellen met een voldoende mate van waarschijnlijkheid vast te stellen dat de betrokken onderneming in strijd met artikel 102 VWEU haar machtspositie heeft misbruikt. Is een dergelijke vaststelling niet mogelijk wegens, bijvoorbeeld, een te geringe marktdekking, de korte duur van de gelaakte regelingen of een positief resultaat van een toetsing aan het AEC-criterium, dan is een grondiger economische analyse van de daadwerkelijke of potentiële gevolgen voor de mededinging noodzakelijk om misbruik te kunnen vaststellen.

### *c) Conclusie*

173. Ik ben tot de slotsom gekomen dat het Gerecht in de eerste plaats blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat „exclusiviteitskortingen” een aparte en unieke categorie kortingen vormen, waarvoor niet alle omstandigheden in aanmerking hoeven te worden genomen om te bepalen of er sprake is van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. In de tweede plaats heeft het Gerecht ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn subsidiaire beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking, doordat het niet in het licht van alle omstandigheden heeft aangetoond dat het zeer waarschijnlijk was dat de door rekwirante verleende kortingen en verrichte betalingen een mededingingsverstoring uitsluitingseffect hadden.

174. Bijgevolg moet het eerste middel worden aanvaard.

## **C – Tweede middel: inaanmerkingneming van de marktdekking bij de beoordeling of een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt**

### ***1. Belangrijkste argumenten van partijen***

175. Met haar tweede middel stelt rekwirante dat, ongeacht de conclusie ten aanzien van het eerste middel, haar gedragingen in 2006 en 2007 hoe dan ook betrekking hadden op een te klein gedeelte van de markt om de mededinging te kunnen beperken. In die periode betroffen de gedragingen uitsluitend MSH en Lenovo. Volgens rekwirante heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door uit het feit dat de Commissie in de litigieuze beschikking had geconcludeerd tot het bestaan van één enkele voortgezette inbreuk in de periode van 2002 tot 2007, af te leiden dat de vaststelling van een inbreuk gedurende 2006 en 2007 kon worden gebaseerd op het deel van de markt dat over de gehele periode van 2002 tot 2007 gemiddeld genomen was afgeschermd (in plaats van op het deel van de markt dat in de twee betrokken jaren door de gedragingen werd beïnvloed).<sup>110</sup>

176. De Commissie wijst erop dat het tweede middel slechts een aanvulling vormt op het eerste middel, daar het volledig op dezelfde uitgangspunten gebaseerd is. Zij is van mening dat het voor de vraag of de door Intel verleende kortingen de mededinging konden beperken, irrelevant is op welk deel van de markt die kortingen betrekking hadden. Die marktdekking is volgens haar slechts van belang voor de vraag in hoeverre die praktijken de mededinging daadwerkelijk beperkten. Wegens het strategische belang van de OEM's waarop de gedragingen in 2006 en 2007 gericht waren, kan volgens de Commissie de betekenis van Intels praktijken in die jaren niet eenvoudig worden afgemeten aan de marktdekking. De Commissie meent dat de marktdekking gedurende die twee jaren moet worden gezien in het licht van één enkele voortgezette inbreuk in het kader van een algemene strategie die erop gericht was AMD van de mondiale markt van x86-CPU's uit te sluiten.

### ***2. Analyse***

177. Ik ben hierboven tot de conclusie gekomen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn subsidiaire beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking in het licht van alle omstandigheden. Met name heeft het de marktdekking onjuist beoordeeld door niet te erkennen dat een gebonden marktaandeel van 14 % niet rechtens genoegzaam kan aantonen dat de gelaakte gedragingen de mededinging kunnen beperken. Alleen al op die grond zou het tweede middel eveneens moeten worden aanvaard.

178. Niettemin ben ik van mening dat er ook reden is om kort op dit middel afzonderlijk in te gaan, en wel omdat de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot het bestaan van één enkele voortgezette inbreuk aan de basis liggen van de constatering van een inbreuk gedurende 2006 en 2007. Het Gerecht heeft zich immers op het standpunt gesteld dat in de context van één enkele voortgezette inbreuk die gebaseerd was op een algemene, op uitsluiting gerichte strategie, een globale beoordeling van het deel van de markt dat gemiddeld genomen was gebonden, volstond om vast te stellen dat de betrokken gedragingen tot mededingingsversturende uitsluiting konden leiden.<sup>111</sup>

179. Bij het onderhavige middel gaat het er dus om welke rol het begrip één enkele voortgezette inbreuk kan spelen bij de beoordeling of de gedragingen van één onderneming de mededinging kunnen beperken. Meer bepaald werpt dit middel de vraag op of dat begrip kan worden gebruikt om het feit te compenseren dat gedurende een bepaalde periode het beïnvloede deel van de markt te klein was om op zichzelf aan te tonen dat de gelaakte gedragingen de mededinging konden beperken.

<sup>110</sup>  
Bestreden arrest (punten 192 en 193).

<sup>111</sup>  
Bestreden arrest (punten 193, 1561 en 1562).

180. In de rechtspraak van het Hof is het begrip één enkele voortgezette inbreuk tot dusver met name in de context van 101 VWEU gebruikt om verschillende onderdelen van mededingingsverstoring gedrag voor handavingsdoeleinden samen als één enkele voortgezette inbreuk te behandelen. De achterliggende gedachte daarbij is dat daadwerkelijke handhaving moet worden gewaarborgd in gevallen waarin inbreuken bestaan uit een samenstel van mededingingsverstoringe praktijken die verschillende vormen kunnen aannemen en zelfs in de loop der tijd kunnen wijzigen.<sup>112</sup>

181. Het doel is met andere woorden om te voorkomen dat de handhaving stukloopt op het feit dat verschillende overeenkomsten en onderlinge afgestemde gedragingen in de zin van artikel 101 VWEU, die in werkelijkheid onderdeel zijn van een totaalplan om de mededinging te beperken, afzonderlijk worden behandeld. Het gebruik van het begrip één enkele voortgezette inbreuk verlicht daarom de bewijslast die in het algemeen rust op de met de handhaving van het mededingingsrecht belaste autoriteiten als het gaat om de noodzaak het voortgezette karakter van de onderzochte mededingingsverstoringe gedragingen aan te tonen. Meer bepaald is het niet ongebruikelijk dat wanneer gedurende een langere periode uitvoering is gegeven aan een samenstel van overeenkomsten en gedragingen, er in de loop van de relevante periode wijzigingen zijn opgetreden in de draagwijdte en de vorm van die overeenkomsten en/of gedragingen, of in de daarbij betrokken ondernemingen. Als de Commissie geen gebruik kon maken van het begrip één enkele voortgezette inbreuk, zou op haar een zwaardere bewijslast rusten. Zij zou het bestaan van meerdere afzonderlijke overeenkomsten en/of gedragingen moeten vaststellen en bewijzen, alsook moeten bepalen welke partijen bij elk van die overeenkomsten en/of gedragingen betrokken zijn geweest. Wanneer de gelaakte praktijken afzonderlijk worden behandeld, kan dit in sommige gevallen ook in de verjaring van oudere overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen resulteren. Dat zou de handhaving minder efficiënt maken.

182. Het begrip één enkele voortgezette inbreuk heeft derhalve een procedurele functie.

183. Voor zover dit begrip de op de mededingingsautoriteiten rustende bewijslast verlicht, is het met name relevant in het kader van de oplegging van geldboeten. Meer bepaald staat het feit dat het bewijs van de inbreuk niet is geleverd voor welbepaalde tijdvakken, er niet aan in de weg dat de inbreuk wordt geacht te hebben bestaan gedurende een langere totale periode, mits deze vaststelling op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen berust. In het kader van een inbreuk die zich over verschillende jaren uitstrekt, doet het normaliter voor het bestaan van een mededingingsregeling niet ter zake dat deze regeling met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken aan het licht treedt, zolang de verschillende handelingen die deel uitmaken van deze inbreuk, hetzelfde doel hebben en passen in het kader van één enkele voortgezette inbreuk.<sup>113</sup> Van bijzonder belang is namelijk het feit dat de Commissie het bewijs heeft kunnen leveren van een totaalplan om de mededinging te beperken.<sup>114</sup>

184. Het begrip één enkele voortgezette inbreuk kan daarentegen niet worden gebruikt om de werkingssfeer van de in het Verdrag geformuleerde verboden uit te breiden.

<sup>112</sup>

Zie in die zin arrest van 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>113</sup>

Zie arrest van 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 260; hierna: „arrest Aalborg”).

<sup>114</sup>

Zie bijvoorbeeld arrest Aalborg (punt 260).

185. In het onderhavige geval is het begrip één enkele voortgezette inbreuk in een volstrekt andere context gebruikt.<sup>115</sup> In het bestreden arrest is met behulp van dit begrip vastgesteld dat bepaalde gedragingen van één onderneming een inbreuk opleverden, terwijl niet was komen vast te staan dat die gedragingen op zichzelf de mededinging op de interne markt konden beperken.

186. Ik kan niet anders dan vraagtekens plaatsen bij deze exercitie.

187. Zoals rekwirante opmerkt, kan het begrip één enkele voortgezette inbreuk niet worden gebruikt om van rechtmatig gedrag inbreukmakend gedrag te maken.

188. Aangezien de Commissie tot het bestaan van één enkele voortgezette inbreuk had geconcludeerd, heeft het Gerecht echter gemeend te kunnen volstaan met een globale beoordeling van het deel van de markt dat in de periode van 2002 tot 2007 gemiddeld genomen was afgeschermd.<sup>116</sup> Op grond daarvan heeft het Gerecht het irrelevant geacht dat in 2006 en 2007 het beïnvloede deel van de markt aanzienlijk kleiner was dan het deel van de markt dat gemiddeld genomen gebonden was (14 %).

189. Het Gerecht heeft met andere woorden een materieel criterium vervangen door een procedureel criterium. Het heeft het criterium van voldoende marktdekking terzijde geschoven – terwijl het dit paradoxaal genoeg wel relevant heeft geacht om uit te maken of de gelaakte gedragingen tot mededingingsverstorende uitsluiting konden leiden – en vervangen door het criterium van één enkele voortgezette inbreuk. Deze benadering kan eenvoudig niet overeind blijven. Het is namelijk van tweeën één: ofwel wordt aanvaard dat marktdekking er niet toe doet en dat de mededingingsregels van de Unie de vorm van gedragingen bestraffen en niet de gevolgen ervan (ik heb hierboven al uitgelegd waarom dit een onaanvaardbare oplossing is), ofwel moet dit aspect bij een beoordeling van alle omstandigheden serieus worden meegewogen.

190. Door zijn benadering heeft het Gerecht verzuimd na te gaan of de betrokken gedragingen gedurende de gehele relevante periode de mededinging konden beperken.

191. Zelfs als het wel had nagegaan of dat het geval was, had het hoe dan ook tot de slotsom moeten komen dat op basis van een zo klein gedeelte van de markt dat was gebonden, niet kon worden vastgesteld dat de gelaakte gedragingen de mededinging konden beperken.

192. Net zoals ik in punt 143 van deze conclusie heb opgemerkt met betrekking tot een marktaandeel van 14 %, kan niet worden uitgesloten dat een gebonden marktaandeel van minder dan 5 % in bepaalde omstandigheden ook kan volstaan om concurrenten uit te sluiten. Dit laat echter onverlet dat in het kader van de beoordeling van de mogelijkheid van mededingingsbeperking aan een dergelijk percentage eenvoudig geen conclusies kunnen worden verbonden. Als gezegd kan niet (op basis van de vorm van de gedragingen) worden aangenomen dat bepaalde regelingen onder het verbod van artikel 102 VWEU vallen, zonder dat daarbij het percentage van de markt dat is gebonden, naar behoren in aanmerking wordt genomen. Wanneer het gebonden marktaandeel geen afdoende bewijs vormt voor een beperking van de mededinging, moeten de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van de betrokken gedragingen worden onderzocht om te kunnen vaststellen of er sprake is geweest van misbruik.

<sup>115</sup>

Zie de punten 319 e.v. van deze conclusie voor het gebruik van het betrokken begrip in verband met jurisdictie.

<sup>116</sup>

Bestreden arrest (punt 193).

193. Nogmaals, wanneer het beïnvloede deel van de markt ontoereikend wordt geacht om te kunnen concluderen dat gedurende een bepaalde periode de mededinging werd beperkt, kan dat probleem niet worden verholpen door het begrip één enkele voortgezette inbreuk toe te passen. Zoals dat begrip zelf suggereert, kunnen integendeel verschillende gedragingen alleen dan als één enkele voortgezette inbreuk worden gekwalificeerd, wanneer ook elk van die gedragingen afzonderlijk een inbreuk vormt. De betrokken gedragingen moeten met andere woorden gedurende de gehele relevante periode een inbreuk opleveren.

194. Bijgevolg moet ook het tweede middel worden aanvaard.

## **D – Derde middel: kwalificatie van bepaalde kortingen als „exclusiviteitskortingen”**

### ***1. Belangrijkste argumenten van partijen***

195. Rekwirante, ondersteund door ACT, stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de kortingsregelingen met HP en Lenovo als „exclusiviteitskortingen” te kwalificeren. Hoewel die kortingen betrekking hadden op 95 % van de zakelijke desktopcomputers van HP en op 80 % van de laptopcomputers van Lenovo, ging het daarbij slechts om een klein gedeelte van de totale CPU-aankopen van deze twee ondernemingen. Intels betoog komt er in wezen op neer dat aangezien de aan die kortingen verbonden exclusiviteitsvoorwaarde slechts betrekking had op de behoefte aan CPU's van die OEM's in bepaalde *segmenten*, de kwalificatie van de kortingen als „exclusiviteitskortingen” rechtens onjuist is. Volgens rekwirante heeft het Gerecht zich ten onrechte op het standpunt gesteld dat dit hetzelfde effect heeft als het „goeddeels of uitsluitend” voorzien in de *totale* behoefte van de afnemer. Meer bepaald is rekwirante de mening toegedaan dat door die benadering de eis van „exclusieve of quasi-exclusieve bevoorrading” feitelijk wordt versoepeld, wat leidt tot een ongerechtvaardigde verruiming van de categorie „exclusiviteitskortingen”, die volgens het Gerecht automatisch misbruik in de zin van artikel 102 VWEU opleveren.

196. Volgens de Commissie moet dit middel om twee redenen worden afgewezen. In de eerste plaats kan de vrijheid van de betrokken OEM's om zich in bepaalde segmenten bij een andere onderneming te bevoorraden, niet het feit neutraliseren dat die keuzevrijheid in één segment van de markt van CPU's is beperkt. In de tweede plaats heeft Intel een onjuiste uitlegging gegeven aan de relevante rechtspraak van het Hof, volgens welke de concurrenten van de onderneming met een machtspositie op de gehele markt op basis van kwaliteit moeten kunnen concurreren.

### ***2. Analyse***

197. Net als het tweede middel hangt ook het derde middel nauw samen met het eerste. Het stelt in wezen de vraag aan de orde of het Gerecht terecht heeft gemeend dat de door rekwirante aan HP en Lenovo aangeboden kortingen als „exclusiviteitskortingen” konden worden gekwalificeerd.<sup>117</sup>

198. Ik heb hierboven uitgelegd waarom er geen afzonderlijke categorie „exclusiviteitskortingen” bestaat. Er rust een vermoeden van onrechtmatigheid op getrouwheidskortingen, waartoe onder meer (maar niet uitsluitend) de kortingen behoren die door het Gerecht „exclusiviteitskortingen” zijn genoemd. Een van de mogelijke redenen waarom een korting als een getrouwheidskorting wordt gezien, is dat daaraan de voorwaarde verbonden is dat de afnemer zich voor zijn behoeften „goeddeels of uitsluitend” bevoorraadt bij de onderneming die een machtspositie inneemt.<sup>118</sup> Het lot van dergelijke

<sup>117</sup> Bestreden arrest (punten 134 en 137).

<sup>118</sup> Zie arresten Hoffmann-La Roche (punt 89), en Tomra (punt 70).



kortingen hangt echter niet uitsluitend af van de vorm. Alle omstandigheden moeten namelijk in aanmerking worden genomen alvorens kan worden geconcludeerd dat de gelaakte gedragingen misbruik van machtspositie opleveren. Mocht het Hof conform mijn voorstel rekwirantes eerste middel aanvaarden, dan kan het derde middel dus verder onbesproken blijven.

199. Het derde middel blijft echter van betekenis voor het geval het Hof het eerste middel van de hand zou wijzen en zich op het standpunt zou stellen dat „exclusiviteitskortingen” moeten worden onderscheiden van andere soorten getrouwheidskortingen.

200. Mocht het Hof tot die conclusie komen, dan speelt de voorwaarde van het zich „goeddeels of uitsluitend” bevoorraden een cruciale rol bij de beoordeling van die kortingen. Alleen kortingen waaraan de voorwaarde is verbonden dat de afnemer zich voor zijn behoeften „goeddeels of uitsluitend” bevoorraadt bij de onderneming die een machtspositie inneemt, zouden namelijk tot de categorie „exclusiviteitskortingen” behoren.

201. Tegen deze achtergrond merk ik het volgende op.

202. Wat bijvoorbeeld HP betreft, hield de exclusiviteitsvoorwaarde in dat deze onderneming 95 % van de door haar benodigde x86-CPU's voor desktopcomputers voor de zakelijke markt bij rekwirante zou afnemen. Dat komt zonder meer neer op „al haar behoeften dan wel een groot gedeelte van haar behoeften” aan CPU's in dat segment. Het beeld wordt echter vertroebeld door het feit dat die 95 % blijkt te corresponderen met ongeveer 28 % van HP's totale behoefte aan CPU's.<sup>119</sup> Zoals rekwirante stelt, kan van een dergelijk percentage moeilijk worden gezegd dat het die totale behoefte aan CPU's of een aanzienlijk deel daarvan vertegenwoordigt.

203. In dit verband heeft het Gerecht in het bestreden arrest geoordeeld dat het irrelevant is of de voorwaarde van het zich „goeddeels of uitsluitend” bevoorraden bij de onderneming die een machtspositie inneemt, betrekking heeft op de gehele markt dan wel op een bepaald segment van de markt.<sup>120</sup> Ter rechtvaardiging van deze benadering heeft het Gerecht verwezen naar het arrest Tomra, waarin het Hof heeft verklaard dat de concurrenten van de onderneming met een machtspositie moeten kunnen concurreren op basis van kwaliteit, en wel op de gehele markt en niet slechts op een deel daarvan. Het Hof heeft daarmee echter niets gezegd over de wijze waarop het criterium „goeddeels of uitsluitend” zou moeten worden uitgelegd. De betrokken overweging heeft integendeel betrekking op de vraag of het feit dat een onderneming met een machtspositie een aanzienlijk deel van de markt afschermt, niettemin gerechtvaardigd kan zijn wanneer het voor mededinging vatbare gedeelte van de markt nog volstaat voor een beperkt aantal concurrenten.<sup>121</sup>

204. Deze vraag is hier niet aan de orde. Hier gaat het erom of de voorwaarde van het zich „goeddeels of uitsluitend” bij de onderneming met een machtspositie bevoorraden ook betrekking kan hebben op een specifiek segment van de relevante productmarkt.

205. In de litigieuze beschikking is bij de definitie van de relevante productmarkt geen onderscheid gemaakt tussen CPU's die worden gebruikt in computers voor zakelijke gebruikers en CPU's waarmee computers voor particuliere gebruikers worden uitgerust. Voor een specifiek soort computer kunnen namelijk dezelfde CPU's worden gebruikt in zowel het zakelijke als het particuliere segment.<sup>122</sup> Die substitueerbaarheid lijkt erop te wijzen dat de markt niet kan worden opgesplitst.

<sup>119</sup>

Zie bestreden arrest (inz. de punten 126 en 129, met betrekking tot HP, en punt 137, met betrekking tot Lenovo).

<sup>120</sup>

Bestreden arrest (inz. de punten 132 en 133).

<sup>121</sup>

Zie arrest Tomra (punt 42).

<sup>122</sup>

Overweging 831 van de litigieuze beschikking. Zie ook bestreden arrest (punt 133).

206. Wat dit betreft heeft het Gerecht in het bestreden arrest opgemerkt dat de vraag of de in het zakelijke segment gebruikte CPU's verschillen van de x86-CPU's die worden gebruikt in computers voor particuliere gebruikers, in dit verband niet ter zake doet. Zelfs als die CPU's verwisselbaar waren, zou volgens het Gerecht namelijk de keuzevrijheid van de betrokken OEM's in het specifieke segment aanzienlijk zijn beperkt.<sup>123</sup>

207. Dit argument is op het eerste gezicht overtuigend.

208. Het Gerecht ziet echter een belangrijk punt over het hoofd, in zoverre het in zijn redenering uitgaat van het perspectief van HP (en Lenovo), in plaats van dat van AMD. Vanuit het perspectief van AMD doet het volstrekt niet ter zake of de keuzevrijheid van HP en Lenovo in een bepaald segment al dan niet aanzienlijk is beperkt, gelet op het feit dat HP en Lenovo afnemers zijn van Intel, en niet haar concurrenten.

209. Beklemtoond moet namelijk worden dat het in deze zaak gaat om uitsluitingsgedrag jegens rekwirantes concurrent AMD, en niet om uitbuiting van rekwirantes afnemers. Vanuit het perspectief van AMD (en dus ook om te bepalen of de gelaakte gedragingen met artikel 102 VWEU strijdig misbruik van machtspositie door uitsluiting opleveren), gaat het erom welk percentage van de behoeften in totaal is gebonden als gevolg van de door Intel verleende kortingen en verrichte betalingen.

210. Zoals ACT opmerkt, is het niet van belang of sommige van de ingekochte CPU's bestemd zijn voor een specifiek segment. Waar het om gaat, is of de betrokken OEM's nog steeds aanzienlijke hoeveelheden kunnen inkopen bij Intels concurrenten. Dat blijkt hier het geval te zijn: HP en Lenovo konden nog steeds aanzienlijke hoeveelheden x86-CPU's van AMD betrekken. Het antwoord op de vraag of een onderneming haar machtspositie heeft misbruikt door een concurrent uit te sluiten, kan niet afhangen van een schijnbaar willekeurige marktsegmentatie.

211. In dit licht lijkt moeilijk te kunnen worden volgehouden dat, wat HP betreft, de voor 95 % van haar zakelijke desktopcomputers geldende exclusiviteitsvoorwaarde meer dan ongeveer 28 % van haar totale behoefte betrof. Zo ook is in Lenovo's geval de voor haar laptopcomputers geldende exclusiviteitsvoorwaarde niet hetzelfde als een *algemene* exclusiviteitsvoorwaarde. In dergelijke omstandigheden kan eenvoudig niet aan het criterium „goeddeels of uitsluitend” worden voldaan.

212. Wellicht ten overvloede merk ik nog op dat de in het bestreden arrest gevolgde benadering tot een resultaat leidt dat moeilijk valt te rechtvaardigen. Volgens die benadering zou namelijk zelfs een „exclusiviteitskorting” die betrekking heeft op een segment van de relevante productmarkt dat een zeer gering percentage van de totale behoefte van de afnemer vertegenwoordigt (bijvoorbeeld 3%), automatisch kunnen worden veroordeeld.

213. Ik kom derhalve tot de slotsom dat het Gerecht bij zijn kwalificatie van de door rekwirante aan HP en Lenovo aangeboden kortingen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

214. Los van de vraag of het Hof het met mij eens is wat de eerste twee middelen betreft, ben ik dan ook van mening dat het derde middel moet worden aanvaard.

<sup>123</sup>  
Bestreden arrest (punt 133).

## **E – Vierde middel: rechten van verdediging**

### ***1. Belangrijkste argumenten van partijen***

215. Het vierde middel heeft betrekking op rekwirantes rechten van verdediging, zoals gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”). Intel verwijt het Gerecht blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat er geen procedurefout was gemaakt in verband met een bijeenkomst die in 2006 met een hoge bestuurder van Dell, de heer D1, was gehouden in het kader van het onderzoek dat tot de vaststelling van de litigieuze beschikking heeft geleid (hierna: „betrokken bijeenkomst”).

216. Rekwirante stelt in de eerste plaats dat het Gerecht zich ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat de betrokken bijeenkomst geen verhoor was in de zin van artikel 19 van verordening nr. 1/2003. In de tweede plaats heeft het Gerecht volgens haar ten onrechte geoordeeld dat hoewel de Commissie wegens het belang van de betrokken bijeenkomst daarvan notulen had moeten opstellen, de schending van het beginsel van behoorlijk bestuur waaraan zij zich schuldig had gemaakt door dat na te laten, was goedge maakt doordat aan rekwirante de niet-vertrouwelijke versie van de interne notitie (interne geheugensteun voor de Commissie) ter beschikking was gesteld. Rekwirante stelt in de derde plaats dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn subsidiaire beoordeling of een procedurefout als die welke in het bestreden arrest is vastgesteld, een grond vormt om de litigieuze beschikking nietig te verklaren wat haar gedragingen ten aanzien van Dell betreft.

217. De Commissie stelt om te beginnen dat het vierde middel niet ter zake dienend is omdat Intel niet is opgekomen tegen de vaststelling in het bestreden arrest dat de kortingen aan Dell „exclusiviteitskortingen” waren. Dat middel is in de ogen van de Commissie eveneens niet-ontvankelijk. Het antwoord op de vraag of de schending van het beginsel van behoorlijk bestuur kon worden goedge maakt door aan Intel de niet-vertrouwelijke versie van de interne notitie ter beschikking te stellen, hangt immers af van een beoordeling van het belang van de betrokken bijeenkomst en van het al dan niet toereikend zijn van de gemaakte notitie. Dit zijn feitelijke beoordelingen die in hogere voorziening niet kunnen worden getoetst.

218. Volgens de Commissie is Intels vierde middel hoe dan ook ongegrond, daar Intel geen enkel relevant argument heeft aangevoerd om de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de interne notitie ter discussie te stellen. De Commissie stelt ook dat de litigieuze beschikking primair gebaseerd was op schriftelijke bewijsstukken, waarop de betrokken bijeenkomst hoe dan ook geen ander licht had kunnen werpen.

### ***2. Analyse***

219. Om te beginnen moet worden beklemtoond dat het vierde middel geenszins niet ter zake dienend of niet-ontvankelijk is, zoals de Commissie betoogt.

220. Met dit middel stelt Intel specifiek dat de vaststelling van een inbreuk nietig moet worden verklaard wat de gedragingen ten aanzien van Dell betreft, aangezien de feitelijke vaststellingen op basis waarvan tot het bestaan van die inbreuk is geconcludeerd, ongeldig zijn wegens schending van haar rechten van verdediging. Dit is een rechtsvraag waarover het Hof zich kan en moet uitspreken. De vaststelling in het bestreden arrest dat aan de door Intel aan Dell verleende kortingen een exclusiviteitsvoorwaarde was verbonden, of deze nu al dan niet is betwist, is in dit verband irrelevant. Zoals ik hierboven duidelijk heb gemaakt, kunnen de betrokken kortingen (welk „label” er ook op wordt geplakt), niet als onrechtmatig worden bestempeld zonder alle relevante omstandigheden in aanmerking te nemen. De Commissie zelf heeft tijdens de terechtzitting erkend dat de betrokken onderneming in beginsel zelfs voor „exclusiviteitskortingen” rechtvaardigingen kan aandragen. Ook het feit dat partijen het erover eens zijn dat de Commissie de tijdens de betrokken bijeenkomst

verkregen informatie niet als belastend bewijsmateriaal tegen Intel heeft gebruikt, doet niet ter zake, omdat dit niets zegt over de mogelijke *ontlastende* waarde van de bijeenkomst.<sup>124</sup> Nog belangrijker is dat de vraag of de rechten van verdediging zijn geschonden, volstrekt losstaat van de vraag of die (potentiële) schending gevolgen heeft gehad voor de inhoud van de litigieuze beschikking.

221. Het doet er eenvoudig weinig of niets toe hoe Intels kortingen zijn gekwalificeerd of welke informatie als belastend bewijsmateriaal tegen haar is aangevoerd, wanneer haar rechten van verdediging zijn geschonden. Het enige wat door het Hof moet worden onderzocht, is of rekwirante heeft aangetoond dat zij zich beter had kunnen verdedigen als zij over een verslag van de betrokken bijeenkomst had beschikt. Daartoe dient het Hof onder meer ook na te gaan of de interne notitie – die rekwirante pas in de loop van de procedure in eerste aanleg heeft ontvangen – een eerdere procedurele onregelmatigheid die voortvloeide uit het besluit van de Commissie om van de betrokken bijeenkomst geen notulen op te stellen, heeft „goedgemaakt”. Om die reden ben ik niet overtuigd door het argument van de Commissie dat rekwirantes argumenten betreffende de toereikendheid van de interne notitie in werkelijkheid gericht zijn tegen feitelijke vaststellingen.

222. Zoals ik hierna duidelijk zal maken, dient het vierde middel te worden aanvaard.

***a) De betrokken bijeenkomst was een verhoor in de zin van artikel 19 van verordening nr. 1/2003***

223. Rekwirante verwijt het Gerecht blijkt te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te stellen dat de Commissie artikel 19, lid 1, van verordening nr. 1/2003, gelezen in samenhang met artikel 3 van verordening nr. 773/2004, niet had geschonden.<sup>125</sup> Zij stelt in dit verband dat het in het bestreden arrest gemaakte onderscheid tussen „formele” verhoren en „informele” gesprekken rechtens onjuist is. Dit geldt volgens haar ook voor de vaststelling dat de Commissie niet verplicht is „informele” gesprekken te registreren.<sup>126</sup>

224. Alvorens nader op dat onderscheid in te gaan, acht ik het zinvol kort de (procedurele) stappen in herinnering te brengen die ertoe hebben geleid dat de op de betrokken bijeenkomst betrekking hebbende interne notitie aan rekwirante ter beschikking is gesteld.

225. Uit het bestreden arrest blijkt dat de Commissie tijdens de administratieve procedure aanvankelijk heeft ontkend dat er een bijeenkomst met de heer D1 had plaatsgevonden. Pas nadat Intel haar met het bewijs van het bestaan van een indicatieve lijst van onderwerpen betreffende de betrokken bijeenkomst had geconfronteerd, heeft de Commissie toegegeven dat deze bijeenkomst had plaatsgevonden. Zij heeft toen nog steeds ontkend dat van die bijeenkomst notulen waren opgesteld. Enige maanden later heeft de raadadviseur-auditeur echter toegegeven dat er een interne notitie bestond, maar daarbij aangetekend dat rekwirante daarvoor geen recht van toegang kon doen gelden. Desondanks heeft de Commissie in december 2008 Intel „beleefdheidshalve” een kopie van de niet-vertrouwelijke versie van de interne notitie toegezonden, waarin een groot aantal passages onleesbaar was gemaakt. Nadat het Gerecht daarom had verzocht, is uiteindelijk in januari 2013 tijdens de procedure bij het Gerecht de vertrouwelijke versie van die notitie aan rekwirante ter hand gesteld.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Zie wat dat betreft bestreden arrest (punt 611).

<sup>125</sup> Bestreden arrest (punt 612).

<sup>126</sup> Bestreden arrest (punten 614 en 615).

<sup>127</sup> Bestreden arrest (punten 601 en 606).

226. Wat de uitlegging van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 betreft, wijs ik erop dat de bevoegdheid tot het afnemen van verhoren een logisch uitvloeisel is van de ruime onderzoeksbevoegdheden die de Commissie aan deze verordening ontleent. In deze zaak rijst de vraag of er aan die bevoegdheden niettemin grenzen zijn gesteld.

227. Die grenzen kunnen duidelijk worden bepaald aan de hand van de bewoordingen van de relevante artikelen. Om te beginnen bepaalt artikel 19 van verordening nr. 1/2003 dat de Commissie alle personen (zowel natuurlijke personen als rechtspersonen) kan horen die daarin toestemmen, teneinde inlichtingen te verzamelen over het onderwerp van het onderzoek. Terwijl in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 773/2004 een wettelijke verplichting ligt besloten om verhoren te registreren, mag volgens artikel 3, lid 3, van deze verordening de Commissie zelf weten *hoe* zij de verklaringen van de ondervraagden registreert.

228. Het lijkt mij dan ook nogal duidelijk dat wanneer de Commissie besluit een verhoor af te nemen, zij niet mag nalaten de inhoud van dat verhoor te registreren. Zij mag echter wel zelf bepalen *hoe* (in welke vorm) zij het verhoor registreert.

229. Dit wordt als zodanig niet door het bestreden arrest weersproken.<sup>128</sup>

230. Het probleem is echter dat het Gerecht in het bestreden arrest onderscheid maakt tussen formele verhoren en informele gesprekken, terwijl een dergelijk onderscheid in de bepalingen van verordening nr. 1/2003 niet voorkomt.

231. Dat onderscheid is in mijn ogen uiterst problematisch. Wanneer via wetsuitlegging een nieuw instrument voor de Commissie wordt gecreëerd om haar onderzoeken uit te voeren, stelt dit deze instelling namelijk in staat de regels te omzeilen die de wetgever juist heeft ingevoerd ter regulering van de onderzoeksbevoegdheden die haar zijn toegekend om inbreuken op de mededingingsregels op te sporen.

232. Zoals duidelijk volgt uit artikel 19 van verordening nr. 1/2003, gelezen in samenhang met artikel 3 van verordening nr. 773/2004, is één van die regels dat informatie die wordt verzameld tijdens verhoren die betrekking hebben op het onderwerp van een onderzoek, moet worden vastgelegd. In mijn optiek moet elke bijeenkomst met een derde partij die specifiek wordt belegd met het oog op het vergaren van inhoudelijke informatie die voor het beoordelen van een dossier kan worden gebruikt, onder het bereik van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 vallen.

233. Daarmee is echter niet gezegd dat de Commissie nooit op informele wijze in contact kan treden met derde partijen. Zoals uit de tekst van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 blijkt, is deze bepaling uitsluitend van toepassing op contact dat betrekking heeft op het onderwerp van het onderzoek. Wanneer de Commissie met derde partijen contact heeft over zaken die *geen* verband houden met het onderwerp van een bepaald (gewoonlijk lopend) onderzoek, geldt daarvoor geen registratieplicht.

234. In dit geval zie ik echter niet in hoe de betrokken bijeenkomst anders zou kunnen worden opgevat dan als een verhoor in de zin van artikel 19 van verordening nr. 1/2003.

<sup>128</sup>  
Bestreden arrest (punt 617).



235. De bijeenkomst hield niet alleen verband met het onderwerp van het lopende onderzoek van de Commissie naar Intels praktijken. Zoals uit de interne notitie blijkt, betroffen de onderwerpen die aan bod kwamen tijdens de vijf uur durende bijeenkomst de kern van het door de Commissie uitgevoerde onderzoek (namelijk of aan de door Intel aan Dell verleende kortingen een exclusiviteitsvoorwaarde was verbonden). Nog belangrijker is echter dat de ondervraagde persoon een van de hoogste bestuurders van Dell was.<sup>129</sup>

236. Het is wat dit betreft irrelevant of de bijeenkomst tot doel had bewijs te verzamelen in de vorm van medeondertekende notulen of verklaringen, of niet, zoals de Commissie heeft betoogd.<sup>130</sup>

237. Als alleen dergelijke contacten met derde partijen werden geacht onder het bereik van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 te vallen, zou dit neerkomen op een aanzienlijke uitbreiding van de bevoegdheid van de Commissie om gesprekken te voeren zonder verplichting om die gesprekken vast te leggen. De Commissie zou dan ook selectief te werk kunnen gaan bij het beschikbaar stellen van bewijsmateriaal aan ondernemingen die ervan worden verdacht de mededingingsregels van de Unie te hebben geschonden. De medewerkers die de te ondervragen persoon hebben uitgenodigd of die bij de betrokken bijeenkomst aanwezig zijn geweest, zouden dan namelijk naar eigen inzicht kunnen bepalen wat in het dossier terechtkomt en wat niet.

238. Maar zo heeft de wetgever van de Unie het recht tot „inzage van het dossier” niet bedoeld. Bekendmaking van *al* het bewijsmateriaal vormt de regel, niet-bekendmaking van specifieke bewijsstukken de uitzondering, zoals uit artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 blijkt. De door de Commissie voorgestane uitlegging van artikel 19 zou artikel 27, lid 2, betekenisloos maken.

239. Tijdens de terechtzitting heeft de Commissie getracht duidelijk te maken welke contacten met derde partijen zij dient vast te leggen en voor welke contacten die verplichting niet geldt. Opvallend genoeg leek zij daarbij te suggereren dat zij volledig naar eigen inzicht kan beslissen om al dan niet een verhoor in de zin van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 te organiseren. Het valt te begrijpen dat de Commissie niet in staat was het Hof op dit punt een duidelijk antwoord te verschaffen. Het lijkt immers moeilijk om voor het onderscheid tussen formele verhoren en informele gesprekken een ander criterium te formuleren dan het in de wetgeving geformuleerde criterium, namelijk of het onderhoud betrekking heeft op het onderwerp van het onderzoek.

240. Net zo belangrijk is het feit dat de beslissing om een onderhoud al dan niet vast te leggen, aan elke rechterlijke toetsing zou ontsnappen. Want hoe zouden de rechters van de Unie zonder een schriftelijk verslag kunnen nagaan of de Commissie zich heeft gehouden aan de bepalingen van verordening nr. 1/2003 en, meer in het algemeen, of de rechten van de bij een onderzoek betrokken ondernemingen en natuurlijke personen ten volle zijn geëerbiedigd?

241. Aan de in artikel 3 van verordening nr. 773/2004 geformuleerde verplichting om een onderhoud te registreren, liggen uiteindelijk namelijk op zijn minst twee met elkaar samenhangende redenen ten grondslag. Die verplichting verzekert enerzijds dat de van een inbreuk op de mededingingsregels verdachte ondernemingen hun verdediging kunnen organiseren, en anderzijds dat de rechters van de Unie achteraf kunnen toetsen of de Commissie bij de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden binnen de grenzen van de wet is gebleven.

<sup>129</sup>

Bestreden arrest (punt 621). Zie ook punt 636 met betrekking tot de tijdens de bijeenkomst besproken onderwerpen.

<sup>130</sup>

Zie ook bestreden arrest (punt 617).

242. Om deze redenen ben ik er vast van overtuigd dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat de Commissie niet in strijd had gehandeld met artikel 19 van verordening nr. 1/2003 door de betrokken bijeenkomst niet als een verhoor in de zin van die bepaling te organiseren en door die bijeenkomst niet naar behoren vast te leggen.

***b) De interne notitie heeft de procedurele onregelmatigheid niet goedge maakt***

243. Als gezegd (punt 216) heeft het Gerecht in het bestreden arrest geen schending van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 vastgesteld. Het heeft echter wel geoordeeld dat – in aanmerking genomen de inhoud en het belang van de tijdens de betrokken bijeenkomst verkregen informatie – de Commissie die bijeenkomst had moeten vastleggen. Door dat niet te doen, heeft de Commissie naar het oordeel van het Gerecht het beginsel van behoorlijk bestuur geschonden. Volgens het Gerecht had in de omstandigheden van het onderhavige geval ten minste een beknopte notitie met de naam van de deelnemers en een korte samenvatting van het besprokene in het dossier moeten worden opgenomen. Rekwirante had dan om toegang tot dat document kunnen verzoeken.<sup>131</sup>

244. Naar het oordeel van het Gerecht was die procedurele onregelmatigheid echter goedge maakt door het feit dat tijdens de administratieve procedure een niet-vertrouwelijke versie van de interne notitie aan Intel ter beschikking was gesteld en laatstgenoemde de gelegenheid was geboden opmerkingen over dit document in te dienen. Die notitie, die bedoeld was als een interne samenvatting van de besproken onderwerpen voor de personeelsleden van de Commissie die zich met de zaak bezighielden, bevatte de namen van de deelnemers en „een korte samenvatting van het besprokene”.<sup>132</sup>

245. Rekwirante stelt dat het Gerecht daarmee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, niet alleen omdat de Commissie verplicht was de inhoud van de betrokken bijeenkomst vast te leggen, maar ook omdat de interne notitie, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, geen „korte samenvatting van het besprokene” bevatte.

246. Ik ben het daarmee eens.

247. Een notitie van het soort als in het bestreden arrest omschreven kan in beginsel nooit het feit goedmaken dat een wezenlijk procedurevoorschrift is geschonden. Cruciaal is in dit verband dat die notitie, zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft erkend, neerkomt op een beknopte samenvatting bevat van de tijdens de betrokken bijeenkomst besproken onderwerpen.<sup>133</sup> Die notitie bevat daarentegen geen nauwkeurige omschrijving van de inhoud van die bijeenkomst, wat de Commissie zelf ook toegeeft. Het belangrijkste is echter dat in die notitie niets wordt gezegd over de inhoud van de informatie die de heer D1 tijdens de bijeenkomst heeft verstrekt met betrekking tot de in de notitie genoemde onderwerpen.

248. Een dergelijke notitie kan in mijn ogen niet het feit goedmaken dat artikel 19 van verordening nr. 1/2003, gelezen in samenhang met artikel 3 van verordening nr. 773/2004, is geschonden.

<sup>131</sup>  
Bestreden arrest (punt 621).

<sup>132</sup>  
Bestreden arrest (punt 622).

<sup>133</sup>  
Bestreden arrest (punten 635 en 636).

249. Het kan niet genoeg worden benadrukt dat de in het dossier opgenomen informatie over een onderhoud toereikend moet zijn om de eerbiediging te verzekeren van de rechten van verdediging van de ondernemingen waaraan een inbreuk op de mededingingsregels van de Unie ten laste is gelegd. Dat is hier duidelijk niet het geval. Ik zal hier in de punten 257 en volgende van deze conclusie nader op ingaan.

250. De vraag rijst derhalve of de procedurefout die voortvloeit uit de schending van artikel 19 van verordening nr. 1/2003, gelezen in samenhang met artikel 3 van verordening nr. 773/2004, ertoe kan leiden dat de litigieuze beschikking onrechtmatig is wat de vaststellingen met betrekking tot Dell betreft. Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld<sup>134</sup>, is rekwirante van mening dat dit het geval is. ACT deelt dit standpunt. Het is juist dat rekwirantes argumenten betrekking hebben op overwegingen ten overvloede in het bestreden arrest, zodat zou kunnen worden betoogd dat die argumenten niet ter zake dienend zijn en niet tot vernietiging van dat arrest kunnen leiden.<sup>135</sup> Mocht het Hof het evenwel met mij eens zijn dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat, ten eerste, de betrokken bijeenkomst geen verhoor in de zin van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 was, en, ten tweede, de interne notitie de eventuele procedurefout als gevolg van de beslissing van de Commissie om die bijeenkomst niet vast te leggen, heeft goedge maakt, dan moet het ook ingaan op de overwegingen van het arrest die betrekking hebben op de gevolgen van een mogelijke procedurele onregelmatigheid.

***c) Consequentie van het feit dat de betrokken overeenkomst niet is vastgelegd***

251. Volgens het bestreden arrest kan de onderhavige situatie worden onderscheiden van die welke ten grondslag aan het arrest Solvay<sup>136</sup>, waarop rekwirante zich primair beroept. In die zaak waren na de beëindiging van de administratieve procedure verschillende documenten bij de Commissie zoekgeraakt. De betrokken onderneming had tijdens de procedure voor de Commissie geen toegang gehad tot die documenten. Het Hof heeft in die omstandigheden geoordeeld dat een dergelijke procedurele onregelmatigheid de nietigverklaring van de beschikking van de Commissie rechtvaardigt. Het in dit verband relevante criterium werd als volgt geformuleerd: een procedurefout is een grond voor nietigverklaring wanneer niet is uitgesloten dat het (zoekgeraakte) materiaal de betrokken onderneming in staat zou hebben gesteld een andere uitleg aan de feiten te geven dan die waarvan de Commissie is uitgegaan, hetgeen dienstig had kunnen zijn voor haar verweer.<sup>137</sup>

252. Naar het oordeel van het Gerecht kon het arrest Solvay echter niet op de onderhavige zaak worden toegepast, aangezien hier, anders dan in de zaak Solvay het geval was, de inhoud van de betrokken bijeenkomst kon worden gereconstrueerd.<sup>138</sup> Daarom heeft het Gerecht overeenkomstig de rechtspraak inzake toegang tot het dossier<sup>139</sup> verklaard dat Intel een eerste aanwijzing diende te

134  
Bestreden arrest (punt 664).

135  
Zie bijvoorbeeld arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 148 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest Dansk Rørindustri”).

136  
Zie arrest van 25 oktober 2011, Solvay/Commissie (C-109/10 P, EU:C:2011:686; hierna: „arrest Solvay”).

137  
Arrest Solvay (punten 57-62).

138  
Bestreden arrest (punt 630).

139  
Zie met name arrest Aalborg (punt 133).

verstrekken waaruit bleek dat de Commissie had „nagelaten ontlastende gegevens op te tekenen die het rechtstreekse schriftelijke bewijs waarvan zij in de [litigieuze] beschikking [was] uitgegaan, weerspr[aken] of althans in een ander licht stel[den]”. De loutere hypothese dat de tijdens de betrokken bijeenkomst verstrekte informatie relevant was, werd niet voldoende geacht.<sup>140</sup>

253. Het is vaste rechtspraak dat wanneer een deel van het dossier tijdens de administratieve procedure niet toegankelijk is geweest, terwijl daartoe wel toegang is verleend tijdens de gerechtelijke procedure, het relevante criterium in beginsel is of de achtergehouden informatie op enigerlei wijze voor de verdediging van de betrokken onderneming *van nut had kunnen zijn*. Het is niet nodig dat die informatie tot een andersluidende beschikking zou hebben geleid.<sup>141</sup> Wel moet worden aangetoond dat de onderneming zich zonder de onregelmatigheid beter had kunnen verdedigen.<sup>142</sup>

254. Deze regel geldt echter enkel wanneer er geen *directe schriftelijke bewijzen* zijn gebruikt als bewijsmateriaal. Wanneer de Commissie in de bestreden beschikking is uitgegaan van *directe schriftelijke bewijzen*, moet de betrokken onderneming aantonen dat deze instelling heeft verzuimd ontlastend bewijsmateriaal te registreren *dat die bewijzen tegenspreekt of althans in een ander licht stelt*.<sup>143</sup> Met andere woorden, wanneer de Commissie zich voor de vaststelling van de inbreuk op directe schriftelijke bewijzen heeft gebaseerd, is het voor de betrokken onderneming bijzonder lastig om aan de bewijslast te voldoen.

255. De vraag of deze benadering in algemene zin gerechtvaardigd is, valt buiten het bestek van deze conclusie. Ik meen echter dat het Gerecht duidelijk blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in het onderhavige geval aan rekwirante een dergelijke eis te stellen. Aan de bewijslast waarmee de onderneming op die manier wordt opgezadeld, is namelijk simpelweg onmogelijk te voldoen. De juiste benadering is dat in overeenstemming met het arrest Solvay de vraag wordt gesteld of a priori valt uit te sluiten dat de informatie waartoe de betrokken onderneming geen toegang heeft gehad, voor haar verweer van nut had kunnen zijn.

256. Deze vraag moet in dit geval ontkennend worden beantwoord.

257. In de zaak Solvay kon de inhoud van de zoekgeraakte dossiers op geen enkele wijze met behulp van andere bronnen worden gereconstrueerd. Bovendien had de Commissie zelf toegegeven dat die dossiers zeer waarschijnlijk informatie bevatten die voor het verweer van de onderneming van nut was (meer bepaald antwoorden op verzoeken om inlichtingen).<sup>144</sup>

258. Als gezegd was in het onderhavige geval de betrokken bijeenkomst niet naar behoren vastgelegd. Tijdens de administratieve procedure waren echter aan rekwirante wel de niet-vertrouwelijke versie van de interne notitie en het zogeheten „follow-updocument” ter beschikking gesteld. Dat document bevatte schriftelijke antwoorden van Dell op mondelinge vragen die tijdens de betrokken bijeenkomst aan de heer D1 waren gesteld. Later, tijdens de procedure bij het Gerecht, is rekwirante ook inzage

<sup>140</sup>  
Bestreden arrest (punt 629).

<sup>141</sup>  
Arresten van 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, EU:C:2002:582, punt 318 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest Limburgse Vinyl Maatschappij”). Zie ook arrest Aalborg (punt 75).

<sup>142</sup>  
Zie arrest van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie (C-194/99 P, EU:C:2003:527, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>143</sup>  
Zie arrest Aalborg (punt 133). Zie ook arrest van 1 juli 2010, Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, EU:C:2010:389, punten 23 en 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak; hierna: „arrest Knauf Gips”).

<sup>144</sup>  
Zie arrest Solvay (punten 62 en 64).

verleend in de vertrouwelijke versie van die notitie. Uit die twee documenten bleek in de ogen van het Gerecht voldoende duidelijk wat er tijdens de bijeenkomst was besproken. Op basis van die documenten is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat de bijeenkomst geen nieuw ontlastend bewijsmateriaal opleverde, dat rekwirante bij haar verweer had kunnen gebruiken.<sup>145</sup>

259. Zoals het bestreden arrest echter uitgebreid aantoont, blijft de informatie die uit die documenten kan worden afgeleid met betrekking tot hetgeen er tijdens de betrokken bijeenkomst heeft plaatsgevonden, pure speculatie.<sup>146</sup> De analyse van de beschikbare informatie in het bestreden arrest illustreert dat wanneer de bijeenkomst niet naar behoren is vastgelegd, niet met zekerheid valt te zeggen wat er tijdens die bijeenkomst is besproken en in hoeverre het daarbij om ontlastend, belastend of neutraal materiaal kon gaan.<sup>147</sup>

260. Rechterlijke toetsing kan niet gebaseerd zijn op veronderstellingen omtrent bewijsmateriaal.

261. Het is zonder meer juist dat, zoals de Commissie opmerkt, bij de beoordeling of schending van de rechten van verdediging tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie moet leiden, eerst de tegen de betrokken onderneming aangevoerde bezwaren en het meegedeelde bewijs ter ondersteuning daarvan moeten worden onderzocht.<sup>148</sup> Anders zou immers altijd kunnen worden betoogd dat niet in het dossier opgenomen informatie voor de betrokken onderneming van nut had kunnen zijn.<sup>149</sup>

262. Gelet op de bezwaren die de Commissie in het onderhavige geval tegen Intel heeft aangevoerd, kan er weinig twijfel bestaan omtrent de relevantie van de betrokken bijeenkomst. Zoals het Gerecht heeft opgemerkt, blijkt immers uit zowel de interne notitie als het follow-updocument dat tijdens die bijeenkomst kwesties werden besproken die van belang waren voor de vraag of Dell van rekwirante mededingingsversturende getrouwheidskortingen had ontvangen.<sup>150</sup>

263. In situaties als deze rust de bewijslast in het algemeen op de betrokken onderneming.<sup>151</sup> Zoals de Commissie opmerkt, moet de onderneming feiten aandragen en bewijzen overleggen om aan te tonen dat stukken waarin haar tijdens de administratieve procedure geen inzage is verleend, voor haar verdediging van nut hadden kunnen zijn. Dit geldt evenwel wanneer tijdens de administratieve procedure geen inzage is verleend in stukken waarvan de inhoud later kon worden vastgesteld en door het Hof kon worden getoetst.<sup>152</sup> Zoals advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak Solvay heeft opgemerkt, kan de betrokken onderneming in dergelijke omstandigheden immers aanwijzingen verstrekken betreffende de auteurs en de aard van de documenten die zij niet heeft mogen raadplegen. En dat niet alleen: nog belangrijker is dat zij dan ook kan aangeven wat de *inhoud* van die documenten was.<sup>153</sup>

<sup>145</sup>  
Zie bestreden arrest (o.m. de punten 631, 644, 658 en 660).

<sup>146</sup>  
Zie bestreden arrest (inz. de punten 646 en 658).

<sup>147</sup>  
Bestreden arrest (punten 632-660).

<sup>148</sup>  
Zie arrest Solvay (punt 59).

<sup>149</sup>  
Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Solvay/Commissie (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punt 191).

<sup>150</sup>  
Bestreden arrest (punten 632 e.v.).

<sup>151</sup>  
Voor een kritische noot zie mijn conclusie in de zaak SKW Stahl-Metallurgie en SKW Stahl-Metallurgie Holding/Commissie (C-154/14 P, EU:C:2015:543, punten 76 en 77).

<sup>152</sup>  
Arresten Limburgse Vinyl Maatschappij (punten 318 en 324); Aalborg (punten 74, 75 en 131), en Knauf Gips (punten 23 en 24).

<sup>153</sup>  
Conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Solvay/Commissie (C-109/10 P, EU:C:2011:256, punt 193).



264. Dat ligt in deze zaak anders. De identiteit van de auteur en de aard van de bijeenkomst zijn dankzij de interne notitie bekend. Het blijft echter onduidelijk wat de inhoud was van de antwoorden van de heer D1 op de hem door de Commissie gestelde vragen. Zeker, zoals het Gerecht heeft opgemerkt, verschaft zowel de interne notitie als het follow-updocument wel enige verduidelijking ten aanzien van de specifieke onderwerpen die tijdens de betrokken bijeenkomst aan bod zijn gekomen. Die documenten bevatten echter onvoldoende informatie om achteraf te kunnen reconstrueren wat er daadwerkelijk tijdens de bijeenkomst is gezegd.

265. Hoewel het bestreden arrest niet met zoveel woorden op de kwestie ingaat, is een andere conclusie slechts mogelijk indien wordt aangenomen dat de heer D1 en Dell één en dezelfde zijn en dat het niet anders kan dan dat eerstgenoemde het standpunt van Dell met betrekking tot de besproken onderwerpen heeft herhaald. Gelet op het feit dat de heer D1 een van de hoogste bestuurders van Dell was, zou die aanname zonder meer juist kunnen zijn.

266. Die aanname kan echter net zo goed onjuist zijn.

267. Anders dan de Commissie tijdens de terechtzitting lijkt te hebben gesuggereerd, is het net zo waarschijnlijk dat de heer D1 zijn persoonlijke standpunt met betrekking tot de tijdens de betrokken bijeenkomst besproken onderwerpen kenbaar heeft gemaakt.<sup>154</sup> We weten het eenvoudig niet en daarom valt niet uit te sluiten dat de bijeenkomst een ander of zelfs nieuw licht wierp op de voorwaardelijkheid van de aan Dell aangeboden kortingen. In plaats van te erkennen dat die mogelijkheid bestond, heeft het Gerecht rekwirante opgezadeld met de schijnbaar onmogelijke taak om aan te tonen dat tijdens de niet-geregistreerde bijeenkomst ontlastende gegevens aan het licht waren gekomen die het bewijs dat de Commissie ter ondersteuning van haar bezwaren had aangevoerd, in een ander licht hadden kunnen stellen. Om voor de hand liggende redenen is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat rekwirante daarin niet was geslaagd.

268. Op basis daarvan moet ik concluderen dat ook het vierde middel dient te worden aanvaard.

269. Voor het geval het Hof een andere mening zou zijn toegedaan, meen ik hoe dan ook dat afwijzing van het vierde middel om de volgende redenen onwenselijk is.

270. Laten we aannemen dat het betrokken bewijs achteraf rechtens genoegzaam kon worden gereconstrueerd, zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft geoordeeld. Volgens het Gerecht diende rekwirante daarom aan te tonen dat het betrokken bewijs de „directe schriftelijke bewijzen” ter discussie kon stellen waarvan reeds was vastgesteld dat zij een voldoende basis vormden voor een veroordeling van Intel wegens misbruik van machtspositie wat de aan Dell aangeboden kortingen betrof.<sup>155</sup> Die benadering berust op een misvatting. Zij gaat namelijk ten onrechte ervan uit dat de bewijswaarde van de documenten waarin tijdens de administratieve procedure geen inzage is verleend, hoe dan ook geringer is dan die van de bewijzen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd voor haar vaststelling dat er sprake was van misbruik. Meer bepaald is het probleem dat het begrip „rechtstreeks schriftelijk bewijs” in het bestreden arrest al te ruim is uitgelegd.

271. Hoewel dat begrip bij mijn weten door het Hof niet expliciet is gedefinieerd, verschaft de rechtspraak niettemin nuttige aanwijzingen met betrekking tot de reikwijdte ervan.

<sup>154</sup>

Zie in dit verband bestreden arrest (punten 572-575).

<sup>155</sup>

Zie met name de punten 651-653 van het bestreden arrest.

272. In het algemeen wordt het begrip rechtstreeks schriftelijk bewijs in de rechtspraak in de context artikel 101 VWEU gebruikt ter aanduiding van een bepaald soort bewijs (in tegenstelling tot, bijvoorbeeld, indirect bewijs of economisch bewijs) dat de Commissie kan gebruiken om aan te tonen dat er een inbreuk is begaan, bijvoorbeeld dat bepaalde ondernemingen in strijd met artikel 101 VWEU hebben deelgenomen aan een kartel of aanverwante praktijk.<sup>156</sup>

273. In tegenstelling tot indirect bewijs<sup>157</sup> is rechtstreeks schriftelijk bewijs doorgaans afkomstig van de onderneming(en) waaraan een inbreuk op de mededingingsregels van de Unie, en dan met name op artikel 101 VWEU, ten laste wordt gelegd. In het algemeen bestaat dergelijk bewijs uit een document dat als zodanig wijst op het bestaan van een kartel of aanverwante praktijk (of op de deelname van bepaalde ondernemingen daaraan). Dat geldt bijvoorbeeld voor een nota betreffende een overeenkomst tussen ondernemingen, een e-mailuitwisseling tussen ondernemingen over te hanteren prijzen, of notulen van vergaderingen over dergelijke praktijken.<sup>158</sup> Wanneer de Commissie voor de vaststelling van een inbreuk of de deelneming van ondernemingen daaraan is uitgegaan van dergelijk bewijs, moeten de ondernemingen – met het oog op de nietigverklaring van de betrokken beschikking – aantonen dat gegevens die tijdens de administratieve procedure voor hen niet toegankelijk waren, de aangedragen rechtstreekse schriftelijke bewijzen tegenspreken of althans in een ander licht stellen.<sup>159</sup>

274. Het bewijs waarvan de Commissie in de litigieuze beschikking is uitgegaan om de voorwaardelijkheid van de aan Dell verleende kortingen aan te tonen, kan hooguit indirect bewijs of bewijs op grond van vermoedens worden genoemd.<sup>160</sup> We mogen namelijk niet vergeten dat de in deze zaak aan de orde zijnde „exclusiviteitskortingen” (waaronder die aan Dell) werden gezien als kortingen waaraan de facto een exclusiviteitsvoorwaarde was verbonden. Er was immers geen sprake van een formele verplichting tot exclusieve bevoorrading.<sup>161</sup> De voorwaardelijkheid van de aan Dell aangeboden kortingen werd integendeel (indirect) afgeleid uit de hoogte van die kortingen.<sup>162</sup> Bijzondere betekenis werd ook toegekend aan de interne voorstellingen van Dell omtrent de risico’s van een besluit om zich deels bij een concurrent te bevoorraden.<sup>163</sup> Het hoeft nauwelijks betoog dat dergelijk bewijs moeilijk als „rechtstreeks schriftelijk bewijs” van de voorwaardelijkheid van de betrokken kortingen kan worden gekwalificeerd.

275. Wanneer er geen enkel schriftelijk document is waaruit het bestaan van een verplichting tot exclusieve bevoorrading blijkt, zou het accepteren van elk schriftelijk bewijsstuk als „rechtstreeks schriftelijk bewijs” van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU, in mijn ogen een ernstige aantasting opleveren van de rechten van verdediging van de betrokken onderneming. Die

<sup>156</sup>

Zie voor een discussie over rechtstreeks schriftelijk bewijs in kartelzaken Guerrin, M. en Kyriazis, G., „Cartels: Proof and Procedural Issues”, *Fordham International Law Journal*, deel 16, punt 2, 1992, blz. 266-341, inz. blz. 299-301.

<sup>157</sup>

Zie bijvoorbeeld arresten van 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries/Commissie (48/69, EU:C:1972:70, punten 65-68; hierna: „arrest ICI”), en 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punten 164 en 165, met betrekking tot het gebruik van een tussen derde partijen gevoerde briefwisseling als bewijs).

<sup>158</sup>

Zie bijvoorbeeld punt 158 van het arrest Aalborg, waarin wordt verwezen naar het arrest waartegen in die zaak hogere voorziening was ingesteld. Zie ook arrest van 19 maart 2003, CMA CGM e.a./Commissie (T-213/00, EU:T:2003:76, punten 136 e.v.).

<sup>159</sup>

Zie punt 133 van het arrest Aalborg, waarin het Hof deze regel duidelijk heeft geformuleerd.

<sup>160</sup>

Het door de Commissie in de litigieuze beschikking aangedragen bewijs van de voorwaardelijkheid van de kortingen bestond uit bepaalde interne documenten van Intel, namelijk presentaties en e-mails (litigieuze beschikking, overwegingen 238-242), het antwoord van Dell krachtens artikel 18 (litigieuze beschikking, overwegingen 233 en 234), en bepaalde interne documenten van Dell, namelijk interne presentaties en e-mails (litigieuze beschikking, inz. de overwegingen 222-227, 229 en 231). Zie ook bestreden arrest (punten 444-515).

<sup>161</sup>

Zie met betrekking tot Dell bestreden arrest (punt 440).

<sup>162</sup>

Litigieuze beschikking (overweging 950), en bestreden arrest (punten 504-514).

<sup>163</sup>

Litigieuze beschikking (inz. de overwegingen 221 en 323).

onderneming zou dan namelijk niet ermee kunnen volstaan aan te tonen dat een stuk waarin haar tijdens de administratieve procedure geen inzage is verleend, voor haar verweer van nut had kunnen zijn. Zij zou bovendien moeten aantonen (zoals het Gerecht in het bestreden arrest heeft geëist) dat het niet-mee gedeelde stuk het bewijs tegensprekt waarvan de Commissie voor de vaststelling van het misbruik is uitgegaan.

276. Het is dan ook mijn vaste overtuiging dat *indirecte* bewijzen als die waarop de Commissie zich in de litigieuze beschikking heeft gebaseerd, in hun totaliteit moeten worden beoordeeld (alvorens kan worden uitgemaakt of de *verzameling* aangevoerde bewijzen volstaat om misbruik van machtspositie aan te tonen). De onderneming die de nietigverklaring van de litigieuze beschikking verlangt, hoeft in dergelijke omstandigheden enkel aan te tonen dat zij het bewijsmateriaal waarin haar geen inzage is verleend, op enigerlei wijze voor haar verdediging had kunnen gebruiken, en niet dat dit bewijsmateriaal het bewijs tegensprekt waarvan de Commissie voor de vaststelling van de inbreuk is uitgegaan.<sup>164</sup>

277. Daarom kom ik ook op basis van deze subsidiaire beoordeling tot de conclusie dat het vierde middel moet worden aanvaard.

## F – Vijfde middel: bevoegdheid

### 1. *Belangrijkste argumenten van partijen*

278. Met haar vijfde middel stelt Intel, daarbij ondersteund door ACT, dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie bevoegd was artikel 102 VWEU toe te passen ten aanzien van de door haar in 2006 en 2007 met Lenovo gesloten overeenkomsten (hierna: „overeenkomst van 2006” respectievelijk „overeenkomst van 2007”, of „Lenovo-overeenkomsten”). De overeenkomst van 2006 zette Lenovo via het toekennen van een geldelijke stimulans ertoe aan de lancering van twee met AMD-CPU's uitgeruste producten op de mondiale markt uit te stellen (en uiteindelijk te annuleren).<sup>165</sup> De overeenkomst van 2007 had betrekking op de kortingen die Intel aan Lenovo zou verlenen op voorwaarde dat deze onderneming alle x86-CPU's voor haar laptopcomputers van haar betrok.<sup>166</sup> Rekwirante stelt dat de onverbloemde concurrentiebeperkingen en kortingen wat Lenovo betreft noch in de EER ten uitvoer werden gelegd, noch aldaar voorzienbare, onmiddellijke of wezenlijke gevolgen hadden.

279. De Commissie acht het vijfde middel ongegrond. Zij is van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat zij bevoegd was artikel 102 VWEU toe te passen ten aanzien van de Lenovo-overeenkomsten. De Commissie stelt dat volgens de regels van internationaal publiekrecht jurisdictie op verschillende factoren kan worden gebaseerd, op voorwaarde dat er een voldoende nauwe band bestaat tussen de gelaakte gedragingen en de op het betrokken grondgebied geldende regels. Wat dit betreft zijn het uitvoeringscriterium en het criterium van de „gekwalificeerde” gevolgen slechts twee mogelijke manieren om een dergelijke band aan te tonen. Het Gerecht heeft volgens de Commissie bij de toepassing van die criteria geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

<sup>164</sup>

Arrest van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie (C-194/99 P, EU:C:2003:527, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>165</sup>

Litigieuze beschikking (overweging 560).

<sup>166</sup>

Litigieuze beschikking (overweging 561).

## 2. Analyse

280. Het onderhavige middel is zeker zo belangrijk als de tot dusver behandelde middelen. Het biedt het Hof de welkome gelegenheid de uit het arrest ICI voortvloeiende en later in het zogeheten „houtslipparrest”<sup>167</sup> verder ontwikkelde rechtspraak met betrekking tot de territoriale toepassing van het mededingingsrecht van de Unie te verduidelijken. Het middel stelt het Hof in staat die rechtspraak te verfijnen en aan te passen aan de hedendaagse omstandigheden, gekenmerkt door economische globalisering, geïntegreerde markten en ingewikkelde handelspatronen.

281. Bij de behandeling van dit middel mogen de mogelijke implicaties van de uitspraak van het Hof niet uit het oog worden verloren. Een al te ruimhartige interpretatie van de regels inzake territoriale bevoegdheid is namelijk niet onomstreden vanuit het oogpunt van het volkenrecht, waarmee de uitlegging van het Unierecht in overeenstemming dient te zijn.<sup>168</sup> Het is daarom zinvol dit middel in een bredere context te plaatsen.

282. In het algemeen vallen (ten minste) drie verschillende vormen van jurisdictie te onderscheiden, namelijk wetgevende, handhavende en rechtsprekende jurisdictie. Intel plaatst vraagtekens bij de bevoegdheid van de Commissie om het mededingingsrecht van de Unie toe te passen ten aanzien van eenzijdige gedragingen op grond van overeenkomsten die aantoonbaar buiten de Europese Unie effect sorteren. Het gaat in de onderhavige procedure dus niet om de feitelijke handhaving buiten het grondgebied van de Unie, waaraan volkenrechtelijk gezien nogal wat haken en ogen zitten.

283. Ik wijs er ook op dat het internationaal publiekrecht staten in bepaalde gevallen toestaat hun bevoegdheden extraterritoriaal uit te oefenen. Echter, hoewel er geen verplichting in die zin bestaat<sup>169</sup>, lijkt wederzijdse eerbiediging van de bevoegdheidssferen van de Unie en van de betrokken derde staten<sup>170</sup>, oftewel hoffelijkheid, een reden te zijn om terughoudendheid te betrachten bij het opeisen van extraterritoriale bevoegdheid. Het is niet verrassend dat de Unie zelf zich tegen de extraterritoriale toepassing van de wetgeving van derde landen verzet wanneer zij die toepassing onrechtmatig acht.<sup>171</sup>

284. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat voor de toepassing van het Unierecht voldoende binding met het grondgebied van de Unie een vereiste is.<sup>172</sup> Op die manier wordt het volkenrechtelijke territorialiteitsbeginsel geëerbiedigd. Toch is het niet ongebruikelijk dat een staat of internationale organisatie bij de uitoefening van jurisdictie ook rekening houdt met omstandigheden die zich buiten zijn respectievelijk haar territoriale bevoegdheidsgebied afspelen of hebben afgespeeld.<sup>173</sup>

<sup>167</sup>

Zie arrest van 27 September 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie* (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85–129/85, EU:C:1988:447 ; hierna: „houtslipparrest”).

<sup>168</sup>

Zie onder meer arrest van 24 november 1992, *Poulsen en Diva Navigation* (C-286/90, EU:C:1992:453, punt 9; hierna: „arrest Poulsen”).

<sup>169</sup>

Zie in die zin arrest van 29 juni 2006, *SGL Carbon/Commissie* (C-308/04 P, EU:C:2006:433, punt 34).

<sup>170</sup>

Zie in die zin arrest van 14 juli 1972, *Geigy/Commissie* (52/69, EU:C:1972:73, punt 11).

<sup>171</sup>

Zie bijvoorbeeld verordening (EG) nr. 2271/96 van de Raad van 22 november 1996 tot bescherming tegen de gevolgen van de extraterritoriale toepassing van rechtsregels uitgevaardigd door een derde land en daarop gebaseerde of daaruit voortvloeiende handelingen (PB 1996, L 309, blz. 1, inz. de vierde en de vijfde overweging).

<sup>172</sup>

Zie onder meer arrest *Poulsen* (punt 28), alsmede arresten van 29 juni 1994, *Aldewereld* (C-60/93, EU:C:1994:271, punt 14); 9 november 2000, *Ingmar* (C-381/98, EU:C:2000:605, punt 25); 24 juni 2008, *Commune de Mesquer* (C-188/07, EU:C:2008:359, punten 60-63); 21 december 2011, *Air Transport Association of America e.a.* (C-366/10, EU:C:2011:864, punt 125; hierna: „arrest ATAA”), en 13 mei 2014, *Google Spain en Google* (C-131/12, EU:C:2014:317, punten 54 en 55). Zie ook arrest van 23 april 2015, *Zuchtvieh-Export* (C-424/13, EU:C:2015:259, punt 56).

<sup>173</sup>

Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak *Air Transport Association of America e.a.* (C-366/10, EU:C:2011:637, punten 148 en 149).

285. Uit de bestaande rechtspraak van het Hof volgt dat er voor de toepassing van de mededingingsregels van de Unie voldoende binding met het grondgebied van de Unie moet bestaan, bijvoorbeeld in de vorm van de aanwezigheid van een dochteronderneming op dat grondgebied, of doordat op dat grondgebied uitvoering wordt gegeven aan mededingingsverstoring gedrag. In eerdere zaken was die band met het grondgebied van de Unie echter veel duidelijker waarneembaar dan thans het geval is.

286. In casu heeft het Gerecht zich op het standpunt gesteld dat er twee alternatieve criteria kunnen worden gehanteerd om bevoegdheid op te eisen, namelijk het uitvoeringscriterium en het criterium van de „gekwalificeerde” gevolgen van de praktijken in de EER.<sup>174</sup> Volgens het Gerecht leidde de toepassing van die criteria tot dezelfde conclusie, namelijk dat de Lenovo-overeenkomsten binnen de bevoegdheids sfeer van de Commissie vielen.<sup>175</sup>

287. Ik zal hierna eerst mijn standpunt uiteenzetten met betrekking tot de bevoegdheidsvraag in verband met de publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht van de Unie.<sup>176</sup> Daarna zal ik duidelijk maken waarom het onderhavige middel naar mijn mening gegrond is.

#### ***a) Algemene opmerkingen: uitvoering en/of gevolgen?***

288. Om te beginnen is het niet meer dan vanzelfsprekend dat de bewoordingen van de artikelen 101 en 102 VWEU het uitgangspunt moeten zijn bij de beoordeling of de Commissie op bepaalde gedragingen de mededingingsregels van de Unie kan toepassen. Deze bepalingen geven de Commissie zeker geen vrijbrief om die regels toe te passen op gedrag waar het ook plaatsvindt en ongeacht of het een duidelijke relatie met het grondgebied van de Unie heeft, maar hebben integendeel betrekking op collectief of eenzijdig mededingingsverstoring gedrag *binnen de interne markt*. Artikel 101 VWEU verbiedt overeenkomsten of feitelijke gedragingen „die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst”, en artikel 102 VWEU stelt een verbod op „misbruik [...] op de interne markt”.

289. De bevoegdheidsregel voor de toepassing van de mededingingsregels van de Unie ligt dus duidelijk in die bepalingen besloten. Ofschoon artikel 102 VWEU iets minder duidelijk is, is artikel 101 VWEU heel expliciet van toepassing op alle gedragingen met *mededingingsverstoringe gevolgen* op de interne markt.

290. Net als de Commissie meen ik overigens dat het houtslipparrest niet aldus kan worden opgevat dat *uitvoering* het enige geldige bevoegdheidscriterium is. Ik ben veeleer van mening dat wanneer mededingingsverstoring gedrag in de Unie ten uitvoer wordt gelegd, de toepasselijkheid van de artikelen 101 en 102 VWEU niet in twijfel kan worden getrokken. Er kan met andere woorden niet worden betwist dat gedrag dat in de Unie ten uitvoer wordt gelegd, gevolgen kan hebben op de interne markt, zodat dergelijk gedrag niet aan toetsing aan de mededingingsregels van de Unie kan ontsnappen. In dit verband mag niet worden vergeten dat het uitvoeringscriterium stevig geworteld is in het territorialiteitsbeginsel, wat betekent dat dit criterium, wanneer eraan is voldaan, beslissend is voor de vaststelling dat de Commissie bevoegd is die regels op bepaald gedrag toe te passen.<sup>177</sup>

<sup>174</sup>  
Bestreden arrest (punten 231-236 en 244).

<sup>175</sup>  
Bestreden arrest (punten 296 en 310).

<sup>176</sup>  
Ik zal in deze conclusie geen aandacht besteden aan de bevoegdheid van de rechterlijke instanties van de Unie om kennis te nemen van zaken die betrekking hebben op de privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht van de Unie, noch aan de bevoegdheid van de Uniewetgever om wetgevend op te treden op het terrein van de mededinging.

<sup>177</sup>  
Zie houtslipparrest (punten 16 en 18).



291. Het is in dit verband irrelevant dat slechts een deel van het betrokken gedrag op het grondgebied van de Unie plaatsvindt.<sup>178</sup> In het houtslipparrest heeft het Hof zich gebogen over een reeks prijsafspraken voor houtslip, die buiten (thans) de Unie waren gemaakt door buitenlandse pulpproducenten en door de Commissie in strijd waren verklaard met (thans) artikel 101 VWEU. In die context heeft het Hof duidelijk gemaakt waarom voor de bevoegdheidsvraag niet beslissend was waar het kartel was gevormd, maar waar het in praktijk was gebracht. Als de in de Verdragen opgenomen verbodsbepalingen enkel van toepassing zouden zijn wanneer het kartel op het grondgebied van de Unie was gevormd, zou het ondernemingen wel heel gemakkelijk worden gemaakt de mededingingsregels van de Unie te omzeilen. In die zaak werd aan het uitvoeringscriterium voldaan door de rechtstreekse verkoop van de kartelproducten: de pulpproducenten hadden hun producten rechtstreeks aan afnemers in de Unie verkocht.<sup>179</sup>

292. Anders dan Intel ben ik echter niet van mening dat alleen via rechtstreekse verkopen aan afnemers in de Unie aan het in het houtslipparrest ontwikkelde criterium „in praktijk brengen” kan worden voldaan. De normale betekenis van „in praktijk brengen” is uitvoeren of effectueren. Om aan dat criterium te voldoen, is het derhalve noodzakelijk dat een van de wezenlijke bestanddelen van het mededingingsversturende gedrag in de Unie plaatsvindt. Of dat het geval is, hangt met name af van de aard, de vorm en de omvang van betrokken gedrag. Er zal per geval moeten worden beoordeeld of de onrechtmatige praktijken in de Unie ten uitvoer worden gelegd. Zo ben ik er niet van overtuigd dat indirecte verkopen van het betrokken product nooit als uitvoering kunnen worden beschouwd.<sup>180</sup> Dat hangt mijns inziens af van de omstandigheden van het geval. Een van de in dit verband in aanmerking te nemen factoren is bijvoorbeeld of een van de kartelleden en de onderneming die het kartelproduct verwerkt in een ander product, dat vervolgens in de Unie wordt verkocht, deel uitmaken van dezelfde economisch eenheid, en zo niet, of er tussen de betrokken ondernemingen andere vennootschapsrechtelijke of structurele banden bestaan.

293. Kortom, aan collectief of eenzijdig gedrag wordt op de interne markt uitvoering gegeven – met als gevolg dat de toepasselijkheid van de artikelen 101 en 102 VWEU niet in twijfel kan worden getrokken zijn – wanneer er aan het gedrag een intraterritoriaal aspect zit.<sup>181</sup> Met andere woorden, wanneer het onrechtmatige gedrag voor een deel op de interne markt ten uitvoer wordt gelegd of wordt geëffectueerd, omdat een van de wezenlijke bestanddelen van dat gedrag aldaar plaatsvindt.

294. Maar wanneer het uitvoeringscriterium als het enige criterium zou worden beschouwd waarop de bevoegdheid tot toepassing van de mededingingsregels van de Unie kan worden gebaseerd, zouden verschillende soorten gedragingen die wel degelijk ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, buiten het bereik van die regels vallen. Ik denk hierbij bijvoorbeeld aan gedrag dat wordt gekenmerkt door onrechtmatig nalaten, zoals de weigering om zaken te doen of boycotts. Zoals ik in de punten 288 en 289 van deze conclusie heb opgemerkt, zou een dergelijke uitlegging van de artikelen 101 en 102 VWEU in strijd zijn met de bewoordingen van deze bepalingen.

<sup>178</sup>

Ik wijs erop dat dit door het Hof is bevestigd in een reeks zaken waarin de toepasselijkheid van de relevante regeling van de Unie door enkele private partijen werd betwist wegens vermeende extraterritoriale gevolgen: zie de arresten ATAA, Poulsen en Google Spain en Google (C-131/12, EU:C:2014:317).

<sup>179</sup>

Houtslipparrest (punten 12-18).

<sup>180</sup>

In zoverre verschil ik dus van mening met advocaat-generaal Wathelet; zie punt 46 van diens conclusie in de zaak InnoLux/Commissie (C-231/14 P, EU:C:2015:292).

<sup>181</sup>

Zie Lowe, V., en Staker, C., „Jurisdiction”, in Evans, M.D., (red.), *International Law*, 3e druk, Oxford University Press, 2010, blz. 322 en 323.

295. Overigens hebben verschillende advocaten-generaal het Hof al geadviseerd een op de gevolgen gebaseerde benadering te volgen met betrekking tot de bevoegdheid op het terrein van het mededingingsrecht.<sup>182</sup> Het Hof heeft deze benadering tot dusver noch omarmd, noch expliciet van de hand gewezen.<sup>183</sup>

296. Tegen deze achtergrond ben ik van mening dat het Hof thans expliciet op deze problematiek zou moeten ingaan en, aansluitend bij hetgeen de in het voorgaande punten genoemde advocaten-generaal hebben gesuggereerd, een op de gevolgen gebaseerde benadering zou moeten volgen met betrekking tot de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU.

297. Of een dergelijke benadering gebaseerd is op een (ruime) territorialiteitsopvatting dan wel integendeel een zekere extraterritoriale toepassing van de Uniewetgeving impliceert, is niet doorslaggevend.<sup>184</sup> Cruciaal is dat onder bepaalde voorwaarden de lokalisering van de *gevolgen* een bevoegdheidscriterium is dat bij dit soort wetgeving in het algemeen in overeenstemming wordt geacht met de regels van internationaal publiekrecht<sup>185</sup> en wereldwijd door veel rechterlijke instanties is aanvaard<sup>186</sup>. Veel schrijvers menen zelfs dat de controverses omtrent de aanvaardbaarheid van dat criterium inmiddels tot het verleden behoren.<sup>187</sup>

298. Er zijn trouwens diverse andere Unierechtelijke bepalingen die de buitenlandse gedragingen regelen van entiteiten die niet de nationaliteit van een lidstaat van de Unie hebben noch hun werkelijke of statutaire zetel in de Unie hebben, en wel wegens de gevolgen van die gedragingen op de interne markt. Dit geldt bijvoorbeeld voor een aantal bepalingen betreffende transacties in financiële instrumenten of andersoortige economische gedragingen.<sup>188</sup>

299. Dit betekent echter niet dat elk gevolg, hoe gering of indirect ook, een reden kan zijn om de mededingingsregels van de Unie toe te passen. In een geglobaliseerde economie is het vrijwel onvermijdelijk dat gedragingen die waar ook ter wereld plaatsvinden, bijvoorbeeld in China, enig effect zullen hebben in de Europese Unie. De toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU kan echter niet worden gebaseerd op een al te ver verwijderd of louter hypothetisch verband of effect.

300. Het is naar mijn mening van groot belang dat terughoudendheid wordt betracht bij het claimen van bevoegdheid met betrekking tot gedragingen die niet in strikte zin op het grondgebied van de Unie hebben plaatsgevonden. Om een zekere mate van internationale hoffelijkheid in acht te nemen en ervoor te zorgen dat ondernemingen in een voorspelbare juridische omgeving kunnen opereren,

182

Dit is met name gedaan door advocaat-generaal Mayras in zijn conclusie in de zaak Imperial Chemical Industries/Commissie (48/69, EU:C:1972:32, punten 693 e.v.), en door advocaat-generaal Darmon in zijn conclusie in de gevoegde zaken Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 en 125/85–129/85, EU:C:1988:258, punten 19 e.v.; hierna: „conclusie in de houtslipzaak”). Zie in vergelijkbare zin de conclusie van advocaat-generaal Wathelet in de zaak InnoLux/Commissie (C-231/14 P, EU:C:2015:292, punten 49 e.v.).

183

Partijen hebben uitvoerig gediscussieerd over de vraag of het recente arrest van 9 juli 2015, InnoLux/Commissie (C-231/14 P, EU:C:2015:451), al is het ook maar impliciet, steun biedt aan die benadering. In mijn optiek heeft het Hof in dat arrest echter besloten de bevoegdheidskwestie buiten beschouwing te laten wegens irrelevantie voor de oplossing van het geding. Zie de punten 71-73 van het arrest.

184

Daarover wordt namelijk gedebatteerd in de rechtsleer: zie onder meer International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, blz. 12 and 13.

185

Zie OECD Revised recommendation of the Council Concerning Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade, 1995; beschikbaar op: <https://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>. Zie ook de conclusie in de houtslipzaak (punten 19-31), alsmede arrest van 25 maart 1999, Gencor/Commissie (T-102/96, EU:T:1999:65, punt 90).

186

Zie bijvoorbeeld International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, blz. 39-77.

187

Zie onder meer Wagner-von Papp, F., „Competition Law, Extraterritoriality & Bilateral Agreements”, *Research handbook on International Competition Law*, Edward Elgar Publishing 2012, blz. 41 en verdere verwijzingen.

188

Voor een overzicht van die bepalingen en een kritisch commentaar zie Scott, J., „The New EU „Extraterritoriality,””, *Common Market Law Review*, deel 51, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, blz. 1343-1380.

moet zeer behoedzaam worden omgegaan met de toepassing van het „gevolgen”-criterium voor het opeisen van bevoegdheid. Dit is vandaag de dag al helemaal van belang. Er zijn wereldwijd namelijk meer dan honderd nationale of supranationale autoriteiten die bevoegdheid claimen om op te treden tegen mededingingsverstoringende praktijken.

301. Zoals het Gerecht in het arrest *Gencor* heeft verklaard, is de toepassing van de mededingingsregels van de Unie op bepaalde gedragingen slechts gerechtvaardigd wanneer die gedragingen onmiddellijke, wezenlijke en voorzienbare gevolgen hebben in de Unie.<sup>189</sup> In zoverre zijn er duidelijke parallellen te trekken met de in de Verenigde Staten van Amerika (hierna: „VS”) geldende mededingingsregels. In Section 1 van de Sherman Act is een algemeen verbod op handelsbeperkingen geformuleerd, zonder geografische restricties. Om die reden heeft het Amerikaanse Congres in 1982 de Foreign Trade Antitrust Improvement Act (hierna: „FTAIA”) aangenomen<sup>190</sup>, teneinde de extraterritoriale toepasselijkheid van de Sherman Act te verduidelijken (en mogelijk te beperken). In de FTAIA is onder meer bepaald dat de Amerikaanse antitrustwetgeving in beginsel niet van toepassing is op gedragingen in het buitenland, tenzij die gedragingen rechtstreekse, wezenlijke en redelijkerwijs voorzienbare gevolgen in de VS hebben. In het *Empagran*-arrest heeft de Amerikaanse Supreme Court in het kader van de uitlegging van de Sherman Act en de FTAIA geoordeeld dat het onredelijk was Amerikaanse wetgeving toe te passen op gedragingen die in het buitenland hadden plaatsgevonden, nu de schade die als gevolg van die gedragingen in het buitenland zou zijn geleden, losstond van eventuele in het binnenland geleden schade.<sup>191</sup>

302. Het Hof zou zich door vergelijkbare beginselen moeten laten leiden bij de uitlegging van de artikelen 101 en 102 VWEU en bij de toepassing van deze bepalingen op collectieve of eenzijdige gedragingen die volledig buiten de grenzen van de Unie plaatsvinden. In mijn optiek vallen dergelijke gedragingen slechts onder het bereik van die bepalingen voor zover er rechtstreekse (of onmiddellijke), wezenlijke en voorzienbare mededingingsverstoringende gevolgen in de Unie merkbaar zijn. Aan dat criterium van „gekwalificeerde” gevolgen (waarmee volgens mij wordt bedoeld dat de gevolgen aanzienlijk genoeg moeten zijn om het claimen van bevoegdheid te rechtvaardigen) is bijvoorbeeld niet voldaan wanneer de gevolgen in de Unie louter hypothetisch of in elk geval onbeduidend zijn. Aan dat criterium is evenmin voldaan wanneer de verstoring van de mededinging op de interne markt niet aan de betrokken onderneming valt toe te rekenen omdat die onderneming die schadelijke effecten niet had kunnen voorzien.

303. De bewoordingen van de artikelen 101 en 102 VWEU rechtvaardigen niet dat de mededingingsregels van de Unie door de Commissie worden toegepast op gedragingen die geen „gekwalificeerde” gevolgen op het grondgebied van de Unie hebben. Het tegenovergestelde standpunt zou ook vanuit het oogpunt van het internationaal publiekrecht bezwaarlijk zijn. Een te ruime toepassing van de mededingingsregels van de Unie houdt het gevaar in dat wezenlijke nationale belangen van andere staten worden geschaad, terwijl dan bovendien juridische en praktische handhavingsproblemen dreigen te ontstaan.<sup>192</sup> Ook het aantal bevoegdheidsconflicten tussen verschillende staten of organisaties zou aanzienlijk toenemen, waardoor ondernemingen aan grote onzekerheid zouden worden blootgesteld en het risico van conflicterende regels (of rechterlijke uitspraken) met betrekking tot dezelfde gedragingen zou worden vergroot. En, last but not least, kan

<sup>189</sup>  
Bestreden arrest (punt 243).

<sup>190</sup>  
15 U.S. Code, titel 15, hoofdstuk 1, S.C. §6a.

<sup>191</sup>  
Uitspraak van de Supreme Court van de VS in de zaak *Hoffman-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359 (2004).

<sup>192</sup>  
Juist om deze redenen hebben de instellingen van de Unie met de autoriteiten van diverse niet tot de Unie behorende landen overeenkomsten gesloten die voorzien in vormen van samenwerking op het terrein van het mededingingsrecht. Zo zijn er niet minder dan twee van dergelijke overeenkomsten gesloten met de regering van de VS, die opvallend genoeg beide aandacht besteden aan het bevoegdheidsvraagstuk. Voor de tekst van deze overeenkomsten en verdere verwijzingen zie <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>

een dergelijke ruime toepassing bezwaarlijk worden geacht vanuit het oogpunt van het beginsel van behoorlijk bestuur. Want welk belang zou er zijn gediend met de toepassing van de mededingingsregels van de Unie op gedragingen die geen gevolgen van betekenis in de Unie hebben? Zou dat een gerechtvaardigd en doelmatig gebruik zijn van de beperkte middelen waarover de Unie beschikt?

304. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht niet kan worden verweten, zoals Intel stelt, dat het de bevoegdheid van de Commissie tot toepassing van artikel 102 VWEU aan zowel het uitvoeringscriterium als het criterium van de „gekwalificeerde” gevolgen heeft getoetst. Het zou wel logischer zijn geweest om eerst na te gaan of Intels gedragingen in de Unie ten uitvoer werden gelegd, en om alleen indien dit niet het geval was, vervolgens te onderzoeken of die gedragingen niettemin „gekwalificeerde” gevolgen hadden op de interne markt.

305. De door het Gerecht in punt 246 van het bestreden arrest beklemtoonde omstandigheid dat Intel de bevoegdheid van de Commissie tijdens de administratieve procedure niet ter discussie had gesteld, is echter irrelevant. Zoals het Hof bij herhaling heeft verklaard, heeft de wettigheidstoetsing van artikel 263 VWEU betrekking op alle aspecten van de in procedures op grond van artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU vastgestelde besluiten van de Commissie, welke door het Gerecht grondig, zowel juridisch als feitelijk, worden getoetst op basis van de door verzoekers aangevoerde middelen en rekening houdende met alle door verzoekers aangedragen informatie, ongeacht of het gaat om informatie van vóór of na het vastgestelde besluit en of die informatie reeds in de administratieve procedure dan wel pas in het bij het Gerecht ingestelde beroep wordt overgelegd, voor zover sprake is van informatie die relevant is voor de toetsing van de wettigheid van het besluit van de Commissie.<sup>193</sup>

306. Al met al kan het Gerecht niet worden verweten verkeerde rechtsregels te hebben toegepast. Niettemin wil ik de volgende kritische opmerkingen plaatsen bij de wijze waarop het Gerecht in het bestreden arrest die bevoegdheidscriteria heeft toegepast met betrekking tot het misbruik dat de Lenovo-overeenkomsten zouden hebben opgeleverd.

### ***b) Beoordeling van de toepassing van de relevante bevoegdheidscriteria door het Gerecht***

307. Ik zal allereerst ingaan op de overwegingen van het Gerecht met betrekking tot de uitvoering in de EER van de onverbloemde concurrentiebeperkingen en exclusiviteitskortingen die hun grondslag hadden in de Lenovo-overeenkomsten.

#### *i) Uitvoering*

308. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest<sup>194</sup> vastgesteld dat het de bedoeling was dat aan de Lenovo-overeenkomsten door Lenovo wereldwijd, ook in de EER, uitvoering zou worden gegeven. Gelet op die overeenkomsten kon Intel volgens het Gerecht niet met succes betogen zij geen invloed had op het gebruik dat Lenovo van de Intel-CPU's maakte. Ook zou Intel hebben geweten dat Lenovo actief was op de interne markt en haar laptopcomputers op die markt verkocht.

309. Ik meen dat het Gerecht met deze redenering blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Indien de Commissie had vastgesteld dat Intel en Lenovo samen inbreuk hadden gemaakt op artikel 101 VWEU, zou het Gerecht terecht hebben onderzocht of het de bedoeling was dat door een van die ondernemingen in de EER uitvoering zou worden gegeven aan hun

<sup>193</sup>

Zie arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 72).

<sup>194</sup>

Bestreden arrest (punten 310-314).

overeenkomsten. De litigieuze beschikking heeft echter betrekking op gedragingen waarmee volgens de Commissie inbreuk wordt gemaakt op artikel 102 VWEU, namelijk eenzijdige gedragingen van Intel. Bijgevolg zijn het die eenzijdige gedragingen – het vermeende misbruik – die in de EER uitvoering ten uitvoer moeten worden gelegd.

310. Nergens in het bestreden arrest wordt echter gesproken van door Intel in de EER geïnitieerde of toegepaste praktijken ter uitvoering van hetgeen in de Lenovo-overeenkomsten was overeengekomen. Dat is ook niet verwonderlijk. Die overeenkomsten, gesloten door een Amerikaans en een Chinees bedrijf, hadden betrekking op de verkoop van buiten de Unie vervaardigde en verkochte CPU's, bestemd om te worden ingebouwd in computers die werden vervaardigd in China. Zij beperkten enkel de mogelijkheid voor AMD, een ander in de VS gevestigd bedrijf, om CPU's te verkopen op de Chinese markt.

311. In plaats van zich te richten op een mogelijke uitvoering door Intel, heeft het Gerecht, om een aanknopingspunt met het grondgebied van de EER aan te tonen, het gedrag van een afnemer op een stroomafwaartse markt onderzocht. Uit de enkele omstandigheid dat Lenovo gedurende een bepaalde periode een bepaald type computer nergens ter wereld, ook niet in de EER, had verkocht, heeft het Gerecht afgeleid dat aan de praktijken van Intel in de EER uitvoering werd gegeven.

312. Deze redenering acht ik niet overtuigend. Wanneer voor de toetsing aan het uitvoeringscriterium wordt gekeken naar de gedragingen van de afnemer van de van een inbreuk op artikel 102 VWEU beschuldigde onderneming, kan vrijwel elk gedrag, hoe weinig aanknopingspunten er ook met het grondgebied van de Unie zijn, op grond van dat criterium worden geacht binnen de bevoegdheidsfeer van de Commissie te vallen. Ook de overige door het Gerecht in aanmerking genomen factoren overtuigen niet. Ten eerste lijkt het enkele feit dat Intel invloed had op het gebruik dat Lenovo van de Intel-CPU's maakte, mij in dit verband niet relevant. Dit was wellicht anders geweest als er tussen Lenovo en Intel bepaalde vennootschapsrechtelijke of structurele banden bestonden. Ten tweede is ook de omstandigheid dat Intel wist dat Lenovo actief was op de interne markt en haar laptopcomputers op die markt verkocht, in mijn ogen van weinig belang. Ik wijs er nogmaals op dat het onrechtmatige gedrag niet de verkoop van laptopcomputers betrof, maar de uitsluiting van AMD van de markt van CPU's. Het enkele feit dat de van misbruik beschuldigde onderneming wist dat een afnemer actief was in de EER, kan niet als uitvoering van de misbruikpraktijken op een stroomopwaartse markt worden beschouwd.

313. Gelet op de in het bestreden arrest in aanmerking genomen factoren ben ik dan ook niet ervan overtuigd dat de misbruikpraktijken die Intel ten laste zijn gelegd, kunnen worden geacht in de EER ten uitvoer te zijn gelegd in de zin van het houtslipparrest. Naar mijn mening kunnen de betrokken gedragingen in geen enkel opzicht worden geacht op het grondgebied van de Unie in praktijk te zijn gebracht, te zijn uitgevoerd of te zijn geëffectueerd.

314. Dit sluit echter niet uit dat Intels gedragingen mededingingsversturende gevolgen op de interne markt hebben gehad die ertoe leiden dat artikel 102 VWEU van toepassing is. Daarom zal ik nu ingaan op de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot de gevolgen die het misbruik van Intel in de EER heeft gehad.



ii) „Gekwalificeerde” gevolgen

315. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest<sup>195</sup> om te beginnen duidelijk gemaakt dat moest worden onderzocht of Intels gedragingen onmiddellijke, wezenlijke en voorzienbare gevolgen konden hebben op de interne markt. Dit betekende volgens het Gerecht niet dat die gevolgen ook concreet moesten zijn, doch enkel dat het voldoende waarschijnlijk moest zijn dat de betrokken gedragingen een aanzienlijke en niet verwaarloosbare invloed op die markt konden hebben. Vervolgens heeft het Gerecht de gevolgen van de twee soorten gedragingen afzonderlijk onderzocht.

316. Met betrekking tot de onverbloemde concurrentiebepeningen heeft het Gerecht opgemerkt dat in de verkoopprognosen voor het vierde kwartaal van 2006 voor de twee bij het uitstel van de lancering betrokken typen laptopcomputers werd uitgegaan van 5 400 respectievelijk 4 250 stuks in de hele regio EMOA (Europa, Midden-Oosten en Afrika). Het heeft daaraan toegevoegd dat de EER een belangrijk deel van die regio vormt. Daar Intel geen enkel bewijs had aangevoerd voor haar stelling dat het mogelijk was dat al die computers voor buiten de EER gelegen delen van de regio EMOA waren bestemd, heeft het Gerecht geoordeeld dat er ten minste sprake was van potentiële gevolgen in de EER. Het Gerecht heeft erkend dat de productaantallen in de regio EMOA weliswaar bescheiden waren, maar daaraan toegevoegd dat Intels gedraging deel uitmaakte van één enkele voortgezette inbreuk.<sup>196</sup> Het Gerecht heeft zich ook op het standpunt gesteld dat de gedraging van Intel het oogmerk had een onmiddellijk gevolg in de EER teweeg te brengen (waar een bepaald, met een AMD-CPU uitgerust type computer enige tijd niet verkrijgbaar was) en dat het daarbij om een direct gevolg ging (de gedraging van Intel had rechtstreeks betrekking op de computerverkopen van Lenovo).<sup>197</sup>

317. Wat de exclusiviteitskortingen betreft, heeft het Gerecht geoordeeld dat een onmiddellijk gevolg daarvan was dat nergens ter wereld, ook niet in de EER, laptopcomputers van Lenovo verkrijgbaar waren die met een x86-CPU van een concurrent van Intel waren uitgerust. Het heeft daaraan toegevoegd dat dit mededingingsversturende gevolg door Intel kon worden voorzien en zelfs door haar werd beoogd. Met betrekking tot de wezenlijke aard van het gevolg heeft het Gerecht erop gewezen dat de exclusiviteitskortingen deel uitmaakten van één enkele voortgezette inbreuk.<sup>198</sup>

318. Deze redenering van het Gerecht is niet alleen beknopt, maar ook rechtens onjuist.

319. Voor beide soorten gedragingen heeft het Gerecht met betrekking tot de wezenlijke aard van de gevolgen ervan op de interne markt als enige argument aangevoerd dat die gedragingen deel uitmaakten van één enkele voortgezette inbreuk. Zoals ik in de punten 179 en volgende van deze conclusie al duidelijk heb gemaakt, is het begrip één enkele voortgezette inbreuk echter louter een procedureregulering, bedoeld om de op mededingingsautoriteiten rustende bewijslast te verlichten. Dat begrip kan niet worden gebruikt om de werkingssfeer van de in het Verdrag geformuleerde verboden uit te breiden.

320. Toch is dit precies wat het Gerecht in het bestreden arrest heeft gedaan. In plaats van te onderzoeken of de exclusiviteitskortingen en onverbloemde concurrentiebepeningen, afzonderlijk beschouwd, een merkbaar mededingingsversturend effect op de interne markt konden hebben en dus tot toepassing van artikel 102 VWEU konden leiden, heeft het die gedragingen eenvoudig met in de Unie toegepaste praktijken samengevoegd tot één enkele voortgezette inbreuk, waarvan de gevolgen in

<sup>195</sup> Bestreden arrest (punten 250-258 en 283-297).

<sup>196</sup> Bestreden arrest (punt 290).

<sup>197</sup> Bestreden arrest (punt 277 en 278).

<sup>198</sup> Bestreden arrest (punten 293-295).

zijn ogen aanzienlijk waren. Twee verschillende soorten buitenlandse gedragingen die in beginsel mogelijk beide aan de toepassing van artikel 102 VWEU ontsnapten, kwamen daarmee plotseling onder die bepaling te vallen omdat zij samen met andere gedragingen werden onderzocht als onderdeel van een totaalplan dat erop gericht was de mededinging te beperken.

321. Het valt niet uit te sluiten dat het Gerecht bij een correcte toepassing van het criterium van de „gekwalificeerde” gevolgen (waarbij het dus had moeten nagaan of beide soorten gedragingen afzonderlijk binnen de bevoegdheidssfeer van de Commissie vielen) tot een andere conclusie zou zijn gekomen. Zo heeft het Gerecht zelf opgemerkt dat het aantal computers waarvan de verkoop door de onverbloemde concurrentiebeperkingen werd beïnvloed, „bescheiden” was en dat het onduidelijk was of het de bedoeling was dat al die computers dan wel enkele daarvan in de EER zouden worden verkocht. Wat dit laatste aspect betreft, wijs ik er ook op dat het Gerecht nog in een ander opzicht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het is duidelijk dat het de taak is van de Commissie om aan te tonen dat de gevolgen van de door haar gelaakte gedragingen op de interne markt merkbaar kunnen zijn. Volgens vaste rechtspraak is het namelijk aan de Commissie om te bewijzen dat in een concreet geval aan alle voorwaarden voor de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU is voldaan.<sup>199</sup> Het was derhalve onjuist om van Intel de weerlegging te verlangen van een aanname van de Commissie met betrekking tot de mogelijke verkopen in de EER van computers die voor een veel groter gebied bestemd waren.

322. De Lenovo-overeenkomsten hadden inderdaad onmiddellijke en rechtstreekse gevolgen wanneer daarmee wordt bedoeld dat zij van invloed waren op Lenovo’s gedrag met betrekking tot de aankoop van CPU’s en de daaropvolgende verkoop van met x86-CPU’s uitgeruste laptopcomputers. Het gaat er echter om of die overeenkomsten rechtstreekse en onmiddellijke mededingingsversturende gevolgen hadden in de EER. Het Gerecht had zich met andere woorden moeten afvragen of die overeenkomsten onmiddellijk of rechtstreeks afbreuk konden doen aan het vermogen van Intels concurrenten om op de interne markt op de prestaties van hun x86-CPU’s te concurreren. Het Gerecht heeft dit aspect volledig buiten beschouwing gelaten. Het heeft volstaan met de vaststelling dat die overeenkomsten van invloed waren op de commerciële beslissingen van Lenovo. Een dergelijke invloed is echter inherent aan elke commerciële overeenkomst.

323. Het Gerecht heeft dezelfde gebrekkige redenering gevolgd met betrekking tot de voorzienbaarheid van de gevolgen van de Lenovo-overeenkomsten. Wederom heeft het gekeken naar het effect dat die overeenkomsten hadden (of beoogden te hebben) op de commerciële keuzen van Lenovo. In het bestreden arrest wordt niet ingegaan op de voorzienbaarheid van de (vermeende) mededingingsversturende gevolgen van die overeenkomsten op de interne markt.

324. Op basis van de in het bestreden arrest vermelde gegevens kunnen de eventuele mededingingsversturende gevolgen van de Lenovo-overeenkomsten geenszins als onmiddellijk, wezenlijk en voorzienbaar worden aangemerkt. Die gevolgen lijken eerder hypothetisch, speculatief en onbewezen. Dit betekent echter nog niet dat de betrokken overeenkomsten niet dergelijke „gekwalificeerde” gevolgen op de interne markt hadden of konden hebben.

325. Enerzijds kan men zich met recht afvragen of van bijvoorbeeld gedragingen die gedurende een zeer korte periode van invloed zijn geweest op de verkoop in de EER van enkele duizenden computers, die een zeer gering percentage van de mondiale markt van CPU’s vertegenwoordigden, kan worden gezegd dat zij onmiddellijke, wezenlijke en voorzienbare gevolgen in de EER hebben gehad. Anderzijds valt niet uit te sluiten dat de Lenovo-overeenkomsten een belangrijke invloed kunnen hebben gehad op het vermogen van AMD om wereldwijd, dus ook in de EER, CPU’s te blijven

<sup>199</sup>

Zie artikel 2 van verordening nr. 1/2003.

ontwikkelen, produceren en verkopen. Vanuit het perspectief van Intel kan de uitsluiting van de enige levensvatbare concurrent op de markt van CPU's worden bereikt ongeacht of zij ervoor kiest zich te richten op afnemers die actief zijn in de EER dan wel op afnemers die elders actief zijn. Het gewenste resultaat blijft hetzelfde.

326. Een dergelijke analyse is spijtig genoeg door het Gerecht niet uitgevoerd. De fundamentele vraag of de Lenovo-overeenkomsten onmiddellijke, wezenlijke en voorzienbare mededingingsverstoringe gevolgen in de EER konden hebben, is daarmee onbeantwoord gebleven, terwijl het antwoord op deze vraag cruciaal is om te bepalen of artikel 102 VWEU kan worden toegepast op het misbruik dat die overeenkomsten zouden hebben opgeleverd.

327. Ik kom dan ook tot de slotsom dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van zowel het uitvoeringscriterium als het criterium van de „gekwalificeerde” gevolgen, op basis waarvan het het betoog van Intel (en van ACT) van de hand heeft gewezen dat de Commissie niet bevoegd was artikel 102 VWEU toe te passen ten aanzien van het misbruik als gevolg van de Lenovo-overeenkomsten. Het vijfde middel moet derhalve worden aanvaard.

## **G – Zesde middel: bedrag van de geldboete**

### ***1. Belangrijkste argumenten van partijen***

328. Het zesde middel heeft betrekking op het bedrag van de in eerste aanleg opgelegde geldboete. Het bestaat uit twee onderdelen. Intel stelt in de eerste plaats dat de geldboete onevenredig hoog is, ongeacht de eventuele verlaging ervan als gevolg van de onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht blijk heeft gegeven. In de tweede plaats verwijt zij het Gerecht de richtsnoeren van 2006 te hebben toegepast op gedragingen die van vóór die richtsnoeren dateren. Volgens Intel heeft het Gerecht fundamentele beginselen van het Unierecht geschonden door de richtsnoeren van 2006 met terugwerkende kracht toe te passen en haar op grond daarvan een geldboete op te leggen die meer dan 50 keer hoger is dan de boete die had mogen worden opgelegd op basis van de regels die van toepassing waren in de periode waarin de meeste gedragingen hebben plaatsgevonden. Volgens Intel is een dergelijke handelwijze met name in strijd met artikel 7 EVRM en met artikel 49 van het Handvest.

329. De Commissie is primair van mening dat dit middel moet worden afgewezen omdat het deels niet-ontvankelijk en deels niet ter zake dienend is. Zij acht het middel hoe dan ook ongegrond.

### ***2. Analyse***

330. Rekwirante voert dit middel aan als een zelfstandige grond voor vernietiging van het bestreden arrest. Zij verwijt het Gerecht met dit middel dat het bij de vaststelling van de geldboete het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden en de boeterichtsnoeren van de Commissie onjuist (want met terugwerkende kracht) heeft toegepast.

331. Het eerste onderdeel van het zesde middel heeft betrekking op de (on)evenredigheid van de bij de litigieuze beschikking aan rekwirante opgelegde en door het Gerecht bevestigde geldboete. Dit onderdeel stelt in wezen de vraag aan de orde welke maatstaven moeten worden gehanteerd bij de beoordeling of een door de Commissie in het kader van haar onderzoeken opgelegde geldboete evenredig is.

332. Dit is zeker geen oninteressante vraag. Deze vraag raakt namelijk in beginsel aan de kern van de aan de Commissie toegekende bevoegdheden om inbreuken op de mededingingsregels van de Unie te onderzoeken en te bestraffen. Bovendien heeft deze vraag implicaties voor de wijze waarop de rechters van de Unie hun volledige rechtsmacht inzake de oplegging van geldboeten uitoefenen.

333. Om die vraag goed te kunnen beantwoorden, zou een heel aantal gevoelige kwesties moeten worden behandeld. Ik denk dan met name aan de samenhang tussen de hoogte van een geldboete en het afschrikkende effect ervan, de relevante maatstaf voor de beoordeling of een geldboete evenredig is (dat wil zeggen: evenredig waaraan?), en de mate waarin de hoogte van de geldboeten die aan ondernemingen worden opgelegd wegens schending van de mededingingsregels van de Unie, kan worden begrensd door artikel 49, lid 3, van het Handvest.

334. Spijtig genoeg leent de onderhavige voorziening zich echter niet voor een dergelijke discussie. Afgezien van enkele losse opmerkingen over het onevenredige karakter van de boete die zij opgelegd heeft gekregen, met name in vergelijking met de geldboeten die zijn opgelegd in eerdere zaken waarin kortingsregelingen in strijd zijn geacht met artikel 102 VWEU, maakt rekwirante namelijk niet duidelijk in welk opzicht de beoordeling van het Gerecht met het evenredigheidsbeginsel in strijd is.<sup>200</sup> Zij vraagt het Hof eenvoudig om zelf te bepalen welke straf in de omstandigheden van het onderhavige geval evenredig is, als er al een straf moet worden opgelegd.

335. In dit verband herinner ik eraan dat het volgens vaste rechtspraak niet aan het Hof staat om uit billijkheidsoverwegingen zijn eigen oordeel met betrekking tot het bedrag van de geldboete in de plaats te stellen van dat van het Gerecht. Zo kan het Hof slechts bij uitzondering vaststellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting op grond dat het bedrag van de geldboete ongepast is, wanneer het van oordeel is dat de hoogte van de geldboete niet alleen ongepast is, maar ook zodanig overdreven dat de geldboete onevenredig is.<sup>201</sup> De omstandigheid dat de bij de litigieuze beschikking opgelegde geldboete (1,06 miljard EUR) destijds een recordboete was, maakt die boete op zichzelf nog niet ongepast of, zoals rekwirante lijkt te suggereren, onevenredig.

336. Met haar argumenten betreffende de evenredigheid van de geldboete komt rekwirante namelijk in werkelijkheid op tegen bepaalde feitelijke vaststellingen van het Gerecht en, met name, tegen de wijze waarop het Gerecht bepaalde bewijzen heeft beoordeeld.<sup>202</sup> Anders dan bij de overige in deze hogere voorziening aangevoerde middelen het geval is, blijkt uit rekwirantes processtukken niet duidelijk welke onjuiste *rechtsopvatting* zij het Gerecht in dit verband verwijt. Als gezegd is het niet de taak van het Hof om in het kader van een hogere voorziening de feiten of de bewijzen opnieuw te beoordelen. Er is in de onderhavige zaak niet voldoende onderbouwd gesteld dat de feiten kennelijk onjuist

200

In dit verband wijs ik erop dat de beschikkingspraktijk van de Commissie in het algemeen niet als rechtsgrondslag kan dienen voor het opleggen van geldboeten op het gebied van mededinging, aangezien de Commissie bij de vaststelling van geldboeten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt en in beginsel niet is gebonden door haar eerdere beoordelingen. Zie onder meer arrest van 19 maart 2009, Archer Daniels Midland/Commissie (C-510/06 P, EU:C:2009:166, punt 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

201

Zie onder meer arresten van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 205 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 4 september 2014, YKK e.a./Commissie (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arresten van 29 april 2004, British Sugar/Commissie (C-359/01 P, EU:C:2004:255, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 19 december 2013, Koninklijke Wegenbouw Stevin/Commissie (C-586/12 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:863, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

202

Wat dit betreft noemt rekwirante een aantal factoren die in haar ogen in het bestreden arrest onzorgvuldig zijn beoordeeld. Zij hekelt bovendien de wijze waarop het Gerecht is omgegaan met het bewijs van de beweerdelijke verhulling van de inbreuk, die als boeteverzwarende omstandigheid in aanmerking was genomen.

zouden zijn beoordeeld. Ook blijkt uit de dossierstukken niet dat het Gerecht in de door Intel bedoelde zin bewijzen onjuist heeft opgevat. Wil toetsing door het Hof in hogere voorziening mogelijk zijn, dan moet de beweerde onjuiste opvatting namelijk zonder een hernieuwde beoordeling van de feiten kunnen worden vastgesteld.<sup>203</sup>

337. Daarom ben ik het met de Commissie eens dat rekwirantes argumenten betreffende de evenredigheid van de geldboete niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

338. Het tweede onderdeel van het zesde middel heeft betrekking op het feit dat de Commissie de richtsnoeren van 2006 met terugwerkende kracht heeft toegepast op gedragingen die deels van vóór die richtsnoeren dateerden. Het werpt de vraag op in hoeverre de Commissie aan haar boeterichtsnoeren gebonden is.

339. De rechtspraak van het Hof is duidelijk op dit punt en biedt rekwirante geen soelaas.

340. Volgens vaste rechtspraak is het de Commissie niet verboden het niveau van de geldboeten – binnen de in verordening nr. 1/2003 aangegeven grenzen – (naar boven) aan te passen, indien dit noodzakelijk is ter verzekering van de uitvoering van het mededingingsbeleid van de Unie. Voor een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels van de EU moet de Commissie het niveau van de geldboeten namelijk op elk moment aan de eisen van dit beleid kunnen aanpassen.<sup>204</sup> In zoverre kan het verbod van terugwerkende kracht enkel van invloed zijn op de beoordelingsmarge waarover de Commissie bij het vaststellen van de geldboete beschikt, wanneer de betrokken wijziging niet redelijkerwijs kon worden voorzien toen de betrokken inbreuken werden gepleegd.<sup>205</sup>

341. Nog belangrijker is dat volgens de rechtspraak van het Hof ondernemingen die betrokken zijn bij een administratieve procedure waarin geldboeten kunnen worden opgelegd, geen gewettigd vertrouwen kunnen hebben dat een bepaalde methode voor de berekening van de geldboeten zal worden toegepast. Die ondernemingen moeten juist rekening houden met de mogelijkheid dat de Commissie steeds kan beslissen om het niveau van de geldboeten te verhogen in vergelijking met het niveau dat in het verleden werd gehanteerd. Dit geldt niet enkel wanneer de Commissie het niveau van de geldboeten verhoogt door geldboeten vast te stellen in individuele besluiten, maar ook wanneer die verhoging plaatsvindt doordat op bepaalde gevallen gedragsregels van algemene strekking als de boeterichtsnoeren van 2006 worden toegepast.<sup>206</sup>

342. Ik leid uit die rechtspraak af dat zolang de opgelegde geldboete binnen de in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 bepaalde grenzen blijft, het verbod van terugwerkende kracht niet met succes door rekwirante kan worden ingeroepen teneinde de met toepassing van de richtsnoeren van 2006 opgelegde geldboete te betwisten. Dit is niet in de laatste plaats zo omdat die richtsnoeren reeds van kracht waren voordat de gelaakte gedragingen werden beëindigd. Verordening nr. 1/2003 bepaalt namelijk als het toepasselijke rechtskader de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie bij de oplegging van een geldboete wegens schending van de mededingingsregels van de Unie. Die grenzen worden niet bepaald door de boeterichtsnoeren, waarin nader wordt uiteengezet hoe de Commissie van plan is die beoordelingsbevoegdheid te gebruiken.

<sup>203</sup>

Zie bijvoorbeeld arresten van 6 april 2006, General Motors/Commissie (C-551/03 P, EU:C:2006:229, punten 51-53 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 8 maart 2016, Griekenland/Commissie (C-431/14 P, EU:C:2016:145, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>204</sup>

Zie recentelijk arrest van 18 juli 2013, Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>205</sup>

Zie arrest Dansk Rørindustri (punt 224).

<sup>206</sup>

Arrest Dansk Rørindustri (punten 228-231).



343. Gelet op een en ander ben ik van mening dat het tweede onderdeel van het zesde middel ongegrond moet worden verklaard. Derhalve moet het zesde middel van de hogere voorziening worden afgewezen.

## VI – Consequenties van de analyse

344. Volgens artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht indien de hogere voorziening gegrond is. Wanneer de zaak in staat van wijzen is, kan het Hof de zaak zelf afdoen. Het kan de zaak ook terugverwijzen naar het Gerecht voor een nieuwe uitspraak.

345. Ik heb geconcludeerd dat het eerste, het tweede, het derde, het vierde en het vijfde middel moeten worden aanvaard, wat betekent dat het bestreden arrest moet worden vernietigd.

346. Gelet op de aard van de met het eerste, het tweede, het derde en het vijfde middel aan de orde gestelde onjuiste rechtsopvattingen van het Gerecht ben ik van mening dat de onderhavige zaak niet in staat van wijzen is. Een uitspraak ten gronde (over de vraag of de door Intel verleende kortingen en verrichte betalingen al dan niet misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU opleveren, alsook over de vraag of de Lenovo-overeenkomsten onmiddellijke, wezenlijke en voorzienbare mededingingsversturende gevolgen in de EER hadden) hangt namelijk af van een onderzoek van alle omstandigheden van de zaak en, in voorkomend geval, van de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van Intels gedragingen voor de mededinging op de interne markt. Dit impliceert een beoordeling van de feiten, waartoe het Gerecht beter in staat is.

347. Wat daarentegen het vierde middel betreft, waarmee rekwirante het Gerecht verwijt haar rechten van verdediging te hebben geschonden, lijkt het Hof al over voldoende informatie te beschikken om zich over de nietigverklaring van de litigieuze beschikking uit te spreken. Gelet op de feiten zoals die beschikbaar zijn en op de discussies die voor dit Hof zijn gevoerd, geef ik het Hof niettemin in overweging de zaak ook op dit punt terug te verwijzen naar het Gerecht. Ik meen namelijk dat de partijen de gelegenheid moeten krijgen hun standpunten kenbaar te maken met betrekking tot de consequenties die uit de betrokken procedurele onregelmatigheid moeten worden getrokken. Meer bepaald moet hun de mogelijkheid worden geboden hun visie te geven op de vraag of de litigieuze beschikking in haar geheel nietig moet worden verklaard (zoals in de zaak Solvay het geval was<sup>207</sup>), dan wel uitsluitend voor zover zij betrekking heeft op Intels gedragingen ten aanzien van Dell.

348. Ik geef het Hof derhalve in overweging de zaak voor een hernieuwd onderzoek terug te verwijzen naar het Gerecht.

## VII – Conclusie

349. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- „1) het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 12 juni 2014 in zaak T-286/09, Intel/Commissie, te vernietigen;
- 2) de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en
- 3) de beslissing omtrent de kosten aan te houden.”

<sup>207</sup>  
Arrest Solvay (punten 71 en 72).