



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
NILS WAHL  
föredraget den 20 oktober 2016<sup>1</sup>

**Mål C-413/14 P**

**Intel Corporation Inc.  
mot**

**Europeiska kommissionen**

Överklagande Artikel 102 FEUF Missbruk av dominerande ställning Trohetsrabatter Klassificering som missbruk Tillämpliga rättsliga kriterier En enda, fortlöpande överträdelse Rätten till försvar Artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003 Förhör angående föremålet för en utredning Kommissionens behörighet Genomförande Effekter

## Innehållsförteckning

I – Tillämpliga bestämmelser .....	4
II – Bakgrund till tvisten .....	4
III – Förfarandet i tribunalen och den överklagade domen .....	8
IV – Förfarandet i domstolen och yrkandena .....	8
V – Bedömning av grunderna för överklagandet .....	8
A – Inledande anmärkningar .....	8
B – Den första grunden för överklagandet: Kriterier för bedömning av så kallade exklusivetsrabatter .....	10
1. Parternas huvudsakliga argument .....	10
2. Bedömning .....	11
a) Tribunalens huvudsakliga bedömning av klagandens rabatter och utbetalningar .....	11
i) De grundläggande principerna i domstolens praxis angående rabatter .....	12

<sup>1</sup> Originalspråk: engelska.

ii)	Omständigheterna i målet som ett sätt att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet har en sannolik effekt på konkurrensen.....	15
iii)	Enligt rättspraxis finns det bara två grupper av rabatter .....	16
	– En presumtion om lagstridighet som riktar in sig mot formen kan inte motbevisas .....	17
	– Trohetsrabatter är inte alltid skadliga .....	18
	– Trohetsrabatternas effekter beror på sammanhanget .....	18
	– Närliggande förfaranden kräver att samtliga omständigheter beaktas .....	19
	– Mellanliggande slutsats .....	21
b)	Tribunalens alternativa bedömning av förmågan.....	21
i)	Förmåga och/eller sannolikhet .....	21
ii)	De omständigheter som tribunalen beaktade till stöd för att finna att missbruk ägt rum.....	23
iii)	Andra omständigheter .....	24
	– Marknadstäckning .....	25
	– Varaktighet .....	26
	– Konkurrentens marknadsprestation och sjunkande priser .....	27
	– Lika-effektiv-konkurrent-testet .....	28
c)	Slutsats .....	30
C –	Den andra grunden för överklagandet: Marknadstäckning vid bedömningen av huruvida ett företag har missbrukat sin dominerande ställning .....	30
	1. Parternas huvudsakliga argument .....	30
	2. Bedömning .....	31
D –	Den tredje grunden för överklagandet: Klassificering av vissa rabatter som exklusivitetsrabatter .....	33
	1. Parternas huvudsakliga argument .....	33
	2. Bedömning .....	33
E –	Den fjärde grunden för överklagandet – Rätten till försvar .....	36
	1. Parternas huvudsakliga argument .....	36
	2. Bedömning .....	36
a)	Det berörda mötet var ett förhör i den mening som avses i artikel 19 i förordning nr 1/2003 .....	37

b)	Den interna minnesanteckningen avhjälpste inte förfarandefelet .....	39
c)	Följderna av att kommissionen inte protokollfört det berörda mötet .....	41
F –	Den femte grunden för överklagandet: Behörighet .....	45
1.	Parternas huvudsakliga argument .....	45
2.	Bedömning .....	45
a)	Allmänna anmärkningar – genomförande och/eller effekter? .....	44
b)	Bedömning av tribunalens tillämpning av de relevanta behörighetskriterierna .....	51
i)	Genomförande .....	51
ii)	”Kvalificerade” effekter .....	52
G –	Den sjätte grunden för överklagandet: Bötesbeloppet .....	54
1.	Parternas huvudsakliga argument .....	54
2.	Bedömning .....	54
VI –	Följderna av bedömningen .....	56
VII –	Förslag till avgörande .....	57

1. I förevarande överklagande har Intel Corporation (nedan kallat Intel eller klaganden) yrkat att domen av den 12 juni 2014 i målet Intel/kommissionen<sup>2</sup> ska upphävas. I domen ogillade tribunalen Intels talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2009) 3726 final av den 13 maj 2009 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] (nu artikel 102 FEUF) och artikel 54 i EES-avtalet (ärende COMP/C-3/37.990 – Intel) (nedan kallat det omtvistade beslutet).<sup>3</sup>

2. I målet uppkommer flera principfrågor, vilka bland annat omfattar tillämpningen av begreppet ”en enda, fortlöpande överträdelse” inom ramen för vad som nu är artikel 102 FEUF, omfattningen av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om protokollföring av förhör som hålls under dess utredningar och räckvidden för kommissionens behörighet att utreda överträdelser med ursprung utomlands.

3. Målet ger också domstolen tillfälle att utveckla sin praxis rörande missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Närmare bestämt uppkommer frågan huruvida det, mot bakgrund av den praxis som bygger på domen i målet Hoffmann-La Roche,<sup>4</sup> finns skäl att skilja mellan olika former av rabatter. På grundval av nämnda rättspraxis, måste domstolen fastställa de korrekta kriterierna för att bedöma den särskilda kategori rabatter som tribunalen betecknat ”exklusivitetsrabatter” i den överklagade domen.

2 EU:T:2014:547 (nedan kallad den överklagade domen).

3 En sammanfattning av beslutet har offentliggjorts i EUT C 227, 2009, s. 13.

4 Se dom av den 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36 (nedan kallad domen i målet Hoffmann-La Roche).

4. Närmare bestämt har domstolen ombetts avgöra huruvida det var riktigt av tribunalen att finna att rabatter av det slag som är aktuella i förevarande mål till sin natur är konkurrensbegränsande. Detta skulle i sådana fall göra det onödigt att pröva samtliga omständigheter i målet för att fastställa huruvida beteendet, rent konkret, kan begränsa konkurrensen på en viss marknad.

## I – Tillämpliga bestämmelser

5. I skäl 25 i förordning (EG) nr 1/2003<sup>5</sup> förklaras att kommissionen särskilt bör få befogenhet att höra alla personer som skulle kunna ge den användbara upplysningar och att protokollföra gjorda uttalanden.

6. Artikel 19 i förordningen rör kommissionens befogenhet att inhämta redogörelser. Punkt 1 i den artikeln har följande lydelse:

”För fullgörandet av de uppgifter som kommissionen tilldelas genom denna förordning får den höra alla fysiska eller juridiska personer som samtycker till detta, i syfte att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning.”

7. Artikel 27.2 i förordningen har följande lydelse:

”Berörda parter rätt till försvar skall iaktas fullt ut under förfarandet. De skall ha rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet, med förbehåll för företagets berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas. Rätten till tillgång till handlingar i ärendet skall inte omfatta konfidentiell information och interna handlingar hos kommissionen eller medlemsstaternas konkurrensmyndigheter...”

8. I skäl 3 i förordning nr 773/2004<sup>6</sup> förklaras att när kommissionen hör personer bör de underrättas om förhörets syfte och eventuella protokoll som kommer att föras.

9. Artikel 3 i förordningen rör kommissionens befogenhet att inhämta redogörelser. I artikeln anges följande:

”1. När kommissionen hör en person med dennes samtycke i enlighet med artikel 19 i förordning [nr 1/2003] skall den i början av förhöret ange den rättsliga grunden för och syftet med förhöret samt erinra om dess frivilliga karaktär. Kommissionen skall också underrätta den som hörs om sin avsikt att föra protokoll över förhöret.

2. Förhöret kan hållas på vilket sätt som helst, även per telefon eller med elektroniska medel.

3. Kommissionen får ta upp de redogörelser som lämnas av de personer som hörs i vilken form som helst. En kopia av varje protokoll skall hållas tillgänglig för den person som har hörts för godkännande. Om det är nödvändigt skall kommissionen fastställa en tidsfrist inom vilken den person som har hörts får meddela kommissionen eventuella rättelser som bör göras.”

## II – Bakgrund till tvisten

10. Bakgrunden till tvisten kan såvitt framgår av den överklagade domen sammanfattas enligt följande.

5 Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101] och [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s.1).

6 Kommissionens förordning av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna [101] och [102 FEUF] (EUT L 123, 2004, s. 18).

11. Intel är ett bolag som har bildats enligt amerikansk rätt. Dess verksamhet består av framtagning, utveckling, tillverkning och saluföring av centralprocessorer, chipsets (kretsuppsättningar) och andra halvledarkomponenter samt plattformslösningar för databehandling och kommunikationsutrustning.
12. Den 18 oktober 2000 inkom Advanced Micro Devices (nedan kallat AMD) till kommissionen med ett formellt klagomål med stöd av förordning nr 17,<sup>7</sup> som bolaget kompletterade med nya omständigheter och påståenden i ett tilläggsklagomål av den 26 november 2003.
13. I maj 2004 påbörjade kommissionen ett antal utredningar som fokuserade på påståenden i tilläggsklagomålet från AMD.
14. Den 17 juli 2006 inkom AMD med ett klagomål till Bundeskartellamt (den tyska federala kartellmyndigheten) där bolaget påstod att Intel bland annat hade tillämpat utestängande handelsmetoder tillsammans med Media-Saturn-Holding GmbH (nedan kallat MSH), europeisk återförsäljare av mikroelektroniska apparater och Europas största återförsäljare av stationära datorer. Kartellmyndigheten utbytte information med kommissionen angående ärendet.
15. Den 23 augusti 2006 höll kommissionen ett möte med D1, en högre chef på Dell Inc., som är en av Intels kunder.<sup>8</sup> Kommissionen lade inte listan över frågor att behandla under mötet (nedan kallad listan med frågor) till akten och förde inte protokoll vid mötet. En medlem av den grupp som ansvarade för ärendet vid kommissionen upprättade en anteckning beträffande mötet vilken kommissionen betecknade som intern. Den 19 december 2008 tillställde kommissionen klaganden en icke konfidentiell version av nämnda anteckning.
16. Den 26 juli 2007 delgav kommissionen klaganden ett meddelande om invändningar (nedan kallat meddelandet om invändningar från år 2007) angående klagandens beteende i förhållande till fem stora tillverkare av originalutrustning (Original Equipment Manufacturers) (nedan kallade OEM-företag). Dessa var Dell, Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. och International Business Machines Corp. (IBM).
17. Den 17 juli 2008 skickade kommissionen ett kompletterande meddelande om invändningar som avsåg bolagets beteende i förhållande till MSH och Lenovo Group Ltd (nedan kallat Lenovo). Det innehöll ny bevisning beträffande Intels beteende i förhållande till vissa av de OEM-företag som avsågs i meddelandet om invändningar från år 2007, bevisning som kommissionen erhållit efter det att det sistnämnda meddelandet hade offentliggjorts.
18. Efter olika processuella åtgärder, antog kommissionen den 13 maj 2009 det omtvistade beslutet, där den fann att Intel hade åsidosatt artikel 82 EG och artikel 54 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) från oktober 2002 till december 2007, genom att tillämpa en strategi som syftade till att utestänga en konkurrent, nämligen AMD, från marknaden för centralprocessorer med x86-arkitektur (nedan kallade x86-processorer).

7 Rådets förordning av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF] (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

8 Sekretessbelagd information har utelämnats. För att bevara anonymitet har namnet på berörd person ersatts med, i första hand, den första bokstaven i namnet på det företag personen arbetar hos, men tillägg av ett nummer.

19. Beslutet innehåller följande överväganden:

20. De produkter det rör sig om är centralprocessorer. x86-arkitektur är en standard som Intel har utformat för sina centralprocessorer. Den kan användas för operativsystemen Windows och Linux. Windows är i första hand avsett att användas med x86-instruktioner. Före år 2000 fanns det flera företag som tillverkade x86-processorer. De flesta av dessa tillverkare har dock försvunnit från marknaden. Enligt det omtvistade beslutet är Intel och AMD i stort sett de enda som fortfarande tillverkar x86-processorer.

21. Dessutom drog kommissionen slutsatsen i det omtvistade beslutet att den relevanta produktmarknaden inte var större än marknaden för x86-processorer. Frågan huruvida det föreligger en enda marknad för x86-processorer för alla datorer eller om det ska göras en åtskillnad mellan tre separata marknader för x86-processorer, det vill säga mellan marknaderna för stationära datorer, bärbara datorer och servrar, har dock inte besvarats i beslutet. Enligt det omtvistade beslutet förblir slutsatsen rörande dominerande ställning densamma oavsett om Intels marknadsandel för vart och ett av dessa marknadssegment beaktas.

22. Den geografiska marknaden definierades som världsomfattande i det omtvistade beslutet.

23. Med avseende på dominerande ställning hade Intel, under den tioårsperiod som kommissionen undersökte (åren 1997–2007), en marknadsandel på omkring 70 procent eller mer. Vidare hade kommissionen fastställt att det fanns betydande hinder för tillträde och expansion på marknaden för x86-processorer. Hindren beror på icke återvinningsbara investeringar i forskning och utveckling, immateriella rättigheter och produktionsanläggningar som krävs för att tillverka x86-processorer. Med beaktande av Intels marknadsandel och hindren för tillträde och expansion på den relevanta marknaden, fastställde kommissionen att Intel haft en dominerande ställning på marknaden åtminstone under den period som beslutet omfattade, det vill säga från oktober 2002 till december 2007.

24. I det omtvistade beslutet avgränsade kommissionen två typer av beteende från Intels sida gentemot företagets handelspartner, nämligen villkorade rabatter och "icke dolda begränsningar" (naked restrictions).

25. Angående den första, gav Intel rabatter till fyra OEM-företag, nämligen Dell, Lenovo, HP och NEC, med villkoret att företagen skulle köpa alla eller nästan alla sina x86-processorer från Intel. Intel gjorde också utbetalningar till MSH på villkor att MSH enbart skulle sälja datorer med Intels x86-processorer.

26. I det omtvistade beslutet beskrevs de villkorade rabatter som Intel tillämpade som trohetsrabatter. I fråga om Intels villkorade utbetalningar till MSH konstaterade kommissionen att den ekonomiska mekanismen bakom dessa utbetalningar kunde likställas med de villkorade rabatterna till OEM-företagen.

27. I det omtvistade beslutet analyserades också ur ett ekonomiskt perspektiv de till MSH beviljade rabatternas och betalningarnas förmåga att utestänga en konkurrent som är lika effektiv som Intel (as efficient competitor-testet, nedan kallat lika-effektiv-konkurrent-testet).<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Testet visar vilket pris en konkurrent som är lika effektiv som Intel skulle behöva sätta på sina centralprocessorer för att kunna kompensera OEM-företagen för förlusten av Intels rabatt.

28. Mot bakgrund av dessa överväganden drog kommissionen slutsatsen att Intels villkorade rabatter och utbetalningar skapade trohet hos strategiskt viktiga OEM-företag och MSH. Metoderna fick kompletterande effekter och minskade i betydande grad konkurrenternas möjligheter att konkurrera med sina x86-processorer på grundval av pris och prestation (competition on the merits). Till följd av detta orsakade Intels konkurrensbegränsande beteende en begränsning av konsumenternas valmöjligheter och minskade incitamenten för innovation.

29. Med avseende på den andra typen av beteende, nämligen icke dolda begränsningar, ansåg kommissionen att Intel gjorde utbetalningar till tre OEM-företag, nämligen HP, Acer och Lenovo, mot att dessa företag sköt upp eller ställde in lanseringen av produkter med centralprocessorer från AMD (nedan kallade AMD-processorer) och/eller begränsade distributionen av dessa produkter. Kommissionen drog slutsatsen att Intels beteende i fråga om icke dolda begränsningar skadade konkurrensen, eftersom kunderna framtogs en valmöjlighet som de annars skulle ha haft. Enligt kommissionen utgjorde detta inte en normal pris- och prestationskonkurrens.

30. I det omtvistade beslutet fastställde kommissionen att vart och ett av Intels beteenden gentemot ovan nämnda OEM-företag och MSH utgjorde missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF, men att varje överträdelse också ingick i en sammanhängande strategi som syftade till att utestänga AMD, Intels enda betydande konkurrent, från marknaden för x86-processorer. De olika förekomsterna av missbruk bildade därför en enda överträdelse av artikel 102 FEUF.

31. Med tillämpning av Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (nedan kallade 2006 års riktlinjer),<sup>10</sup> ålade kommissionen klaganden att betala böter med 1 060 000 000 euro.

32. I det omtvistade beslutet anges följande:

”Artikel 1

Intel ... har gjort sig skyldigt till en enda, fortlöpande överträdelse av artikel [102 FEUF] och artikel 54 i EES-avtalet under perioden oktober 2002–december 2007 genom att tillämpa en strategi som syftat till att utestänga konkurrenter från marknaden för x86-processorer. Strategin har bestått i att

- a) ge rabatter till Dell under perioden december 2002–december 2005, vars storlek villkorades av att Dell köpte alla sina x86-processorer från Intel,
- b) ge rabatter till HP under perioden november 2002–maj 2005, vars storlek villkorades av att HP köpte minst 95 procent av sina x86-processorer för stationära företagsdatorer från Intel,
- c) ge rabatter till NEC under perioden oktober 2002–november 2005, vars storlek villkorades av att NEC köpte minst 80 procent av sina x86-processorer för PC-kunder från Intel,
- d) ge rabatter till Lenovo under perioden januari 2007–december 2007, vars storlek villkorades av att Lenovo köpte alla sina x86-processorer för bärbara datorer från Intel,
- e) göra utbetalningar till [MSH] under perioden oktober 2002–december 2007 vars storlek villkorades av att [MSH] enbart sålde datorer utrustade med Intels x86-processorer,
- f) göra utbetalningar till HP under perioden november 2002–maj 2005 på villkor att: 1) HP riktade försäljningen av stationära HP-företagsdatorer utrustade med x86-processorer från AMD mot små och medelstora företag, och mot kunder från den offentliga sektorn, utbildningssektorn och den

<sup>10</sup> EUT C 210, 2006, s. 2.

medicinska sektorn, och inte mot storföretag, 2) HP förbjöd sina distributionspartner att ha stationära HP-företagsdatorer utrustade med x86-processorer från AMD i lager så att kunderna endast kunde få tag på dessa datorer genom att beställa dem från HP (antingen direkt eller genom HP:s distributionspartner som agerar som handelsagenter), och 3) HP sköt upp lanseringen av sin stationära företagsdator utrustad med en x86-processor från AMD i regionen [Europa, Mellanöstern och Afrika] med sex månader,

- g) göra utbetalningar till Acer under perioden september 2003–januari 2004 på villkor att Acer sköt upp lanseringen av en bärbar dator utrustad med en x86-processor från AMD, och
- h) göra utbetalningar till Lenovo under perioden juni 2006–december 2006 på villkor att Lenovo sköt upp, och slutligen avstod från, lanseringen av sina bärbara datorer utrustade med x86-processorer från AMD.”

### **III – Förfarandet i tribunalen och den överklagade domen**

33. I ansökan, som inkom till tribunalen den 22 juli 2009, yrkade klaganden att tribunalen skulle ogiltigförklara det omtvistade beslutet. Association for Competitive Technology, Inc. (nedan kallat ACT) intervenerade till stöd för Intel.

34. Genom den överklagade domen ogillade tribunalen talan i dess helhet.

### **IV – Förfarandet i domstolen och yrkandena**

35. Genom överklagande som inkom till domstolen den 26 augusti 2014 har Intel yrkat att domstolen ska

- helt eller delvis upphäva den överklagade domen,
- helt eller delvis ogiltigförklara det omtvistade beslutet,
- undanröja eller kraftigt nedsätta de böter som ålagts bolaget,
- alternativt, återförvisa målet till tribunalen för avgörande i enlighet med domstolens dom, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i domstolen och tribunalen.

36. ACT har inkommit med yttrande till stöd för klagandens yrkanden.

37. Kommissionen har yrkat att överklagandet ska ogillas och att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

38. Intel, ACT och kommissionen yttrade sig vid förhandlingen den 21 juni 2016.

### **V – Bedömning av grunderna för överklagandet**

39. Klaganden har anfört sex grunder till stöd för överklagandet. Enligt den första grunden gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning när den klassificerade rabatter som ”exklusivitetsrabatter”. Enligt den andra grunden gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning när den fann att en överträdelse hade ägt rum under åren 2006 och 2007 och när den bedömde marknadsandelens betydelse. Enligt den tredje grunden gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning när den behandlade



vissa rabatter som "exklusivitetsrabatter" trots att de endast omfattade en mindre del av kundens inköp. Den fjärde grunden avser förfarandefel på grund av en oriktig tolkning av artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004, angående avsaknaden av en skyldighet att föra protokoll vid förhör. Den femte grunden stöder sig på en överträdelse av artikel 102 FEUF och rör kommissionens behörighet att tillämpa artikel 102 FEUF på klagandens överenskommelser med Lenovo i Kina åren 2006 och 2007. Slutligen avser den sjätte grunden storleken på det bötesbelopp som utdömts på grund av en felaktig rättstillämpning i fråga om den retroaktiva tillämpningen av 2006 års riktlinjer.

40. Jag kommer att behandla dessa frågor var för sig. Först kan det dock vara värdefullt att göra några inledande anmärkningar om syftet med och utformningen av artikel 102 FEUF. Detta utgör utgångspunkten för den efterföljande bedömningen av de första tre grunderna.

## A – Inledande anmärkningar

41. Inledningsvis är syftet med unionens konkurrensregler att inom ramen för den inre marknad som unionen upprättat skapa en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids.<sup>11</sup> I detta avseende kan det inte nog betonas att skyddet enligt de unionsrättsliga konkurrensreglerna gäller konkurrensen som sådan och inte, exempelvis, konkurrenter.<sup>12</sup> På motsvarande sätt omfattar skyddet inte konkurrenter som tvingas lämna marknaden på grund av stark konkurrens snarare än konkurrensbegränsande beteende. Således är inte varje utträde från marknaden med nödvändighet resultatet av missbruk, utan ett tecken på aggressiv, men samtidigt sund och tillåten, konkurrens.<sup>13</sup> Skälet till detta är att syftet med konkurrenslagstiftningen, mot bakgrund av dess ekonomiska natur, i slutänden är att främja effektivitet. Betydelsen av effektivitet återspeglas också enligt min uppfattning i unionsdomstolarnas rättspraxis.

42. Med en sådan betoning är det naturligt att en dominerande ställning i sig inte anses strida mot artikel 102 FEUF. Det är snarare så att beteenden som är ett uttryck för marknadskrafter till nackdel för konkurrens och, således, för konsumenter är förbjudna och därmed kan bli föremål för sanktionsåtgärder såsom *missbruk* av dominerande ställning.

43. Det är en naturlig följd av målet att främja effektivitet att de konkurrensbegränsande *effekterna* av ett visst förfarande får avgörande betydelse. Oavsett om det rör en genväg till verkställighet såsom den som erbjuds av begreppet "begränsning genom syfte" i den mening som avses i artikel 101 FEUF,<sup>14</sup> eller ett enda beteende som omfattas av artikel 102 FEUF, är avsikten med unionens konkurrensregler att fånga beteenden som har konkurrensbegränsande effekter. Än så länge har det inte ansetts ha betydelse vilken form ett visst förfarande har.

11 Se dom av den 17 februari 2011, TeliaSonera, C-52/09, EU:C:2011:83 (nedan kallad domen i målet TeliaSonera), punkt 22, och där angiven rättspraxis. Såsom domstolen har beskrivit är syftet med unionens konkurrensregler att hindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna, och därmed bidra till att trygga välbefindandet i Europeiska unionen.

12 Såsom domstolen har anmärkt är artikel 102 FEUF inte avsedd att säkerställa att konkurrenter som är mindre effektiva än det dominerande företaget ska kunna stanna kvar på marknaden. Se dom av den 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172 (nedan kallad domen i målet Post Danmark I), punkterna 21 och 22.

13 Domen i målet Post Danmark I, punkterna 21 och 22.

14 Se, angående fördelarna av att tillämpa en sådan genväg, mitt förslag till avgörande i målet CB/kommissionen, C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punkt 35.

44. I den överklagade domen delade tribunalen in rabatterna i tre olika grupper, nämligen volymbaserade rabatter, exklusivitetsrabatter och rabatter som grundar sig på en mekanism som kan ha trohetsfrämjande effekter. Till skillnad från ett rabattsystem som grundar sig enbart på inköpsmängden (den första gruppen), som återspeglar effektivitetsvinster och stordriftsfördelar, strider exklusivitetsrabatter (den andra gruppen), enligt tribunalens systematik, mot syftet att undvika snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden. Sådana rabatter ges på villkor att kunden gör alla eller en betydande del av sina inköp hos det dominerande företaget.<sup>15</sup>

45. Förutom de två ovannämnda rabattgrupperna görs i den överklagade domen hänvisning till ytterligare en grupp rabatter som inbegriper en trohetsfrämjande mekanism utan någon direkt koppling till exklusiva eller nästan exklusiva försäljningsrättigheter (den tredje gruppen). Denna grupp omfattar rabatter som exempelvis retroaktiva rabatter.<sup>16</sup> Tribunalen fann att rabatterna i den tredje gruppen skilde sig från exklusivitetsrabatter, då de inte var direkt villkorade av exklusivitet. Av denna anledning fann tribunalen att det var nödvändigt att beakta *samtliga omständigheter* för att fastställa huruvida sådana rabatter kunde begränsa konkurrensen.<sup>17</sup>

46. Tribunalen klassificerade rabatterna och utbetalningarna som klaganden erbjöd som exklusivitetsrabatter på grundval av deras villkorade natur. Med hänvisning till den rättspraxis som bygger på domen i målet Hoffman-La Roche fann tribunalen att det, för att fastställa huruvida det relevanta företaget har missbrukat sin dominerande ställning, räckte att rabatterna var exklusivitetsrabatter som tillhörde den andra gruppen. När detta väl fastställts var det inte längre nödvändigt att beakta "samtliga omständigheter" för att fastställa huruvida beteendet kunde begränsa konkurrensen. En sådan effekt kunde förutsättas enbart på grundval av beteendets form. Enligt tribunalen var anledningen till detta att sådana rabatter, rent generellt, var utformade i syfte att frånta eller inskränka möjligheten för köparen att välja sina inköpskällor och, i detta avseende, att hindra kunder från att göra inköp från konkurrerande tillverkare.<sup>18</sup>

47. I enlighet med denna metodologi genomsyras den överklagade domen som helhet av antagandet att exklusivitetsrabatter som erbjuds av ett företag med dominerande ställning alltid, och undantagslöst, resulterar i att konkurrenter utestängs från marknaden. Det var mot bakgrund av detta antagande som tribunalen fann att sammanhanget saknade relevans och, i förlängningen, att det inte var nödvändigt att bedöma huruvida beteendet kan ha konkurrensbegränsande effekter.

48. Med hänsyn till detta beror utgången av överklagandet i den del som avser de första, andra och tredje grunderna, i slutänden på om domstolen finner att detta antagande var riktigt.

## **B – Den första grunden för överklagandet: Kriterier för bedömning av så kallade exklusivitetsrabatter**

### ***1. Parternas huvudsakliga argument***

49. Intels huvudsakliga argument, vilket stöds av ACT, är att tribunalens rättsliga beteckning av vad den kallade exklusivitetsrabatter, det vill säga "trohetsrabatter i den mening som avses i domstolens Hoffmann-La Roche-praxis" var felaktig.<sup>19</sup> Enligt Intel gjorde tribunalen en felbedömning när den fastställde att sådana rabatter, till skillnad från andra rabatter och prissättning, har en inneboende förmåga att begränsa konkurrensen och således är konkurrensbegränsande utan att det är nödvändigt

15 Den överklagade domen, punkterna 76 och 77. Se även domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 89.

16 Den överklagade domen, punkterna 75 och 78.

17 Den överklagade domen, punkterna 78 och 82.

18 Den överklagade domen, punkterna 76 och 77.

19 Den överklagade domen, punkt 76.

att bedöma vare sig de relevanta egenskaperna för rabatterna i fråga eller sannolikheten att rabatterna skulle begränsa konkurrensen.<sup>20</sup> I detta avseende har klaganden gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fastställde missbruk av dominerande ställning utan att beakta sannolikheten för konkurrensbegränsande skada. Vidare har Intel gjort gällande att tribunalen, i alla händelser, gjorde en felbedömning när den alternativt fastställde att de i detta mål aktuella rabatterna kunde begränsa konkurrensen.<sup>21</sup>

50. Kommissionen anser att överklagandet inte ska vinna bifall såvitt avser den första grunden. Kommissionen har huvudsakligen gjort gällande att förevarande grund bygger på en villfarelse, nämligen att exklusivitetsrabatter endast utgör en form av prissättning. Enligt kommissionen skiljer sig exklusivitetsrabatter till sin natur från annan prissättning. Enligt kommissionen har rabatter som är villkorade av exklusivitet egenskaper som innebär att det är onödigt att fastställa huruvida de kan begränsa konkurrensen i ett visst fall. Kommissionen har särskilt gjort gällande att domstolens praxis angående rabatter inte stöder klagandens argument att det inte bör göras någon skillnad mellan exklusivitetsrabatter och andra rabatter som har en trohetsfrämjande effekt eller, för den delen, prissättning.

51. Med avseende på den alternativa bedömningen av samtliga omständigheter har kommissionen angett att klaganden inte har framfört några argument som ifrågasätter den alternativa bedömningen av förmåga som tribunalen gjorde i den överklagade domen.

## **2. Bedömning**

52. Den första grunden handlar i stort sett om att fastställa de riktiga rättsliga kriterierna för att bedöma så kallade exklusivitetsrabatter. Med andra ord uppkommer frågan huruvida det var riktigt av tribunalen att finna att det inte var nödvändigt att bedöma "samtliga omständigheter" för att fastställa att rabatterna kunde ha en konkurrensbegränsande effekt. Kort och gott: exklusivitetsrabatternas form gör att inte ens sammanhanget kan rädda dem från att förkastas.

53. Till att börja med, i motsats till vad kommissionen angett i sina skriftliga yttranden, ser jag inget skäl till varför domstolen inte bör undersöka den första grunden i dess helhet. Syftet med den första grunden är uppenbarligen att söka påtala den felaktiga rättstillämpning som enligt klagandens uppfattning innebar att klassificeringen av Intels rabatter och utbetalningar som exklusivitetsrabatter vilka skilde sig från andra lojalitetsfrämjande rabatter inte var giltig. Närmare bestämt har klaganden ifrågasatt det faktum att tribunalen inte fann det nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter innan den kom fram till att det ifrågasatta beteendet utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Intel har också ifrågasatt tribunalens alternativa bedömning av "förmåga".<sup>22</sup> Enligt Intel tog bedömningen inte tillräcklig hänsyn till flera omständigheter som var relevanta för att fastställa att det ifrågasatta beteendet kunde begränsa konkurrensen. Även om det ligger nära en bedömning av de faktiska omständigheterna, ska frågan bedömas av domstolen, eftersom domstolen är behörig enligt artikel 256 FEUF att pröva tribunalens rättsliga klassificering av dessa omständigheter och de rättsliga följderna därav.

54. När det gäller sakinnehållet i den första grunden, ska jag börja med att undersöka huruvida det var riktigt av tribunalen att anse att det inte var nödvändigt att bedöma "samtliga omständigheter" vid prövningen av de exklusivitetsrabatter som Intel erbjöd OEM-företagen i fråga och de handelsmetoder som hade avtalats med MSH för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet utgjorde missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF. I detta sammanhang ska de grundläggande

20 Den överklagade domen, punkt 99.

21 Den överklagade domen, punkterna 172–197.

22 För närmare information se nedan punkt 110 och följande punkter.

principer som följer av relevant rättspraxis kartläggas i syfte att belysa att det enligt rättspraxis krävs att det sker en bedömning av samtliga omständigheter. Som en naturlig följd av den slutsatsen ska jag sedan övergå till att undersöka den alternativa bedömning som tribunalen genomförde angående de av klaganden erbjudna rabatternas förmåga att begränsa konkurrensen.

*a) Tribunalens huvudsakliga bedömning av klagandens rabatter och utbetalningar*

55. Såsom nämnts ovan (punkterna 44–46) skilde tribunalen, utifrån domstolens praxis, mellan tre grupper av rabatter – mängdrabatter (den första gruppen), exklusivitetsrabatter som villkorades av att kunden gjorde alla eller nästan alla sina inköp hos det dominerande företaget (den andra gruppen) och andra typer av rabatter där det ekonomiska incitament som erbjöds inte hade någon direkt koppling till exklusiva eller nästan exklusiva försäljningsrättigheter (den tredje gruppen).<sup>23</sup>

56. Närmare bestämt fann tribunalen att de rabatter som beviljades Dell, HP, NEC och Lenovo och som kommissionen hänvisat till, bland annat i artikel 1 a–d i det omtvistade beslutet, utgjorde exklusivitetsrabatter som tillhörde den andra gruppen. Det var fallet, eftersom rabatterna var villkorade av att kunden – åtminstone inom ett visst affärssegment – köpte antingen alla sina x86-processorer (vilket gällde Dell och Lenovo) eller nästan alla sina x86-processorer (nämligen 95 procent i HP:s fall och 80 procent i NEC:s fall) från Intel.<sup>24</sup> Med avseende på utbetalningarna till MSH fann tribunalen att kommissionen inte var skyldig att undersöka omständigheterna i det enskilda fallet, utan endast behövde styrka att klaganden hade beviljat ett ekonomiskt incitament som var förenat med ett exklusivitetsvillkor.<sup>25</sup>

57. Tribunalen fann särskilt, med hänvisning till domstolens uttalande i domen i målet Hoffman-La Roche,<sup>26</sup> att det för att fastställa huruvida en exklusivitetsrabatt utgör missbruk av dominerande ställning inte krävs att det ska visas att rabatten kan begränsa konkurrensen under de omständigheter som föreligger i det enskilda fallet.<sup>27</sup>

58. Enligt klaganden är denna ståndpunkt oriktig i rättsligt hänseende. Klaganden har särskilt anfört att tribunalen felaktigt bortsåg från domstolens uttalanden inte bara i andra mål rörande rabatter enligt artikel 102 FEUF, utan också i mål rörande andra metoder för prissättning.

59. I det följande ska jag förklara varför jag delar klagandens uppfattning.

*i) De grundläggande principerna i domstolens praxis angående rabatter*

60. Rent generellt tyder domstolens praxis på en viss misstänksamhet i fråga om en mängd olika rabatter som erbjuds av företag i dominerande ställning. Detta kan förklaras av att företag i dominerande ställning i allmänhet anses ha ett särskilt ansvar att inte genom sina beteenden skada konkurrensen inom den inre marknaden.<sup>28</sup> Av detta särskilda ansvar följer att mekanismer som på ett eller annat sätt binder kunderna att göra inköp från företaget i dominerande ställning anses vara trohetskapande och, därmed, presumeras utgöra missbruk.

<sup>23</sup> Den överklagade domen, punkterna 74–78.

<sup>24</sup> Den överklagade domen, punkt 79.

<sup>25</sup> Den överklagade domen, punkt 171.

<sup>26</sup> Domen i målet Hoffmann-La Roche, punkterna 89 och 90.

<sup>27</sup> Den överklagade domen, punkt 81.

<sup>28</sup> Se dom av den 9 november 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen*, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 57 (nedan kallad domen i målet *Michelin I*). Se även dom av den 2 april 2009, *France Télécom/kommissionen*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, punkt 105, och dom av den 14 oktober 2010, *Deutsche Telekom/kommissionen*, C-280/08 P, EU:C:2010:603 (nedan kallad domen i målet *Deutsche Telekom*), punkt 176, samt domen i målet *Telia Sonera*, punkt 24.

61. Det följer av den rättspraxis som bygger på den viktiga domen i målet Hoffmann-La Roche att rabatter som villkoras av att kunden köper alla eller nästan alla de varor den behöver från det dominerande företaget presumeras vara olagliga. Samma presumtion gäller andra rabatter som också främjar lojalitet, även om de inte formellt grundar sig på exklusivitet. Rabatter, vare sig de är retroaktiva och individuella, som i målen Michelin I,<sup>29</sup> British Airways<sup>30</sup> och Tomra,<sup>31</sup> eller grundar sig på marknadsandelar och är individuella, som i målet Hoffman-La Roche,<sup>32</sup> har de av domstolen ansetts vara konkurrensbegränsande. Än så länge är det endast mängdrabatter som inte har presumerats vara lagstridiga. Sådana rabatter är uteslutande kopplade till mängden inköp som görs hos företaget med dominerande ställning.<sup>33</sup>

62. De rabatter och utbetalningar som Intel erbjöd kan beskrivas som trohetsrabatter grundade på marknadsandelar.<sup>34</sup> För att kvalificera sig för rabatt var kunden tvungen göra en viss andel av sina inköp hos det dominerande företaget. Som jag förklarade ovan ansåg tribunalen, mot bakgrund av domstolens bedömning i målet Hoffmann-La Roche, att det inte är nödvändigt, när rabatten är en exklusivitetsrabatt som tillhör den andra gruppen, att fastställa huruvida rabatten kan begränsa konkurrensen under de i målet aktuella omständigheterna.<sup>35</sup>

63. Målet Hoffmann-La Roche rörde en till marknadsandelen knuten rabatt som villkorades av att kunden gjorde en viss andel av sina inköp hos företaget med dominerande ställning. Närmare bestämt skulle rabatterna utgå med en stigande procentsats beroende på hur stor andel av omsättningen som inköpen uppgick till.<sup>36</sup> Domstolen fann i målet att trohetsrabatter, bortsett från exceptionella förhållanden, inte grundar sig på en ekonomisk transaktion som motiverar en sådan börda eller förmån. Istället syftade de enligt domstolen till att frånta eller inskränka möjligheten för köparen att välja sina inköpskällor och till att hindra andra tillverkare tillträde till marknaden.<sup>37</sup> Domstolen konstaterade således att "[f]ör ett företag som har en dominerande ställning på en marknad innebär det i enlighet med artikel [102 FEUF] ett missbruk av den dominerande ställningen att binda köpare genom en skyldighet eller ett löfte att göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande hos detta företag ... oavsett om förpliktelsen gäller utan vidare eller motsvaras av en rabatt."<sup>38</sup> Domstolen angav vidare att "[s]å är även fallet om det dominerande företaget, utan att binda köparna genom en formell förpliktelse, antingen enligt avtal med köparna eller ensidigt tillämpar ett system med trohetsrabatter, dvs. rabatter som ges under villkor att kunden – för övrigt oavsett om denne köper för avsevärda eller obetydliga belopp – gör alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande hos företaget med dominerande ställning".<sup>39</sup>

64. Domstolen nämnde inte i samband med detta uttalande behovet av att beakta samtliga omständigheter för att fastställa huruvida missbruk av en dominerande ställning hade styrkts.

29 Domen i målet Michelin I, punkterna 66–71 med avseende på rabatter grundade på försäljningsmål.

30 Se dom av den 15 mars 2007, British Airways/kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166 (nedan kallad domen i målet British Airways), punkt 52, angående bonus som beviljades på grundval av försäljningen som helhet.

31 Se dom av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221 (nedan kallad domen i målet Tomra), punkt 75, angående rabatter som var aktuella i överklagandet.

32 Domen i målet Hoffmann-La Roche, punkterna 92–100.

33 Se domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 90. Se även dom av den 30 september 2003, Michelin/kommissionen, T-203/01, EU:T:2003:250 (nedan kallad domen i målet Michelin II), punkt 58. I det senare målet begränsade tribunalen lagenlighetspresumtionen genom att fastställa att mängdrabatt inte var lagenlig när den hade trohetsskapande verkan.

34 Enligt en möjlig definition är trohetsrabatter villkorade av att en kund köper en större eller ökande andel av sina inköp från det företag som ger rabatten. Sådana rabatter är tillämpliga när ett visst försäljningsmål uppnås under en bestämd tidsperiod. Målet kan vara knutet till en ökning av inköpsvolymen eller till inköpen som sådana (eller en viss procentandel) från en leverantör eller till inköp över en viss tröskel som fastställs utifrån kundens behov. Med andra ord är en trohetsrabatt en rabatt som en leverantör ger en kund som belöning för att kunden visar trohet mot leverantören. Se OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, DAF/COMP(2008)29, 2008, s. 97, tillgänglig på <https://www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf>

35 Den överklagade domen, punkterna 80 och 81.

36 Se, exempelvis, punkt 97 i domen i målet Hoffmann-La Roche.

37 Domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 90.

38 Se domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 89.

39 Se domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 89.

65. Mot denna bakgrund är det kanske inte förvånande att tribunalen gjorde den bedömning den gjorde.

66. Det ska dock redan i detta sammanhang påpekas att bedömningen rörande de relevanta rabatternas lagstridighet i domen i målet Hoffman-La Roche grundade sig på en ingående undersökning av, bland annat, förutsättningarna för att bevilja rabatt och rabatternas marknadstäckning.<sup>40</sup> Det var på grundval av denna undersökning som domstolen fann att de i målet aktuella trohetsrabatterna var avsedda att genom att bevilja en finansiell förmån förhindra att kunderna gjorde sina inköp hos konkurrerande tillverkare.

67. Efter domen i målet Hoffmann-La Roche har den centrala frågan i domstolens praxis, såsom tribunalen riktigt angav,<sup>41</sup> huvudsakligen varit huruvida ett företag har missbrukat sin dominerande ställning genom att tillämpa rabattsystem som inte var direkt kopplade till exklusiva eller nästan exklusiva försäljningsrättigheter. Detta är de rabatter som, enligt strukturen i den överklagade domen, ingår i den tredje gruppen.

68. I denna efterföljande rättspraxis har domstolen genomgående upprepat den princip som härrör från domen i målet Hoffmann-La Roche, rörande presumtionen att trohetsrabatter utgör missbruk av dominerande ställning. Icke desto mindre har domstolen, i praktiken, såsom ACT riktigt påpekade vid den muntliga förhandlingen, konsekvent beaktat "samtliga omständigheter" vid fastställande av huruvida det ifrågasatta beteendet innebar missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF.

69. I domen i målet Michelin I, som avsåg målrabatter, fann domstolen att det var nödvändigt att beakta samtliga omständigheter när målet rör ett rabattsystem som inte grundar sig på exklusiva inköpsåtaganden eller en skyldighet att göra en viss andel inköp hos företaget med dominerande ställning.<sup>42</sup> I andra efterföljande mål angående rabatter som inte direkt villkoras av exklusivitet, har domstolen funnit att det, vid bedömningen av om ett företag med dominerande ställning har missbrukat denna ställning, är värdefullt att beakta vilka regler som gäller för att bevilja rabatten, samt om rabatten, genom att ge en förmån som inte grundar sig på någon ekonomisk motprestation som motiverar den, är ägnad att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen.<sup>43</sup>

70. Såsom följer av domstolens rättspraxis är det dock inte samma sak att upprepa ett principuttalande om en presumtion om missbruk, som att underlåta att beakta omständigheterna i det särskilda fallet. Faktum är att den överklagade domen utgör ett av ett mycket begränsat fåtal mål där domstolens uttalande i domen i målet Hoffmann-La Roche har tillämpats ordagrant, utan någon föregående undersökning av omständigheterna i målet, för att fastställa att ett företag har missbrukat sin dominerande ställning.<sup>44</sup> För att motivera denna stränga inställning till exklusivitetsrabatter fann tribunalen i den överklagade domen att rabatterna och utbetalningarna som Intel erbjöd villkorades av exklusivitet (på ett liknande, men inte identiskt, sätt som i målet Hoffman-La Roche, mot bakgrund av avsaknaden av en formell exklusivitetsförpliktelse). Denna omständighet tjänade till att särskilja förevarande mål från de mål som nämndes i föregående punkt.

40 Se Hoffmann-La Roche, punkterna 92 och följande punkter.

41 Den överklagade domen, punkterna 82 och 83 i synnerhet.

42 Se domen i målet Michelin I, punkt 73.

43 Se, särskilt, domen i målet British Airways, punkt 67, och domen i målet Tomra, punkt 71.

44 Se, angående de andra två enskilda fallen, dom av den 3 juli 1991, AKZO/kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, punkt 149, och dom av den 27 april 1994, Almelo, C-393/92, EU:C:1994:171, punkt 44. Det är dock viktigt att se domstolens behandling av de exklusiva försäljningsrättigheterna i målet AKZO/kommissionen i sitt sammanhang där en mängd förfaranden som innebar missbruk tillämpades av AKZO. På liknande sätt gjordes domstolens kategoriska uttalande i domen i målet Commune d'Almelo m.fl. som svar på en begäran om förhandsavgörande, som naturligtvis har uppenbara begränsningar när det gäller de faktiska omständigheterna.

71. Vid första påseende skulle det därför vara lätt att dra slutsatsen att den överklagade domen helt enkelt fastställde aktuell rättspraxis och tillämpade den på Intels beteende.

72. En sådan slutsats skulle dock förbise betydelsen av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget i enlighet med samma rättspraxis.

*ii) Omständigheterna i målet som ett sätt att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet har en sannolik effekt på konkurrensen*

73. I detta avsnitt ska jag förklara varför missbruk av dominerande ställning aldrig fastställs teoretiskt: Domstolen har alltid, till och med när en metod presumeras vara lagstridig, undersökt det rättsliga och ekonomiska sammanhanget för det ifrågasatta beteendet. I detta avseende är en bedömning av sammanhanget för det undersökta beteendet en naturlig del av fastställandet av huruvida det föreligger missbruk av en dominerande ställning. Det är inte förvånande. För att omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF måste det undersökta beteendet, åtminstone, kunna utestänga konkurrenter från marknaden.<sup>45</sup>

74. Även en översiktlig genomgång av de mål som nämnts ovan (punkterna 66–69) visar att domstolen inte har underlåtit att beakta beteendets rättsliga och ekonomiska sammanhang – eller, för att använda standardformuleringen i mål rörande artikel 102 FEUF, ”samtliga omständigheter” – vid bedömningen av huruvida ett företag med en dominerande ställning har missbrukat denna ställning. Det gäller såväl rabatter som villkoras av exklusivitet som andra typer av trohetsskapande upplägg.

75. Enligt min uppfattning förbiser därför tribunalens tolkning av domen i målet Hoffmann-La Roche en viktig fråga. I motsats till vad tribunalen fann i den överklagade domen,<sup>46</sup> bedömde domstolen i målet Hoffmann-La Roche flera omständigheter som rörde rabatternas rättsliga och ekonomiska sammanhang när den fastställde att företaget i fråga hade missbrukat sin dominerande ställning. Det är visserligen riktigt att det i nämnda dom inte uttryckligt anges att en bedömning av samtliga omständigheter är avgörande för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet innebär missbruk av en dominerande ställning. Såsom har antytts ovan (punkt 66) visar dock en närmare granskning av domen att domstolen i lovvärd utsträckning undersökte den aktuella läkemedelsmarknadens egenheter, rabatternas marknadstäckning samt villkoren i avtalen mellan företaget i dominerande ställning och dess kunder.<sup>47</sup> Mot bakgrund av denna ingående bedömning av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget för rabatterna, nämligen villkoren för att bevilja rabatterna, rabatternas marknadstäckning samt rabattsystemets varaktighet, fann domstolen att trohetsrabatter, fränsett då exceptionella förhållanden föreligger, är lagstridiga.<sup>48</sup>

76. Såsom tribunalen fastställde i den överklagade domen,<sup>49</sup> framgår det konsekvent och uttryckligen av domstolens rättspraxis rörande rabattsystem (som inte uteslutande är mängdbaserade) i andra mål än Hoffmann-La Roche att det är särskilt viktigt att bedöma samtliga omständigheter för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet innebär missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF.<sup>50</sup> Det är i sig inte förvånande. Förutom domen i målet Hoffmann-La Roche känner jag inte till något annat mål där domstolen har prövat exklusiva säljrättigheter av liknande slag som i

45 Se, närmare, nedan punkt 109 och följande punkter om hur stor sannolikhet som krävs för att fastställa att en viss form av beteende utgör missbruk.

46 Den överklagade domen, punkt 81.

47 Domen i målet Hoffman-La Roche, punkt 82.

48 Domen i målet Hoffman-La Roche, punkt 90.

49 Den överklagade domen, punkterna 82–84.

50 Se domarna i målen Michelin I, punkt 73, British Airways, punkt 67, och Tomra, punkt 71. Se även dom av den 9 september 2010, Tomra Systems m.fl./kommissionen, T-155/06, EU:T:2010:370, punkt 215.

det målet. Det är därför inte förvånande att behovet att beakta samtliga omständigheter upprepades i domen i målet Post Danmark II, ett mål om förhandsavgörande, angående retroaktiva rabatter som inte var kopplade till en exklusivitetsförpliktelse, vilken dom meddelades efter att den överklagade domen hade meddelats.<sup>51</sup>

77. Men vad innebär en bedömning av ”samtliga omständigheter”?

78. Enligt min uppfattning är avsikten med att bedöma sammanhanget – eller ”samtliga omständigheter” som det kallas i domstolens praxis – helt enkelt, men avgörande, att fastställa huruvida det är styrkt att ett företag har missbrukat sin dominerande ställning.<sup>52</sup> Inte ens om det förefaller relativt uppenbart att det förekommit ett utestängande beteende, såsom underprissättning, är det inte möjligt att bortse från sammanhanget.<sup>53</sup> Annars skulle ett beteende som, i vissa fall, helt enkelt inte kan begränsa konkurrensen träffas av ett generellt förbud. Ett sådant förbud skulle också riskera att träffa och utgöra sanktionsåtgärder mot ett beteende som främjar konkurrens.

79. Det är därför sammanhanget är avgörande.

*iii) Enligt rättspraxis finns det bara två grupper av rabatter*

80. Vid tillämpningen av artikel 102 FEUF ligger trohetsrabatter – som jag ser det – mycket nära en begränsning ”genom syfte” enligt artikel 101 FEUF. Orsaken till detta är att trohetsrabatter, liksom begränsningar ”genom syfte”, presumeras vara lagstridiga. Som jag redan antytt ovan (punkt 61) ska dock trohetsrabatter förstås så, att de omfattar såväl rabatter som villkoras av att kunden gör alla eller nästan alla sina inköp från företaget med dominerande ställning som andra prismodeller som villkoras av att kunden uppnår ett visst mål.

81. Till skillnad mot vad tribunalen fann i den överklagade domen, görs i rättspraxis åtskillnad mellan två, och inte tre, grupper av rabatter. Å ena sidan presumeras vissa rabatter vara lagenliga, såsom mängdrabatter.<sup>54</sup> En prövning av sådana rabatters lagstridighet kräver en fullständig undersökning av rabatternas faktiska eller potentiella effekter. Rabatter av detta slag är inte aktuella i förevarande mål.

82. Å andra sidan har domstolen antagit ett synsätt, när det gäller trohetsrabatter (som presumeras vara lagstridiga), oavsett om rabatterna direkt villkoras av exklusivitet eller inte, som uppvisar vissa likheter med mekanismerna för begränsning ”genom syfte” enligt artikel 101 FEUF. Det är fallet, eftersom det även enligt den bestämmelsen är nödvändigt att göra en heltäckande undersökning av det ifrågasatta beteendets rättsliga och ekonomiska sammanhang för att fastställa huruvida beteendet utgör en begränsning ”genom syfte”, så att andra eventuella sannolika förklaringar för beteendet kan uteslutas. Med andra ord bortser man aldrig från det ifrågasatta beteendets särskilda sammanhang.

83. Såsom redan antytts ovan undersökte domstolen i målet Hoffmann-La Roche samtliga omständigheter. Ett uttryckligt krav i detta hänseende formulerades därefter av domstolen i domen i målet Michelin I med avseende på rabatter som inte var direkt kopplade till exklusivitet. Detta krav har sedermera vidareutvecklats i mål som British Airways, Michelin II och Tomra. Syftet med att bedöma samtliga omständigheter är att fastställa huruvida missbruk av en dominerande ställning har styrkts och huruvida rabatterna, till följd av detta, har en konkurrensbegränsande utestängningsförmåga.

51 Dom av den 6 oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651 (nedan kallad domen i målet Post Danmark II), punkt 68.

52 Se nedan punkt 168 och följande punkter.

53 Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Post Danmark I, punkt 44.

54 Se domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 90. Se även domen i målet Michelin II, punkt 58.



84. I den överklagade domen gick tribunalen dock ett steg längre. Genom att tillämpa domstolens uttalande i domen i målet Hoffmann-La Roche ordagrant, utan att betrakta uttalandet i sitt rätta sammanhang, gjorde tribunalen åtskillnad mellan en underordnad typ av trohetsrabatter som den kallade för "exklusivitetsrabatter" och andra typer av trohetsskapande rabatter.<sup>55</sup> Därmed skapade tribunalen en "supergrupp" rabatter beträffande vilka det inte är nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter i syfte att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet är liktydigt med missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF. Vad som är än viktigare är att presumptionen att sådana rabatter innebär missbruk är teoretisk och grundar sig helt på rabatternas form.

85. Metodologiskt sett är det långt ifrån ett självklart steg att ta. Följande fyra skäl förklarar varför.

– *En presumtion om lagstridighet som riktar in sig mot formen kan inte motbevisas*

86. För det första skulle den bakomliggande presumptionen om lagstridighet inte längre kunna motbevisas om det godtogs att exklusivitetsrabatter ska särskiljas från andra typer av trohetsskapande rabatter.<sup>56</sup> Skälet till detta är att ett sådant förbud riktar sig mot beteendets *form*, snarare än dess *effekter*.

87. Faktum är att den överklagade domen verkar utgå från att en exklusivitetsrabatt, när den erbjuds av ett företag med dominerande ställning, inte under några förhållanden kan ha positiva effekter på konkurrensen. Det är fallet, eftersom konkurrensen, enligt tribunalen, begränsas av själva förekomsten av en dominerande ställning i sig.<sup>57</sup> Denna ståndpunkt utesluter möjligheten, som redan godtagits i domen i målet Hoffmann-La Roche,<sup>58</sup> och fastställts i den överklagade domen,<sup>59</sup> att åberopa ett objektivt (konkurrensfrämjande) motiv för att använda de aktuella rabatterna.

88. I motsats till vad kommissionen föreslog vid förhandlingen finns det inga effektivitetshänsyn eller andra hänsyn som kan hjälpa ett företag att motivera en användning av exklusivitetsrabatter när förbudet rör form, snarare än effekter.<sup>60</sup> Tvärtom förblir formen densamma, oavsett rabattens effekter. Detta är ett problem. Såsom tribunalen mycket riktigt angav i den överklagade domen,<sup>61</sup> och som kommissionen själv godtog i sina skriftliga yttranden, bör det vara möjligt för det dominerande företaget att motivera tillämpningen av ett rabattsystem genom att framlägga bevisning om att de utestängande effekterna kan motvägas, eller till och med helt uppvägas av, effektivitetsfördelar.<sup>62</sup>

55 Den överklagade domen, punkterna 92 och 93. Denna undergrupp med trohetsrabatter har beskrivits som "exklusivitetsalternativ" vilka fungerar genom en hävstångseffekt. Petit, N., "Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU", *European Competition Journal*, vol. 11, upplaga 1, 2015, s. 26–28.

56 Se den överklagade domen, punkt 94.

57 Se den överklagade domen, punkt 89.

58 Se domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 89.

59 Se uttalandet i punkt 81 i den överklagade domen.

60 Den överklagade domen, punkt 89.

61 Den överklagade domen, punkt 81.

62 Se domen i målet British Airways, punkterna 85 och 86, och där angiven rättspraxis, samt domen i målet Post Danmark I, punkterna 40 och 41, och där angiven rättspraxis. Se även domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 90, där domstolen anmärkte att ett företag också kunde motivera tillämpningen av rabatter när, under exceptionella omständigheter, ett avtal mellan företag omfattades av undantaget i artikel 101.3 FEUF.

– *Trohetsrabatter är inte alltid skadliga*

89. För det andra är det endast motiverat att skapa en ”supergrupp” av rabatter om det anses att det inte kan finnas några förmildrande omständigheter i fråga om förfaranden som villkoras av exklusivitet, oavsett om omständigheterna i det enskilda fallet beaktas. Paradoxalt nog medgav tribunalen dock själv att exklusivitetsvillkor också kan ha positiva effekter. Trots detta avvisade den helt att det var nödvändigt att undersöka dessa effekter, eftersom konkurrensen redan och obestridligen var inskränkt på marknaden på grund av företagets dominerande ställning.<sup>63</sup>

90. Det följer inte entydigt av erfarenhet och ekonomisk analys att trohetsrabatter som regel är skadliga eller konkurrensbegränsande, inte ens när de erbjuds av företag med dominerande ställning.<sup>64</sup> Så är fallet, eftersom rabatter ökar rivaliteten, vilket är själva kärnan i konkurrensen.

91. Det är dock riktigt att det största problemet med rabatter, när det gäller konkurrensen, sägs uppkomma när kunderna hos ett företag med dominerande ställning måste sälja en viss procentsats av dess produkter och/eller när rabatten villkoras av att kunden gör alla (eller en betydande del av) sina inköp från företaget. Det kan ses som ett argument för att behandla exklusivetsrabatter strängare. Trots detta kan andra typer av rabatter ha en liknande snedvridande effekt, även när rabattsystemet inte är kopplat till exklusivitet.<sup>65</sup>

92. Som klart framgår av rättspraxis är det riktigt att ett trohetsskapande system kan ha olika former. Såsom var fallet i målen Hoffmann-La Roche<sup>66</sup> och Tomra,<sup>67</sup> kan det vara en inneboende egenskap hos trohetsrabatter att kunden tillgodoser alla eller nästan alla sina materialbehov genom att köpa från företaget med dominerande ställning. En trohetsrabatt kan också ha formen av individuella försäljningsmål<sup>68</sup> eller bonusar,<sup>69</sup> som inte nödvändigtvis är knutna till en viss andel inköp eller försäljning.

93. Mot denna bakgrund finns det inget objektiv skäl till att rabatterna i den andra gruppen ska behandlas strängare än rabatterna i den tredje gruppen.

– *Trohetsrabatternas effekter beror på sammanhanget*

94. För det tredje understryks ofta i aktuell ekonomisk doktrin att effekterna av exklusivitet beror på sammanhanget.<sup>70</sup> Omvänt är det inte många kommentatorer som skulle bestrida att just trohetsrabatter – beroende på omständigheterna – har konkurrensbegränsande utestängningseffekter.

95. Vetskap om sammanhangets betydelse kan också hjälpa till att förklara varför domstolen nyligen, i sin rättspraxis rörande artikel 102 FEUF, har betonat vikten av att bedöma samtliga omständigheter. Domstolen gjorde detta bland annat i domen i målet Tomra. Det är visserligen riktigt, såsom tribunalen anmärkte,<sup>71</sup> att de rabatter som var aktuella i överklagandet i målet Tomra rörde

63 Den överklagade domen, punkterna 89–94.

64 OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, ovan anført arbete, s. 9 och 21. Se även Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel [102 FEUF] på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (EUT C 45, 2009, s. 7), punkt 37, angående villkorade rabatter. Kommissionen har anmärkt att sådana rabatter kan användas för att skapa ytterligare efterfrågan och därmed kan de stimulera efterfrågan och gagna konsumenterna. Se även Neven, D., ”A structured assessment of rebates contingent on exclusivity”, *Competition Law & Policy Debate*, vol. 1, nummer 1, 2015, s. 86.

65 OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, anført arbete, s. 9.

66 Domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 89.

67 Domen i målet Tomra, punkt 70.

68 Se domen i målet Michelin I, punkt 72.

69 Se domen i målet British Airways, punkt 75.

70 Se, exempelvis, Neven, D., anført arbete, s. 39. Utestängning beror bland annat på försäljning som inte kan ifrågasättas, betydelsen av de incitament som exklusivitetskravet innebär för den försäljning som inte kan ifrågasättas, hur stor konkurrensen är mellan köpare, betydelsen av stordriftsfördelar och frågan om rabatterna riktar sig mot köpare som konkurrerar med företag som köper från rivaler.

71 Den överklagade domen, punkt 97.

individualiserade retroaktiva rabatter, det vill säga rabatter som tillhörde den tredje gruppen enligt systematiken i den överklagade domen. I domen i målet Tomra gjorde domstolen dock inte någon uttrycklig åtskillnad mellan rabatter i den andra och tredje gruppen. Domstolen anmärkte endast att det, när rabatter ges på villkor att kunden gör alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande hos det dominerande företaget, är nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet innebär missbruk av en dominerande ställning.<sup>72</sup>

96. Domstolens uttalande har föranlett parterna att dra motsatta slutsatser. Båda parterna har gjort gällande att det en gång för alla löser tvisten kring de rättsliga kriterier som ska tillämpas på exklusivitetsrabatter. Trots detta fortsätter parterna att ha olika uppfattningar om vilka dessa kriterier egentligen är.

97. Enligt min uppfattning ger domstolens uttalande i domen i målet Tomra inte någon ledning i detta avseende. Såsom illustreras av att parterna kommit fram till motsatta slutsatser, är domens ordalydelse när det gäller vilken typ av rabatter som bör bli föremål för en bedömning av samtliga omständigheter helt enkelt alltför otydlig.

98. Det är snarare så att det kan ifrågasättas huruvida den skiljelinje som tribunalen, i den överklagade domen, drog mellan domarna i målen Tomra respektive Hoffmann-La Roche är motiverad. I detta avseende vill jag uppmärksamma två förhållanden.

99. Å ena sidan uppvisade de rabatter som bedömdes i domen i målet Hoffmann-La Roche, i likhet med domen i målet Tomra, vissa egenskaper som är förknippade med individualiserade retroaktiva rabatter. Faktum är att flera av de avtal som undersöktes i målet Hoffmann-La Roche inte bara innehöll en rabattbestämmelse som avsåg majoriteten av köparens inköp. De innehöll också rabattbestämmelser som innebar en rabatt där procentsatsen ökade beroende på om andelen av köparens uppskattade inköp hade uppnåtts under referensperioden.<sup>73</sup> Å andra sidan, även om det skulle kunna antas – vilket jag *inte* anser är fallet – att en åtskillnad skulle vara motiverad på grund av en förmodad inneboende skillnad mellan rabatterna i de två målen, bortsåg domstolen inte på något sätt från sammanhanget för de ifrågasatta rabatterna i målet Hoffmann-La Roche. Varför skulle den ha gjort så i domen i målet Tomra, mer än 30 år senare?

100. Om något är skillnaden mellan de angripna rabatterna i målen Tomra respektive Hoffmann-La Roche snarare en gradskillnad än en typskillnad. Detsamma kan sägas i fråga om målet Post Danmark II, där vikten av sammanhanget och samtliga omständigheter nyligen fastställdes när det gäller bedömningen av huruvida det ifrågasatta beteendet innebär missbruk av en dominerande ställning.<sup>74</sup>

– *Närliggande förfaranden kräver att samtliga omständigheter beaktas*

101. För det fjärde, och slutligen, krävs enligt domstolens praxis rörande prissättning och marginalpress, såsom klaganden riktigt har gjort gällande, att samtliga omständigheter beaktas för att fastställa huruvida det relevanta företaget hade missbrukat sin dominerande ställning.<sup>75</sup>

72 Se domen i målet Tomra, punkterna 70 och 71, som hänvisar till domen i målet Michelin I, punkterna 71 och 73.

73 Se domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 97.

74 Domen i målet Post Danmark II, punkt 68.

75 Se domen i målet Deutsche Telekom, punkt 175, i målet Telia Sonera, punkt 76, och i Post Danmark I, punkt 26.

102. Tribunalen menade att denna rättspraxis inte var relevant, eftersom ett särskilt pris, till skillnad från ett incitament till exklusiva inköp, inte i sig självt kan utgöra missbruk.<sup>76</sup> Trots detta fann tribunalen, i den överklagade domen, att Intels rabatter var konkurrensbegränsande på grund av priset.<sup>77</sup> Enligt min uppfattning är det problematiskt att bortse från relevansen av denna rättspraxis. Det leder till en omotiverad åtskillnad mellan olika typer av prissättningsmetoder. Tvärtom har trohetsrabatter, marginalpressförfaranden och underprissättning (rovprissättning) det gemensamt att de skapar en "prisbaserad utestängning".<sup>78</sup>

103. Det säger sig självt att det är oerhört viktigt att rättsliga kriterier som tillämpas på en grupp beteenden står i överensstämmelse med de som tillämpas på jämförbara förfaranden. En välgrundad och sammanhängande rättslig klassificering är inte bara bra för företag, eftersom det leder till ökad rättssäkerhet, utan är också till hjälp för konkurrensmyndigheterna när det gäller att verkställa konkurrensbestämmelserna. Det är inte fallet med skönsmässig klassificering.

104. Domstolen verkar dela denna uppfattning. Nu senast, i målet *Post Danmark II*, tillämpade domstolen den praxis som utvecklats kring prissättnings- och marginalpressmetoder som stöd för sin bedömning i fråga om ett rabattsystem som erbjöds av ett företag med en dominerande ställning.<sup>79</sup> Det är dock riktigt att domen i målet *Post Danmark II* också kan tolkas så, att den stöder uppfattningen att det, när det gäller exklusivitetsrabatter, kanske inte är nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter.<sup>80</sup> Skälet till detta skulle vara att domstolen, i nämnda mål, gjorde åtskillnad mellan de berörda rabatterna och rabatter som grundar sig på en exklusivitetsförpliktelse, innan den fann att samtliga omständigheter måste bedömas för att fastställa huruvida företaget i dominerande ställning har missbrukat denna ställning. Förvisso, om något, liknade de retroaktiva rabatter som domstolen bedömde i det målet de rabatter som i den överklagade domen ansågs utgöra trohetsskapande rabatter hemmahörande i den tredje gruppen.<sup>81</sup>

105. Såsom förklarats ovan, är en sådan åtskillnad en åtskillnad utan skillnad (om man betänker att skillnaden rör formen, snarare än effekterna). Ännu viktigare är dock att en sådan tolkning av domen skulle strida mot domstolens uppfattning i domen i målet *Post Danmark I*, där domstolen – stora avdelningen – fann att samtliga omständigheter ska beaktas när det gäller prissättningsmetoder.<sup>82</sup> Det är talande att domstolen i ett annat sammanhang i domen i målet *Post Danmark II* – och i detta fall utan att skilja mellan olika typer av rabattsystem – upprepade att "bedömningen huruvida ett rabattsystem kan medföra att konkurrensen begränsas ska göras med beaktande av samtliga relevanta omständigheter".<sup>83</sup> Säkerligen för att se till att det tillämpas ett sammanhängande betraktelsesätt när det gäller bedömningen av beteenden som omfattas av räckvidden för artikel 102 FEUF.

76 Den överklagade domen, punkt 99.

77 Den överklagade domen, punkt 93.

78 Europeiska kommissionens diskussionsunderlag "DG Competition discussion paper on the application of Article [102 FEUF] to exclusionary abuses", 2005, s. 23. Tillgängligt på: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> Se även OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, ovan anført arbete, s. 26. Även i detta dokument identifieras rabatter som en form av prissättningsmetod.

79 Domen i målet *Post Danmark II*, punkt 55 angående lika-effektiv-konkurrent-testet och där angiven rättspraxis.

80 Domen i målet *Post Danmark II*, punkterna 27–29.

81 Se domen i målet *Post Danmark II*, punkterna 23–25.

82 Domen i målet *Post Danmark I*, punkt 26.

83 Domen i målet *Post Danmark II*, punkt 68.

– *Mellanliggande slutsats*

106. Mot bakgrund av ovanstående ska trohetsrabatter inte betraktas som en enskild och unik grupp rabatter som inte kräver en bedömning av samtliga omständigheter för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet innebär missbruk av en dominerande ställning. Följaktligen är det min uppfattning att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att exklusivitetsrabatter kan klassificeras som missbruk utan att bedöma huruvida rabatterna kan begränsa konkurrensen beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.

107. Samtidigt fortsatte dock tribunalen med en alternativ bedömning av om rabatterna och utbetalningarna som erbjöds av klaganden hade konkurrensbegränsande förmåga. Det vill säga, tribunalen undersökte ”samtliga omständigheter”. Det är för den skull slutsatsen att tribunalen gjort en felaktig rättstillämpning, som jag kommit fram till i föregående punkt, inte nödvändigtvis innebär att den överklagade domen måste upphävas. Snarare är det så, att en sådan slutsats endast kan dras om tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom sin alternativa bedömning.

108. Jag ska därför övergå till att undersöka tribunalens alternativa bedömning.

***b) Tribunalens alternativa bedömning av förmågan***

109. Klaganden har i huvudsak anfört tre uppsättningar argument som ifrågasätter tribunalens alternativa bedömning. För det första har klaganden gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fastställde kommissionens slutsats att missbruk hade skett utan att beakta sannolikheten för konkurrensbegränsande effekter. För det andra var de omständigheter som tribunalen beaktade antingen irrelevanta eller bedömdes felaktigt. För det tredje lyckades tribunalen inte korrekt bedöma flera andra omständigheter som var av avgörande betydelse för att finna att missbruk förekommit.

110. Kommissionen har anfört att det inte finns någon högre ”sannolikhetströskel” som måste uppfyllas (i jämförelse med villkoret om förmåga) för att fastställa att missbruk av dominerande ställning förekommit. Det räcker med förmåga. Enligt kommissionen ger klagandens argument inte fog för att betvivla den bedömning som i den överklagade domen gjordes rörande frågan om Intels beteende hade konkurrensbegränsande förmåga.

111. Klaganden har i sina argument ifrågasatt de kriterier som tillämpades i den överklagade domen för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet kunde begränsa konkurrensen. För det första: vilken grad av sannolikhet krävs vid bedömningen av förmågan? För det andra: vilka är de relevanta omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om beteendet i fråga kan begränsa konkurrensen? Jag ska behandla dessa frågor i tur och ordning nedan.

*i) Förmåga och/eller sannolikhet*

112. Klaganden har gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att fastställa att missbruk förekommit, utan att först bedöma sannolikheten för konkurrensbegränsande skada till följd av det ifrågasatta beteendet.

113. I sin alternativa bedömning förklarade tribunalen att kommissionen kan inskränka sig till att bedöma huruvida det granskade beteendet har en konkurrensbegränsande förmåga. Vidare påpekade tribunalen att kommissionen inte ens vid en bedömning av samtliga omständigheter måste styrka en konkret utestängningseffekt.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Den överklagade domen, punkt 177. Tvärtom, annars skulle konkurrensmyndigheterna endast kunna ingripa efter att ett misstänkt missbruk har lett till konkurrensbegränsande utestängning.

114. Det är förvisso inte nödvändigt att lägga fram bevisning om konkreta effekter. Anledningen till detta är att det är tillräckligt, i förhållande till beteende som presumeras vara lagstridigt, att det ifrågasatta beteendet har konkurrensbegränsande förmåga. Ännu viktigare är dock att denna förmåga dock inte bara kan vara hypotetisk eller teoretiskt möjlig. Annars skulle det över huvud taget inte vara nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter.

115. Det är riktigt att rättspraxis innehåller vissa motstridigheter i fråga om de begrepp som har använts. I rättspraxis används begreppen förmåga och sannolikhet i vissa fall till och med synonymt.<sup>85</sup> Det är min uppfattning att dessa begrepp betecknar ett och samma obligatoriska steg i en bedömning som avser att fastställa huruvida en tillämpning av trohetsrabatter är liktydigt med missbruk av en dominerande ställning.

116. Men vilken grad av sannolikhet för konkurrensbegränsande utestängning krävs? Den frågan utgör kärnan i tvisten mellan klaganden och kommissionen när det gäller frågan huruvida tribunalen bedömde förmågan nöjaktigt. Emedan kommissionen anser att tribunalens bedömning var tillräcklig, har Intel gjort gällande att tribunalen underlät att pröva huruvida klagandens beteende kunde, under de omständigheter som var aktuella i målet, ha konkurrensbegränsande förmåga.

117. Bedömningen av förmågan är avsedd att fastställa att det ifrågasatta beteendet, med all sannolikhet, har en konkurrensbegränsande utestängningseffekt. Av denna anledning måste sannolikheten vara mycket mer än bara en möjlighet att ett visst beteende kan vara konkurrensbegränsande.<sup>86</sup> Motsatsvis räcker det inte att det är mer sannolikt att en utestängningseffekt förekommer än att en sådan effekt inte förekommer.<sup>87</sup>

118. Även om det är riktigt att domstolen i sin praxis konsekvent har betonat de särskilda skyldigheter som ett företag med dominerande ställning har, kan detta inte tolkas så, att det innebär att tröskeln för att tillämpa missbruksförbudet i artikel 102 FEUF kan sättas så lågt att den i stort sett blir obefintlig. Detta skulle vara fallet om graden av sannolikhet som krävs för att fastställa att ett ifrågasatt beteende är liktydigt med missbruk av en dominerande ställning inte var mer än en teoretisk möjlighet att en utestängningseffekt skulle kunna uppkomma, vilket kommissionen verkar ha antytt. Om en sådan låg grad av sannolikhet godtogs, skulle det vara nödvändigt att godta att unionens konkurrensbestämmelser ingriper mot form, snarare än mot konkurrensbegränsande effekter.

119. Det är uppenbart att detta väsentligt skulle inskränka möjligheterna att uppnå de mål som eftersträvas med unionens konkurrenslagstiftning. En presumtion om att missbruk föreligger på grundval av att en utestängningseffekt, på det hela taget, är mer sannolik än avsaknaden av en sådan effekt, skulle riskera att träffa inte bara enskilda fall av förfaranden, utan även ett icke obetydligt antal förfaranden som i själva verket kan vara konkurrensfrämjande. Priset för en felaktig tillämpning i samband med en sådan inställning skulle vara oacceptabelt högt, då alltför många fall skulle komma att omfattas.

120. För att undvika en sådan situation, måste bedömningen av förmåga med avseende på beteende som presumeras vara lagstridigt, förstås så att den är avsedd att konstatera att beteendet i fråga, med hänsyn till samtliga omständigheter, inte bara har tveksamma effekter på marknaden eller underordnade konkurrensbegränsande effekter som krävs för att utföra något som är konkurrensfrämjande, utan att de konkurrensbegränsande effekterna har fastställts konkret. Om detta inte är fallet, måste en heltäckande bedömning genomföras.

85 Se domen i målet *Post Danmark II*, punkterna 68 och 69 och där angiven rättspraxis. Se även domen i målet *Tomra*, punkt 68. I sistnämnda dom anmärkte domstolen att det, för att styrka missbruk av en dominerande ställning, räcker att visa att missbruket av företaget i dominerande ställning *tenderar att* inskränka konkurrensen eller att beteendet *kan* ha sådana effekter.

86 Se, nyligen, domen i målet *Post Danmark II*, punkt 69, och domen i målet *Post Danmark I*, punkt 44.

87 Se dock generaladvokat Kokotts förslag till avgörande, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:343, punkt 82.

121. Följaktligen är den fråga om uppkommer här huruvida den bedömning av förmågan som tribunalen genomförde är tillräckligt övertygande för att på grundval av denna bedömning kunna fastställa att klaganden hade missbrukat sin dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF. Framför allt måste det prövas, såsom krävs enligt rättspraxis, huruvida det genom bedömningen kan fastställas att rabatterna fråntar eller inskränker köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att de hindrar konkurrenternas tillträde till marknaden, eller att de stärker den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen.<sup>88</sup>

*ii) De omständigheter som tribunalen beaktade till stöd för att finna att missbruk ägt rum*

122. I den överklagade domen stödde tribunalen sin uppfattning att rabatterna och utbetalningarna som klaganden erbjöd hade konkurrensbegränsande förmåga på följande omständigheter: i) Klaganden var en oundviklig handelspartner för de berörda kunderna, ii) OEM-företagens små operationella marginaler gjorde rabatterna attraktiva och stärkte incitamenten för dessa att uppfylla exklusivitetsvillkoret, iii) klagandens rabatter beaktades av dess kunder vid beslut att göra alla eller nästan alla inköp hos företaget i fråga, iv) klagandens två olika typer av metoder kompletterade och förstärkte varandra, v) klaganden riktade sig mot företag som hade särskild strategisk betydelse för inträdet på marknaden, och slutligen, vi) klagandens rabatter ingick i en långsiktig helhetsstrategi som syftade till att stoppa AMD:s tillgång till de viktigaste försäljningskanalerna.<sup>89</sup>

123. Intel har gjort gällande att dessa omständigheter inte utgör tillräckligt stöd för att styrka att Intels rabatter och utbetalningar kunde leda till en konkurrensbegränsande utestängningseffekt. Närmare bestämt menar klaganden att de omständigheter som tribunalen stödde sig på kan reduceras till två aspekter, nämligen att OEM-företagen tog hänsyn till Intels rabatter eftersom rabatterna var attraktiva, och att Intel använde sig av två kompletterande överträdelser för att utestänga AMD från viktiga kunder.

124. För det första har klaganden således bestritt relevansen av att rabatterna och utbetalningarna faktiskt beaktades vid de kommersiella beslut som fattades av de som drog nytta av dem.<sup>90</sup>

125. Jag instämmer med klaganden.

126. Ett attraktivt erbjudande, som innebär ett ekonomiskt incitament att stanna hos den leverantör som gör erbjudandet, kan vara en omständighet som pekar på en trohetsskapande effekt hos en individuell kund. Det ger dock inte stöd för att fastställa att rabatterna har en sannolik konkurrensbegränsande utestängningseffekt. Tvärtom, såsom klaganden mycket riktigt har påpekat, ligger det i konkurrensens kärna att kunder tar hänsyn till lägre priser när de fattar inköpsbeslut. Med andra ord innebär omständigheten att ett lägre pris faktiskt beaktas att en utestängningseffekt är möjlig, men å andra sidan, hindrar den inte heller motsatsen. Således är denna omständighet helt enkelt inte tillräckligt övertygande för att kunna fastställa att det ifrågasatta beteendet med tillräckligt hög sannolikhet har en konkurrensbegränsande förmåga.

127. För det andra har klaganden gjort gällande att förekomsten av en heltäckande strategi bestående av två typer av överträdelser (såväl rabatter och utbetalningar som icke dolda begränsningar), vilka ansågs komplettera och stärka varandra, inte kan styrka förmåga.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Se domen i målet Michelin I, punkt 73. Se även domen i målet Post Danmark II, punkt 29 och där angiven rättspraxis.

<sup>89</sup> Den överklagade domen, punkterna 178–184.

<sup>90</sup> Den överklagade domen, punkt 180.

<sup>91</sup> Den överklagade domen, punkt 181.

128. Även om en utestängningsstrategi uppenbart skulle antyda att det fanns en subjektiv avsikt att utestänga konkurrenter, kan viljan i sig att göra detta inte likställas med konkurrensbegränsande förmåga. Ett mer grundläggande problem kan dock skönjas i tribunalens motivering. Faktum är att en närmare granskning av den överklagade domen visar att tribunalen har spämt vagnen framför hästen. För att fastställa att det ifrågasatta beteendet hade konkurrensbegränsande förmåga har tribunalen stött sig på förekomsten av en heltäckande strategi baserad på två kompletterande överträdelser. Därmed utgick tribunalen i sin motivering från antagandet att den granskade strategin utgjorde missbruk, istället för att bedöma samtliga omständigheter för att fastställa huruvida en överträdelse hade styrkts.

129. Efter att ha tagit upp dessa två specifika anmärkningar, ska jag nu övergå till att undersöka de mer generella anmärkningarna som klaganden har framfört rörande tribunalens bedömning av förmågan. Klaganden har gjort gällande att de omständigheter som ansågs relevanta inte räcker för att fastställa att det ifrågasatta beteendet kunde leda till konkurrensbegränsande utestängning. I synnerhet underlät tribunalen att tillmäta andra omständigheter betydelse som är av avgörande vikt vid en sådan bedömning.

130. Det ska erinras om att bedömningen av samtliga omständigheter syftar till att fastställa att det ifrågasatta beteendet, med all sannolikhet, leder till konkurrensbegränsande utestängning. Med detta i åtanke uppkommer följande fråga. Var den slutsats som tribunalen kom fram till i den överklagade domen – nämligen att Intel var en oundviklig handelspartner och att de ifrågasatta rabatterna och utbetalningarna riktade sig mot företag som hade särskild strategisk betydelse för inträdet på marknaden – tillräcklig enligt lag för att styrka Intels ansvar? Svaret på denna fråga är beroende av huruvida de omständigheter som Intel ansåg var helt centrala, och som tribunalen ansåg saknade relevans, medför att de presumerade konkurrensbegränsande effekterna av Intels beteende kan betvivlas.

131. Jag ska behandla den frågan härnäst.

*iii) Andra omständigheter*

132. Klaganden har gjort gällande att tribunalen gjorde en felbedömning av omständigheterna i målet då den inte beaktade följande omständigheter: i) de ifrågasatta rabatternas och utbetalningarnas otillräckliga marknadstäckning, ii) de ifrågasatta rabatternas korta varaktighet, iii) konkurrentens prestationer på marknaden och sjunkande priser, samt iv) det lika-effektiv-konkurrent-test som kommissionen genomförde.

133. Kommissionen, å sin sida, anser att tribunalen i den överklagade domen har visat att de rabatter och utbetalningar som Intel erbjöd hade förmåga att leda till konkurrensbegränsande utestängning. De obestridda omständigheterna räcker för att fastställa slutsatsen att Intels rabatter och utbetalningar hade konkurrensbegränsande förmåga.

134. Jag instämmer inte med kommissionen.

135. Såsom redan har förklarats innebär bedömningen av samtliga omständigheter enligt artikel 102 FEUF, i viss likhet med vad som är fallet vid tillämpningsgenvägen rörande begränsningar "genom syfte" enligt artikel 101 FEUF, att sammanhanget för det ifrågasatta beteendet undersöks för att konstatera huruvida det kan anses ha konkurrensbegränsande effekter. Om några av de omständigheter som därvid undersöks innebär att det finns skäl att betvivla att beteendet är konkurrensbegränsande, måste en mycket mer ingående bedömning av effekterna genomföras.



136. Som jag ska förklara i punkterna nedan, borde bedömningen av samtliga omständigheter ha föranlett tribunalen att finna att det, för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet innebar missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF, var nödvändigt att göra en bedömning av de konkreta eller potentiella verkningarna av beteendet i fråga.

– *Marknadstäckning*

137. Klaganden har gjort gällande att en bedömning av den sannolika verkan på konkurrensen måste ta hänsyn till de berörda rabatternas marknadstäckning. Enligt klaganden är det osannolikt att trohetsrabatter skulle inskränka konkurrensen om de har låg marknadstäckning, eftersom konkurrenterna kan komma åt stora delar av marknaden utan att de behöver matcha rabatterna. Klaganden har också påpekat att vad klaganden anbelangar var den låsta andelen av marknaden, vid en jämförelse, betydligt mindre än vad som var fallet i mål som Tomra och Van den Bergh Foods.<sup>92</sup> Exempelvis var den låsta andelen av marknaden i domen i målet Tomra (i genomsnitt) 39 procent.<sup>93</sup> Kommissionen har å sin sida gjort gällande att frågan om marknadstäckning saknar relevans för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet har konkurrensbegränsande utestängningsförmåga.

138. Inom ramen för tribunalens alternativa bedömning av förmågan, fann den att de rabatter och utbetalningar som klaganden erbjöd hade en marknadstäckning på cirka 14 procent i genomsnitt under hela den tid som överträdelsen pågick (om beräkningen inte endast begränsas till den omtvistade delen av efterfrågan).<sup>94</sup> Tribunalen betraktade denna andel som betydande.<sup>95</sup> Enligt den överklagade domen kan Intels rabatter och utbetalningar särskiljas från de bakomliggande omständigheterna i domen i målet Van den Bergh Foods, eftersom det granskade rabattsystemet i det målet hade en annan *form* än det system som är aktuellt i förevarande mål.<sup>96</sup>

139. Själv är jag inte övertygad om att den rättspraxis som klaganden har åberopat saknar relevans, såsom har angetts av tribunalen. Det är visserligen riktigt att exklusivitsmekanismen i domen i målet Van den Bergh Foods hade formen av en frysdisk som tillhandahölls kostnadsfritt. Men det är ett särdrag som inte innebär någon olikhet. Frysdysken tillhandahölls på villkor att den endast fick användas för att lagra det dominerande företags glass. Till följd av detta omfattades 40 procent av alla glassbutiker av produktexklusivitet.<sup>97</sup>

140. Såsom förklarats tidigare har fokus för unionens konkurrensbestämmelser konsekvent varit verkan och inte form. Mot denna bakgrund är storleken på den låsta andelen av marknaden lika relevant oavsett formen på rabattsystemet. Det är därför det är allmänt vedertaget att sannolikheten för negativa effekter på konkurrensen ökar i linje med storleken på den låsta marknadsandelen.<sup>98</sup>

141. Trots detta är det inte någon matematisk övning att avgöra vid vilken nivå marknadstäckningen kan ha konkurrensbegränsande effekter. Det är därför inte förvånande att domstolen har avvisat tanken att det är nödvändigt att fastställa ett exakt tröskelvärde för utestängning från marknaden över vilket de berörda förfarandena kan anses utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Detta fastställde domstolen i domen i målet Tomra.<sup>99</sup>

92 Se dom av den 23 oktober 2003, Van den Bergh Foods/kommissionen, T-65/98, EU:T:2003:281 (nedan kallad domen i målet Van den Bergh Foods).

93 Domen i målet Tomra, punkt 34.

94 Dessutom har tribunalen anmärkt, med avseende på Dells marknadsandel, att rabatterna som erbjöds Dell hade låst mellan 14,58 och 16,34 procent av marknaden, vilket ansågs lika betydande: se den överklagade domen, punkterna 190 och 191.

95 Den överklagade domen, punkt 194.

96 Den överklagade domen, punkterna 121 and 122.

97 Domen i målet Van den Bergh Foods, punkt 98.

98 Kommissionens diskussionsunderlag avseende artikel [102 FEUF], ovan anført arbete, s. 18, 19 och 41.

99 Domen i målet Tomra, punkt 46.

142. Visst är det riktigt att tröskelvärden kan vara problematiska på grund av olika marknadens särskilda egenskaper och omständigheterna i varje enskilt fall. När det exempelvis gäller trohetsrabatter som riktar sig till kunder som är särskilt viktiga för att konkurrenter ska kunna träda in på marknaden eller utöka sin marknadsandel, *kan* även en mindre marknadstäckning helt klart resultera i konkurrensbegränsande utestängning. Huruvida detta är fallet beror på ett antal omständigheter som är utmärkande för just den marknaden.

143. Med hänsyn till detta kan en marknadstäckning på 14 procent både ha eller inte ha konkurrensbegränsande utestängningseffekter. Vad som emellertid är säkert är att sådan marknadstäckning inte kan utesluta att rabatterna i fråga *inte* har en konkurrensbegränsande utestängningseffekt. Det är fallet även om det antas att rabatterna och utbetalningarna i fråga riktar sig mot viktiga kunder.<sup>100</sup> 14 procent är helt enkelt inte tillräckligt övertygande.

144. Denna brist avhjälpas inte genom att den överklagade domen stödde sig på den styrkta omständigheten att klaganden var en oundviklig handelspartner på CPU-marknaden. Det ska erinras om att tribunalen anmärkte att omständigheten att ett företag utgör en oundviklig handelspartner, i allra minsta fall, antyder att en exklusivitetsrabatt eller utbetalning som ett sådant företag erbjuder kan begränsa konkurrensen.<sup>101</sup>

145. Denna slutsats är endast riktig om det godtas att graden av sannolikhet som krävs inte uppgår till mer än endast en möjlighet att ett visst beteende har konkurrensbegränsande effekter. Såsom förklarats tidigare är dock syftet med en bedömning av samtliga omständigheter att söka fastställa att det ifrågasatta beteendet, med all sannolikhet, har en konkurrensbegränsande effekt.

146. På grundval av detta är det min uppfattning att den bedömning av marknadstäckningen som genomfördes i den överklagade domen inte är tillräckligt övertygande. Framför allt visade den inte att den andel av marknaden som påverkades av rabatterna och utbetalningarna var tillräcklig för att medföra konkurrensbegränsande utestängning.

#### – *Varaktighet*

147. Klaganden anser att rabattsystemets varaktighet är kritisk vid en bedömning av förmågan att begränsa konkurrensen. Klaganden har särskilt ifrågasatt bedömningen av varaktigheten i den överklagade domen, som grundade sig på en kumulering av flera kortsiktiga avtal.

148. Kommissionen har istället gjort gällande att det är fel av Intel att anse att de möjliga utestängningseffekter som trohetsrabatter kan medföra bara kan grunda sig på en avtalsförpliktelse. Tvärtom medför det dominerande företagets styrka på marknaden att sådana avtalsförpliktelser blir onödiga. Varaktigheten saknar således relevans.

149. Närmare bestämt fann tribunalen att det relevanta kriteriet inte är längden på ett avtals uppsägningstid eller den fastställda löptiden för ett individuellt avtal som ingår i en rad på varandra följande avtal. Enligt tribunalens uppfattning var det relevanta kriteriet istället den totala period under vilken klaganden tillämpade exklusivitetsrabatterna och exklusivitetsutbetalningarna gentemot sina kunder.<sup>102</sup> Den perioden uppgick till ungefär fem år vad beträffar MSH, till ungefär tre år vad beträffar Dell och NEC, till mer än två år vad beträffar HP och till ungefär ett år vad beträffar Lenovo.

<sup>100</sup> Tribunalen anmärkte att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den slöt sig till att rabatterna och utbetalningarna, då de avsåg företag som strategiskt sett var särskilt viktiga för marknadsinträde, riktade sig mot viktiga OEM-företag och en större detaljhandlare. Den överklagade domen, punkterna 182 and 183. Se även punkterna 1507–1511 i fråga om MSH.

<sup>101</sup> Den överklagade domen, punkt 178.

<sup>102</sup> Den överklagade domen, punkterna 112, 113 och 195.

Tribunalen menade att exklusivitetsrabatter och exklusivitetsutbetalningar som tillämpas under perioder av sådan längd *är i allmänhet ägnade* att begränsa konkurrensen. Detta gällde i än högre grad på en sådan marknad som marknaden för centralprocessorer, vilken kännetecknas av en stark dynamik och korta livscyklar för produkterna.<sup>103</sup>

150. Inledningsvis ska anmärkas att det faktum att ett förfarande har kort varaktighet inte utesluter att det kan ha konkurrensbegränsande verkan. På liknande sätt saknar det betydelse huruvida den totala varaktigheten teoretiskt sett är kort eller lång.

151. När exklusiviteten, som i förevarande mål, i slutändan är beroende av kundens *valmöjlighet* att göra de flesta av sina inköp från företaget med dominerande ställning, kan det inte bara – i efterhand – förutsättas att en kumulering av kortsiktiga avtal visar att rabatterna kan begränsa konkurrensen.

152. Det finns åtminstone två orsaker till detta.

153. För det första, till skillnad från en situation med exklusiv handel, leder det inte till någon sanktion att byta leverantör. Detta är fallet, så länge en konkurrent åtminstone teoretiskt sett kan matcha den förlorade rabatten. Om konkurrenten dock inte kan sälja produkterna i fråga utan förlust, är kunden *de facto* låst till företaget med dominerande ställning. Utifrån detta perspektiv kan det inte heller sägas att nivån på rabatten helt saknar relevans.

154. Närmare bestämt är det nödvändigt, i samband med en bedömning i efterhand av varaktigheten, såsom i förevarande mål, att fastställa huruvida en annan leverantör skulle kunna ha kompenserat för förlusten av rabatterna. Annars skulle kundens valmöjlighet att stanna hos det dominerande företaget automatiskt anses indikera ett missbruk, trots att kunderna utan begränsningar kan säga upp sina avtal med det dominerande företaget.

155. Det säger sig självt att det inte bara kan förutsättas, baserat på kundens val att fortsätta att göra sina inköp hos det dominerande företaget, att valet utgör ett uttryck för ett lagstridigt beteende. Detta är fallet, eftersom det kan finnas andra möjliga förklaringar till detta val. Dessa omfattar, exempelvis, tveksamhet i fråga om kvalitet, leveranssäkerhet och slutanvändarnas önskemål.

156. För det andra kan omständigheten att arrangemanget har lång sammanlagd varaktighet absolut vara ett tecken på att rabattmekanismen har en trohetsskapande verkan på den enskilda kunden. Det faktum att en kund har beslutat att stanna kvar hos det dominerande företaget räcker dock inte för att styrka att de erbjudna rabatterna kan begränsa konkurrensen, utan ytterligare övertygande bevisning i detta avseende. Tvärtom är det viktigt att erinra sig att när en kund har möjlighet välja att regelbundet byta leverantör, även om denna möjlighet inte har utnyttjats, stärker trohetsrabatter också rivalitet. Följaktligen kan de även ha en positiv verkan på konkurrensen.

157. Jag anser därför att bedömningen av varaktigheten i den överklagade domen – som var begränsad till den totala varaktigheten för de arrangemang som prövades – inte är tillräckligt övertygande. Den bidrar helt enkelt inte till att fastställa att beteendet med all sannolikhet har konkurrensbegränsande effekter.

– *Konkurrentens marknadsprestation och sjunkande priser*

158. Klaganden har bestritt tribunalens bedömning att AMD:s marknadsprestation och bevisning om brist på utestängning (sjunkande priser på x86-processorer) saknade relevans inom ramen för en bedömning av förmåga.

<sup>103</sup> Den överklagade domen, punkt 195.

159. Enligt tribunalen kunde konkurrentens kommersiella framgångar och sjunkande priser inte utesluta att klagandens metoder hade saknat verkan. Enligt tribunalen kunde det anses att ökningen av konkurrentens marknadsandelar och investeringar i forskning och utveckling, liksom sänkningen av priset på x86-processorer, skulle kunna ha varit mer betydande om dessa metoder inte hade tillämpats.<sup>104</sup>

160. Enligt min uppfattning var det riktigt av tribunalen att finna att AMD:s marknadsprestation och sänkningen av priset på x86-processorer inte var avgörande för bedömningen av huruvida det ifrågasatta beteendet hade en konkurrensbegränsande förmåga. Men samma slutsats skulle göra sig gällande även om konkurrentens prestationer var dåliga. Såsom jag ser det, kan sådana faktiska omständigheter endast ha betydelse som en del av en ingående bedömning av de faktiska eller potentiella effekterna på konkurrensen. De skulle inte vara till hjälp för att fastställa huruvida ett rabattsystem som presumeras vara lagstridigt kan begränsa konkurrensen.

– *Lika-effektiv-konkurrent-testet*

161. Klaganden har gjort gällande att när, såsom i förevarande mål, kommissionen har genomfört en omfattande bedömning av de ekonomiska omständigheterna i samband med ett beteende som påstås innebära missbruk, utgör det en felaktig rättstillämpning att bortse från denna bedömning, bara för att den inte hjälper till att fastställa en överträdelse.

162. Kommissionen har anfört att lika-effektiv-konkurrent-testet saknar betydelse för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet kan begränsa konkurrensen. Enligt kommissionen stöder domstolens praxis inte klagandens påstående att lika-effektiv-konkurrent-testet ska ingå i en bedömning av samtliga omständigheter.

163. I den överklagade domen fann tribunalen att lika-effektiv-konkurrent-testet saknade betydelse, inom ramen för en bedömning av samtliga omständigheter, för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet kan begränsa konkurrensen. Följaktligen prövade tribunalen inte det test som kommissionen hade genomfört i det omtvistade beslutet. För det första konstaterade tribunalen att lika-effektiv-konkurrent-testet saknade relevans då kommissionen, med hänsyn till exklusivetsrabatternas form, inte behövde styrka att de hade utestängningsförmåga i det enskilda fallet. I den överklagade domen avvisades lika-effektiv-konkurrens-testet i huvudsak på grund av att det endast tjänar till att fastställa att det ifrågasatta beteendet inte omöjliggör ett inträde på marknaden. Enligt den överklagade domen, kan exklusivetsrabatter försvåra inträdet på marknaden för det dominerande företagens konkurrenter, även om inträdet strängt talat inte är ekonomiskt omöjligt, utan endast svårare.<sup>105</sup> För det andra anmärkte tribunalen att ett lika-effektiv-konkurrent-test inte ens är nödvändigt för rabatter som ingår i den tredje gruppen. För det tredje anmärkte tribunalen att domstolen endast funnit nämnda test relevant i mål om prissättning och marginalpress, som till sin natur skiljer sig från mål rörande exklusivetsrabatter.<sup>106</sup>

164. Som jag har visat ovan (punkterna 122–160) är det först nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter för att fastställa huruvida beteendet i fråga kan utestänga konkurrenter även när det gäller exklusivetsrabatter. Med andra ord måste utestängningsförmågan styrkas i varje enskilt fall. Förvisso kan lika-effektiv-konkurrent-testet anses sakna relevans om det godtas att en rent teoretisk eller hypotetisk möjlighet att det ifrågasatta beteendet har konkurrensbegränsande utestängningseffekter räcker för att styrka missbruk. Faktum är att alla rabatter som dominerande företag erbjuder rent teoretiskt kan ha konkurrensbegränsande effekter under vissa omständigheter.

104 Den överklagade domen, punkt 186.

105 Den överklagade domen, punkterna 93 and 150.

106 Den överklagade domen, punkterna 143, 144 and 152.

165. Mot bakgrund av att det krävs en utestängningseffekt, kan man emellertid inte bortse från lika-effektiv-konkurrent-testet. Såsom tribunalen anmärkte är testets syfte att identifiera beteenden som gör det ekonomiskt omöjligt för en lika-effektiv-konkurrent att skaffa sig kontroll över den del av en kunds efterfrågan som är öppen för konkurrens. Med andra ord kan det hjälpa att identifiera beteenden som med all sannolikhet har konkurrensbegränsande effekter. Detta innebär, *e contrario*, att sannolikheten för en konkurrensbegränsande effekt minskar väsentligt, när testet visar att en lika effektiv konkurrent kan täcka sina kostnader. Det är därför lika-effektiv-konkurrent-testet är särskilt användbart när det gäller att identifiera beteenden som har en konkurrensbegränsande utestängningseffekt.

166. Med avseende på den andra och den tredje frågan förklarade jag ovan (punkterna 101–105) varför domstolens praxis rörande prissättning och marginalpress inte ska ignoreras. I alla händelser försvann all eventuell kvarvarande osäkerhet i detta avseende när domen i målet Post Danmark II meddelades. Sistnämnda mål visar att det inom ramen för rabattmål inte är möjligt att bara bortse från rättspraxis rörande andra typer av prisbaserad utestängning. Såsom domstolen fastställde, bland annat med hänvisning till nämnda rättspraxis, kan lika-effektiv-konkurrent-testet vara användbart även vid bedömning av ett rabattsystem.<sup>107</sup>

167. Det är dock värt att anmärka att domstolen i målet Post Danmark II var noga med att begränsa sitt uttalande rörande lika-effektiv-konkurrent-testet. Domstolen angav särskilt att även om lika-effektiv-konkurrent-testet kan vara till hjälp i vissa situationer finns det ingen rättslig skyldighet att använda det testet.<sup>108</sup> Detta ligger i linje med domstolens uttalande med motsvarande innehåll i domen i målet Tomra. I det målet fann domstolen att kommissionen inte hade någon skyldighet att styrka att trohetsrabatter tvingar det dominerande företags konkurrenter till underprissättning för att de ska kunna konkurrera om den del av marknaden som är öppen för konkurrens. Tvärtom fann domstolen att kommissionen kunde fastställa att rabatterna i fråga hade konkurrensbegränsande förmåga baserade på kvalitativa faktorer som antydde att de hade konkurrensbegränsande egenskaper.<sup>109</sup>

168. I detta avseende skulle det sannerligen förefalla lockande att dra slutsatsen att det i förevarande mål inte skulle krävas ett lika-effektiv-konkurrent-test. Med sådan logik, vilken kommissionen har argumenterat för, skulle tribunalen inte anses ha gjort någon felaktig rättstillämpning vid bedömningen av förmågan, genom att finna att lika-effektiv-konkurrent-testet saknade relevans.

169. En sådan ståndpunkt förbiser dock två frågor. Till skillnad från domen i målet Tomra genomförde kommissionen faktiskt ett omfattande lika-effektiv-konkurrent test i det omtvistade beslutet. Ännu viktigare är att de övriga omständigheter som tribunalen bedömde inte entydigt stöder en sannolik effekt på konkurrensen. Under dessa omständigheter är det för mig uppenbart att lika-effektiv-konkurrent-testet inte bara kan ignoreras som en omständighet som saknar relevans.

170. Tribunalen gjorde därför en felaktig rättstillämpning genom att inte finna att det lika-effektiv-konkurrent-test som kommissionen hade genomfört i det omtvistade beslutet utgjorde en del av bedömningen av samtliga omständigheter.

<sup>107</sup> Se domen i målet Post Danmark II, punkterna 55–58.

<sup>108</sup> Se domen i målet Post Danmark II, punkt 57 och där angiven rättspraxis.

<sup>109</sup> Se domen i målet Tomra, punkterna 73–80.

171. För att sammanfatta min bedömning av tribunalens alternativa bedömning av förmågan, vill jag anmärka följande:

172. De omständigheter som beaktades i den bedömningen kan inte styrka en sannolik effekt på konkurrensen. På sin höjd visar bedömningen att det är teoretiskt möjligt att det ifrågasatta beteendet hade en konkurrensbegränsande utestängningseffekt, men någon sådan effekt har inte fastställts. Rent principiellt måste en bedömning av samtliga omständigheter åtminstone ta hänsyn till det ifrågasatta beteendets marknadstäckning och varaktighet. Dessutom kan det vara nödvändigt att överväga andra omständigheter som kan variera från fall till fall. I förevarande mål kan lika-effektiv-konkurrent-testet, just på den grunden att det utfördes av kommissionen i det omtvistade beslutet, inte ignoreras vid bedömningen av huruvida det ifrågasatta beteendet kan ha konkurrensbegränsande utestängningseffekter. Som helhet ska bedömningen av de relevanta omständigheterna göra det möjligt att fastställa, med vederbörlig sannolikhet, att företaget i fråga har missbrukat sin dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF. Om detta inte kan fastställas, exempelvis på grund av låg marknadstäckning, kort varighet för det ifrågasatta arrangemanget eller ett positivt lika-effektiv-konkurrens-test, krävs en mer ingående ekonomisk bedömning av de faktiska eller möjliga effekterna på konkurrensen för att styrka att missbruk skett.

### *c) Slutsats*

173. Jag har dragit slutsatsen att tribunalen har gjort en felaktig rättstillämpning genom att finna att exklusivitetsrabatter utgör en separat och unik grupp rabatter som inte kräver att samtliga omständigheter bedöms för att fastställa missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF. Vidare gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning i sin alternativa bedömning av förmågan, genom att inte fastställa, baserat på samtliga omständigheter, att de rabatter och utbetalningar som klaganden erbjöd hade en sannolik, konkurrensbegränsande utestängningseffekt.

174. Av detta följer att överklagandet bör bifallas i den del som avser den första grunden.

## **C – Den andra grunden för överklagandet: Marknadstäckning vid bedömningen av huruvida ett företag har missbrukat sin dominerande ställning**

### *1. Parternas huvudsakliga argument*

175. I den andra grunden för överklagandet har klaganden gjort gällande att oavsett vilken slutsats som har dragits avseende den första grunden, innebar marknadstäckningen för Intels beteende i alla händelser inte att företaget kunde begränsa konkurrensen under åren 2006 och 2007. Under denna period rörde överträdelsen endast MSH och Lenovo. Enligt klaganden gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning när den fann att bedömningen att en överträdelse hade ägt rum under åren 2006 och 2007 kunde grunda sig på den genomsnittliga marknadstäckningen under hela perioden från 2002 till 2007 (snarare än på beteendets marknadstäckning under de berörda två åren), eftersom kommissionen i det omtvistade beslutet hade funnit att en enda, fortlöpande överträdelse hade ägt rum mellan åren 2002 och 2007.<sup>110</sup>

176. Kommissionen har gjort gällande att den andra grunden för överklagandet endast är ett tillägg till den första grunden och utslutande bygger på samma förutsättningar som denna. Enligt kommissionen saknar marknadstäckningen relevans vid bedömningen av huruvida Intels rabatter hade konkurrensbegränsande förmåga, eftersom marknadstäckningen för Intels rabatter endast avser den utsträckning i vilken dessa förfaranden faktiskt begränsade konkurrensen. Betydelsen av Intels

<sup>110</sup> Den överklagade domen, punkterna 192 och 193.

förfaranden kan inte bara fastställas med hänsyn till marknadstäckningen på grund av den strategiska vikt de OEM-företag hade som man hade riktat in sig på under åren 2006 och 2007. I detta sammanhang har kommissionen gjort gällande att marknadstäckningen under dessa två år ska betraktas mot bakgrund av att det förelåg en enda, fortlöpande överträdelse rörande en helhetsstrategi som syftade till att utestänga AMD från världsmarknaden för centralprocessorer.

## 2. *Bedömning*

177. Ovan drog jag slutsatsen att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning vid sin alternativa bedömning av förmågan i enlighet med samtliga omständigheter. I synnerhet gjorde tribunalen en felbedömning av marknadstäckningen, genom att inte godta att en låst marknadsandel på 14 procent inte kan styrka att det ifrågasatta beteendet kan begränsa konkurrensen. Detta utgör i sig en tillräcklig grund för att bifalla överklagandet såvitt avser den andra grunden.

178. Icke desto mindre anser jag att denna grund i sig förtjänar en kort diskussion. Detta är fallet, eftersom tribunalens bedömning att det förekommit en enda, fortlöpande överträdelse utgör grunden för att finna att det skett en överträdelse under åren 2006 och 2007. Faktum är att tribunalen – inom ramen för en enda, fortlöpande överträdelse baserad på en sammanhängande strategi om utestängning – ansåg att det, för att fastställa att beteendet hade en konkurrensbegränsande utestängningsförmåga, räckte med att göra en allmän bedömning av den genomsnittliga delen av den låsta marknaden.<sup>111</sup>

179. Således är kruxet med förevarande grund att avgöra vilken roll begreppet en enda, fortlöpande överträdelse har vid bedömningen av huruvida ett enskilt företags beteende kan begränsa konkurrensen. Närmare bestämt måste det fastställas huruvida en tillämpning av detta begrepp kan avhjälpa det faktum att marknadstäckningen i sig är för liten för att kunna styrka att det ifrågasatta beteendet kunde begränsa konkurrensen under en särskild period.

180. I domstolens rättspraxis har begreppet en enda, fortlöpande överträdelse framför allt tillämpats i mål rörande artikel 101 FEUF för att kunna tillämpa bestämmelserna på olika konkurrensbegränsande beteenden inom ramen för en enda och fortlöpande överträdelse. I detta avseende är det underliggande motivet att möjliggöra en effektiv tillämpning av konkurrenslagstiftningen i mål där överträdelserna består i en samling konkurrensbegränsande beteenden som kan ha olika former och även utvecklas över tid.<sup>112</sup>

181. Med andra ord är syftet att undvika den olyckliga situation där olika avtal och samordnade förfaranden enligt artikel 101 FEUF, som i själva verket ingår i en samlad plan i syfte att begränsa konkurrensen, behandlas var för sig. Av detta skäl mildrar begreppet en enda och fortlöpande överträdelse den bevisbörda som i allmänhet åvilar tillämpningsmyndigheterna när det gäller att bevisa att de granskade konkurrensbegränsande metoderna är av fortlöpande natur. I synnerhet när komplexa avtal och metoder har genomförts under en längre tid, är det inte ovanligt att avtalen och/eller metoderna har ändrats under den relevanta tidsperioden, med avseende på omfattning, form och parter. Utan begreppet en enda, fortlöpande överträdelse skulle kommissionen behöva uppfylla en strängare bevisbörda. Den skulle först behöva identifiera och styrka förekomsten av flera separata konkurrensbegränsande avtal och/eller samordnade förfaranden och sedan behöva identifiera parterna i vart och ett av dem separat. Om de ifrågasatta förfarandena skulle behandlas separat skulle det också i vissa fall innebära att äldre avtal och/eller samordnade förfaranden skulle vara preskriberade. Detta skulle göra tillämpningen av konkurrensbestämmelserna svårare.

182. Begreppet en enda, fortlöpande överträdelse utgör alltså en processuell bestämmelse.

<sup>111</sup> Den överklagade domen, punkterna 193, 1561 och 1562.

<sup>112</sup> Se, i detta avseende, dom av den 6 december 2012, kommissionen/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 41 och där angiven rättspraxis.

183. Eftersom begreppet mildrar tillämpningsmyndigheternas bevisbörda har det särskild betydelse när det kommer till utdömande av böter. Närmare bestämt innebär det att även om bevisning inte har lagts fram beträffande vissa bestämda perioder, hindrar denna omständighet inte att överträdelsen kan anses fastställd i fråga om en längre övergripande tidsperiod. Detta kräver dock att konstaterandet grundar sig på objektiva och samstämmiga indicier. Att den konkurrensbegränsande samverkan, inom ramen för en överträdelse som pågår under flera år, kommer till uttryck vid olika perioder, som kan vara mer eller mindre åtskilda i tiden, påverkar inte förekomsten av denna samverkan, förutsatt att de olika handlingar som är en del av överträdelsen har samma syfte och ingår i en enda fortlöpande överträdelse.<sup>113</sup> Därmed är den omständigheten att kommissionen har kunnat styrka en samlad plan att begränsa konkurrensen av avgörande betydelse.<sup>114</sup>

184. Däremot innebär inte begreppet en enda, fortlöpande överträdelse – och kan inte innebära – att tillämpningsområdet för fördragets förbud utvidgas.

185. I förevarande fall har begreppet en enda, fortlöpande överträdelse tillämpats i ett helt annat sammanhang.<sup>115</sup> I den överklagade domen användes begreppet för att fastställa att beteendet hos ett enskilt företag utgjorde en överträdelse, när det inte hade styrkts att beteendet i sig kunde begränsa konkurrensen på den inre marknaden.

186. Jag måste uttrycka tvivel i detta avseende.

187. I princip kan en tillämpning av begreppet en enda, fortlöpande överträdelse, såsom klaganden har anmärkt, inte göra att ett lagenligt beteende blir en överträdelse.

188. Eftersom kommissionen faktiskt hade slagit fast att det hade förekommit en enda, fortlöpande överträdelse, fann tribunalen att det räckte att göra en allmän bedömning av den genomsnittliga delen av marknaden som var låst under perioden 2002 till 2007.<sup>116</sup> Till följd av detta ansåg tribunalen att det saknade relevans att marknadstäckningen var betydligt lägre under åren 2006–2007 än den låsta andel av marknaden på i genomsnitt (14 procent).

189. Med andra ord ersatte tribunalen ett materiellt krav med ett processuellt krav. Den bortsåg från kravet på tillräcklig marknadstäckning, som den paradoxalt nog fann relevant för att fastställa att det ifrågasatta beteendet hade en konkurrensbegränsande utestängningsförmåga, och ersatte det med kravet på en enda, fortlöpande överträdelse. Det är helt enkelt inte försvarbart. Antingen godtas det att marknadstäckningen helt saknar relevans och att unionens konkurrensregler reglerar form snarare än effekter (jag har förklarat ovan varför detta inte är en hållbar lösning) eller så måste marknadstäckningen tas på allvar vid en bedömning av samtliga omständigheter.

190. Genom att handla på det sätt som beskrivits ovan, underlät tribunalen att fastställa att beteendet i fråga skulle kunna begränsa konkurrensen under hela den relevanta tidsperioden.

191. I alla händelser skulle tribunalen, om den inte hade underlåtit att fastställa detta, ha varit tvungen att dra slutsatsen att en så liten låst marknadsandel inte är tillräckligt övertygande för att styrka att det ifrågasatta beteendet kunde begränsa konkurrensen.

113 Se domen av den 6 december 2012, kommissionen/Verhuizingen Coppens, C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 72, och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6 (nedan kallad domen i målet Aalborg), punkt 260.

114 Se, exempelvis, domen i målet Aalborg, punkt 260.

115 För mer information om tillämpningen av detta begrepp inom ramen för behörighet, se nedan punkt 319 och följande punkter.

116 Den överklagade domen, punkt 193.



192. På liknande sätt som angavs ovan i punkt 143 i förhållande till en marknadsandel på 14 procent, kan det inte uteslutas att även en låst marknadsandel som var mindre än 5 procent i vissa fall kan räcka för att utestänga konkurrenter. Hur det än må vara med detta, är en sådan marknadsandel helt enkelt inte tillräckligt övertygande när det gäller bedömningen av förmågan. Såsom tidigare har förklarats kan det inte antas (baserat på beteendets form) att vissa arrangemang omfattas av förbudet i artikel 102 FEUF, utan vederbörlig hänsyn till storleken på den låsta andelen av marknaden. När den låsta marknadsandelen inte utgör övertygande bevisning om att beteendet skulle ha en sannolik effekt på konkurrensen, måste beteendets konkreta eller potentiella effekter beaktas för att fastställa att missbruk har förekommit.

193. Sammanfattningsvis kan anges att om marknadstäckningen inte är tillräckligt övertygande för att styrka en inverkan på konkurrensen under en viss tidsperiod, kan problemet inte avhjälpas genom att tillämpa begreppet en enda, fortlöpande överträdelse. Snarare är det så, såsom begreppet självt antyder, att varje handling i sig måste utgöra en överträdelse för att ett beteende med flera ingående handlingar ska utgöra en enda, fortlöpande överträdelse. Med andra ord måste beteendet utgöra en överträdelse under hela den relevanta perioden.

194. Överklagandet kan följaktligen bifallas även såvitt avser den andra grunden.

## **D – Den tredje grunden för överklagandet: Klassificering av vissa rabatter som exklusivetsrabatter**

### ***1. Parternas huvudsakliga argument***

195. Klaganden har, med stöd av ACT, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att klassificera rabattsystemet med HP och Lenovo som exklusivetsrabatter. Även om dessa rabatter omfattade 95 procent av HP:s stationära företagsdatorer och 80 procent av Lenovos bärbara datorer, utgjorde de en mindre del av dessa företags totala inköp av centralprocessorer som helhet. Intel har i huvudsak gjort gällande att eftersom det exklusivetsvillkor som var kopplat till dessa rabatter avsåg vissa *segment* av dessa OEM-företags inköp av centralprocessorer, utgjorde det en felaktig rättstillämpning att klassificera dessa rabatter som exklusivetsrabatter. Enligt klagandens uppfattning var det fel av tribunalen att finna att detta var samma sak som att kunden gjorde "alla eller nästan alla" av sina *totala* inköp från Intel. Närmare bestämt fråntar ett sådant angreppssätt i praktiken begreppet "alla eller nästan alla" all stringens: det skulle leda till en omotiverad utökning av räckvidden för begreppet exklusivetsrabatter som automatiskt skulle avvisas enligt tribunalens angreppssätt i förhållande till artikel 102 FEUF.

196. Kommissionen har gjort gällande att överklagandet av två skäl ska ogillas i denna del. För det första menar kommissionen att OEM-företagens frihet att välja inköpskälla i vissa segment inte kan neutralisera begränsningen av deras frihet att välja inköpskälla i ett segment av marknaden för centralprocessorer. För det andra har kommissionen påstått att Intel har missförstått domstolens relevanta rättspraxis, som kräver att det dominerande företags konkurrenter ska kunna konkurrera normalt när det gäller pris och prestation på hela marknaden.

### ***2. Bedömning***

197. Liksom den andra grunden, är den tredje grunden nära förknippad med den första. Materiellt sett leder den till frågan huruvida det var riktigt av tribunalen att finna att de rabatter som klaganden erbjöd HP och Lenovo kunde klassificeras som exklusivetsrabatter.<sup>117</sup>

<sup>117</sup> Den överklagade domen, punkterna 134 och 137.

198. Jag har ovan förklarat varför det inte finns någon särskild grupp med exklusivitetsrabatter. Det finns en presumtion om lagstridighet vad beträffar trohetsrabatter inklusive (men inte begränsat till) de rabatter som tribunalen har kallat exklusivitetsrabatter. Ett av de möjliga skälen till att en rabatt anses vara en trohetsrabatt är att den grundar sig på kravet att "alla eller nästan alla" kundens inköp ska göras från det dominerande företaget.<sup>118</sup> Det är dock inte formen i sig som avgör hur dessa rabatter ska bedömas. Anledningen till detta är att samtliga omständigheter måste beaktas för att kunna fastställa att det ifrågasatta beteendet uppgår till missbruk av en dominerande ställning. Om domstolen således, såsom jag har föreslagit, skulle bifalla klagandens överklagande såvitt avser den första grunden, är det inte nödvändigt att bedöma den tredje grunden.

199. Emellertid är den tredje grunden viktig om domstolen skulle ogilla överklagandet såvitt avser den första grunden och finna att exklusivitetsrabatter skiljer sig från andra typer av trohetsrabatter.

200. Om domstolen skulle komma fram till en sådan slutats, får kravet "alla eller nästan alla" avgörande betydelse vid bedömningen av rabatterna. Detta är fallet eftersom det bara är rabatter som är villkorade av att kunden gör "alla eller nästan alla" sina inköp från det dominerande företaget som skulle anses utgöra exklusivitetsrabatter.

201. Med detta i åtanke skulle jag vilja göra följande anmärkningar.

202. Med avseende på exempelvis HP, avsåg exklusivitetsvillkoret kravet att HP skulle göra 95 procent av sina inköp av x86-processorer för stationära företagsdatorer från klaganden. Det uppfyller sannerligen kravet på "alla eller nästan alla" centralprocessorer i det segmentet. Bilden blir dock otydlig på grund av omständigheten att dessa 95 procent förefaller motsvara cirka 28 procent av HP:s totala inköp av centralprocessorer.<sup>119</sup> Såsom klaganden har anfört kan detta knappast anses utgöra "alla eller nästan alla" inköp.

203. I detta avseende fann tribunalen i den överklagade domen att det saknade relevans huruvida villkoret att kunden skulle göra "alla eller nästan alla" inköp från det dominerande företaget avsåg hela marknaden eller ett särskilt marknadssegment.<sup>120</sup> Tribunalen motiverade denna slutsats med hänvisning till domen i målet Tomra. Enligt domstolens uttalande i det målet bör konkurrenter kunna konkurrera med priser och prestationer på hela marknaden och inte endast på en del av den. Detta uttalande säger emellertid inget om hur kravet "alla eller nästan alla" ska tolkas. Det rör snarare frågan huruvida ett dominerande företags utestängning av en betydande andel av marknaden trots allt kan vara motiverad om den del av marknaden som fortfarande är öppen för konkurrens räcker för att tillgodose ett begränsat antal konkurrenter.<sup>121</sup>

204. Det är inte det som är frågan här utan huruvida villkoret "alla eller nästan alla" även kan avse en särskild del av den berörda produktmarknaden.

205. I det omtvistade beslutet gjordes vid avgränsningen av den relevanta produktmarknaden ingen åtskillnad mellan centralprocessorer som användes i företagsdatorer och sådana som användes i datorer för konsumenter. Det var fallet, eftersom samma processorer, för en viss typ av dator, kan användas såväl i yrkes-/företagssegmentet som i privat-/konsumentsegmentet.<sup>122</sup> Utbytbarheten mellan segment verkar antyda att marknaden inte kan delas upp.

118 Se domen i målet Hoffmann-La Roche, punkt 89, och domen i målet Tomra, punkt 70.

119 Se den överklagade domen, särskilt punkterna 126 och 129 angående HP, och punkt 137 angående Lenovo.

120 Den överklagade domen, särskilt punkterna 132 och 133.

121 Se domen i målet Tomra, punkt 42.

122 Det omtvistade beslutet, skäl 831. Se även den överklagade domen, punkt 133.

206. På denna punkt anmärkte tribunalen i den överklagade domen att frågan huruvida de centralprocessorer som används i företagssegmentet skilde sig från de x86-processorer som används i konsumentdatorer saknade relevans i detta sammanhang. Tribunalen menade att även om dessa centralprocessorer var utbytbara skulle de berörda OEM-företagens möjlighet att välja leverantör för inköp ha varit betydligt begränsad i det relevanta segmentet.<sup>123</sup>

207. Vid första påseendet förefaller detta argument övertygande.

208. Det förbiser dock en viktig punkt, nämligen att motiveringen i den överklagade domen har sin utgångspunkt i HP:s (och Lenovos), snarare än AMD:s, betraktelsesätt. Sett ur AMD:s perspektiv saknar det helt relevans om HP:s och Lenovos valmöjlighet är betydligt begränsad i ett segment eller inte, om man betänker att HP och Lenovo är kunder hos Intel, snarare än konkurrenter.

209. Något som förvisso ska understrykas är att vi har att göra med ett utestängande beteende gentemot klagandens konkurrent AMD och inte exploatering av klagandens kunder. Det som räknas, sett från AMD:s synvinkel (och således, för att fastställa huruvida det ifrågasatta beteendet utgör utestängande missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF), är den totala andelen inköp som är låsta till följd av Intels rabatter och utbetalningar.

210. Såsom ACT har gjort gällande saknar det relevans huruvida några inköp görs för ett visst segment. Vad som är viktigt är huruvida OEM-företagen i fråga fortfarande kan köpa in betydande mängder från Intels konkurrenter. Här verkar detta vara fallet. HP och Lenovo kunde fortfarande göra betydande inköp av x86-processorer från AMD. Frågan huruvida ett företag har missbrukat sin dominerande ställning genom att utestänga en konkurrent kan inte vara beroende av vad som förefaller vara en godtycklig segmentering av marknaden.

211. Mot denna bakgrund förefaller det svårt att påstå att exklusivitetskravet på 95 procent av stationära företagsdatorer (när det gäller HP) skulle uppgå till något mer än 28 procent av HP:s sammanlagda inköp. Med samma logik skulle exklusivitet avseende Lenovos bärbara datorer inte motsvara *total* exklusivitet. Under sådana omständigheter kan villkoret "alla eller nästan alla" helt enkelt inte vara uppfyllt.

212. Med risk för att konstatera det uppenbara leder den överklagade domens betraktelsesätt till ett resultat som knappast är motiverat. Även en exklusivitetsrabatt rörande ett segment av den relevanta marknaden som omfattar en obetydlig del av kundens totala inköp (låt oss förslagsvis säga 3 procent) skulle automatiskt anses lagstridig.

213. Min slutsats är därför att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning vid klassificeringen av klagandens rabatter till HP och Lenovo.

214. Helt oberoende av huruvida domstolen delar min uppfattning avseende den första och den andra grunden för överklagandet, bör överklagandet således bifallas såvitt avser den tredje grunden.

<sup>123</sup> Den överklagade domen, punkt 133.

## **E – Den fjärde grunden för överklagandet – Rätten till försvar**

### ***1. Parternas huvudsakliga argument***

215. Den fjärde grunden avser klagandens rätt till försvar som garanteras enligt artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Intel har gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att dra slutsatsen att något förfarandefel inte hade ägt rum i fråga om ett möte med D1, en av Dells chefer, under 2006, som hållits under den utredning som ledde till att det omtvistade beslutet antogs (nedan kallat det berörda mötet).

216. I detta avseende har klaganden för det första anfört att det var fel av tribunalen att finna att det berörda mötet inte var ett förhör i den mening som avses i artikel 19 i förordning nr 1/2003. För det andra har klaganden gjort gällande att det var fel av tribunalen att finna att även om kommissionen skulle ha protokollfört det berörda mötet på grund av dess betydelse, avhjälpes brottet mot god förvaltningssed, som denna brist resulterade i, genom att en för klaganden tillgänglig icke-konfidentiell version av kommissionens interna minnesanteckning (nedan kallad den interna minnesanteckningen) intogs i handlingarna i målet. För det tredje gjorde tribunalen en felaktig alternativ bedömning av frågan huruvida ett förfarandefel av den art som identifierats i den överklagade domen utgör grund för att ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del som avser klagandens beteende gentemot Dell.

217. I första hand har kommissionen, avseende den fjärde grunden, gjort gällande att denna grund saknar verkan, eftersom Intel inte har bestritt bedömningen i den överklagade domen att de rabatter som Dell erhöll var exklusivetsrabatter. Vidare kan, enligt kommissionen, överklagandet inte upptas till sakprövning såvitt avser denna grund, eftersom frågan huruvida brottet mot principen om god förvaltningssed kunde avhjälpas genom att ge Intel tillgång till den icke-konfidentiella versionen av den interna minnesanteckningen beror på en bedömning av hur viktigt det berörda mötet var och den gjorda minnesanteckningens nöjaktighet. Dessa frågor rör faktiska omständigheter vilka inte ska beaktas i ett överklagande.

218. Alternativt saknar Intels argument grund. Intel har inte lagt fram något relevant argument som skulle ifrågasätta bedömningen i den överklagade domen rörande den interna minnesanteckningen. Kommissionen har också påstått att det omtvistade beslutet i huvudsak grundade sig på skriftlig bevisning som det berörda mötet inte under några förhållanden kunde ha föranlett en annan bedömning av.

### ***2. Bedömning***

219. Inledningsvis är det nödvändigt att poängtera att den fjärde grunden inte på något sätt saknar verkan. Inte heller är det riktigt att den inte kan upptas till sakprövning, såsom kommissionen har gjort gällande.

220. I denna grund har Intel särskilt gjort gällande att den överklagade domen ska upphävas i den del som avser Dell, eftersom de fastställda faktiska omständigheterna som tribunalen stödde sig på för att finna att en överträdelse hade ägt rum, är ogiltiga på grund av ett brott mot Intels rätt till försvar. Detta är en rättsfråga som domstolen kan och bör pröva. Frågan huruvida klassificeringen i den överklagade domen av Intels rabatter till Dell villkorades av exklusivitet, oavsett om det bestritts eller inte, saknar relevans i detta avseende. Jag har förklarat ovan att det inte är möjligt att fastställa att de ifrågasatta rabatterna (oavsett hur de benämns) var lagstridiga utan att undersöka samtliga relevanta omständigheter. Kommissionen medgav själv vid förhandlingen att till och med exklusivetsrabatter, i princip, skulle kunna motiveras av företaget i fråga. På samma sätt saknar det relevans att parterna vitsordat att kommissionen inte stödde sig på information som erhållits under det berörda mötet när den fastställde att Intels beteende var lagstridigt: det har ingen betydelse för frågan om det berörda

mötet kunde vara till *fördel* för Intel.<sup>124</sup> Ännu viktigare är att frågan huruvida ett brott mot rätten till försvar har ägt rum är helt oberoende av huruvida detta (eventuella) brott hade någon inverkan på det omtvistade beslutets materiella innehåll.

221. Om Intels rätt till försvar har åsidosatts spelar det helt enkelt mycket liten roll, om någon roll alls, hur Intels rabatter klassificerades eller vilken bevisning som användes för att finna att klaganden handlat lagstridigt. Det enda domstolen behöver fastställa är huruvida klaganden har styrkt att den skulle ha kunnat säkerställa sitt försvar bättre om den hade haft tillgång till ett protokoll från det berörda mötet. När denna fråga prövas måste domstolen bland annat också undersöka huruvida den interna minnesanteckningen – som klaganden endast fick ta del av på ett sent stadium – skulle ha kunnat ”avhjälpa” ett eventuellt tidigare förfarandefel som uppkommit till följd av kommissionens beslut att inte protokollföra det berörda mötet. Det är därför jag inte delar kommissionens uppfattning att klagandens argument rörande den interna minnesanteckningens nöjaktighet i praktiken strider mot fastställda fakta.

222. Som jag kommer att förklara nedan bör överklagandet, i själva verket, bifallas såvitt avser den fjärde grunden.

***a) Det berörda mötet var ett förhör i den mening som avses i artikel 19 i förordning nr 1/2003***

223. Klaganden har gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004, inte hade åsidosatts.<sup>125</sup> I detta avseende har Intel anfört att den åtskillnad som i den överklagade domen gjorts mellan ”formella” och ”informella” förhör inte är rättsenlig. Detsamma är enligt klaganden fallet med tribunalens bedömning att kommissionen inte har någon skyldighet att föra protokoll vid ”informella” förhör.<sup>126</sup>

224. Innan jag övergår till att bedöma denna åtskillnad, finner jag att det kan vara värdefullt att i korthet erinra om de (processuella) steg som ledde till att klaganden fick ta del av den interna minnesanteckningen från det berörda mötet.

225. Det följer av den överklagade domen att kommissionen, under det administrativa förfarandet, först förnekade att ett möte med D1 hade ägt rum. Kommissionen medgav att ett möte hade ägt rum först efter det att Intel hade visat att det fanns en lista med frågor rörande det aktuella mötet. Vid detta tillfälle fortsatte kommissionen att förneka att det fanns något protokoll från mötet. Några månader senare bekräftade dock förhørsombudet att det fanns en intern minnesanteckning, men anförde samtidigt att klaganden inte hade rätt att ta del av den. Trots detta skickade kommissionen i december 2008 en kopia av den icke-konfidentiella versionen av den interna minnesanteckningen till Intel ”av ren hövlighet”. I denna kopia hade en betydande mängd text maskerats. Efter en begäran från tribunalen, tillställdes klaganden slutligen den konfidentiella versionen av minnesanteckningen under målets handläggning vid tribunalen i januari 2013.<sup>127</sup>

226. Om vi nu övergår till tolkningen av artikel 19 i förordning nr 1/2003, är befogenheten att inhämta redogörelser en naturlig följd av de omfattande utredningsbefogenheter som kommissionen har enligt nämnda förordning. Frågan i förevarande mål är huruvida det, icke desto mindre, finns gränser för dessa befogenheter.

<sup>124</sup> Se, rörande denna fråga, den överklagade domen, punkt 611.

<sup>125</sup> Den överklagade domen, punkt 612.

<sup>126</sup> Den överklagade domen, punkterna 614 och 615.

<sup>127</sup> Den överklagade domen, punkterna 601 och 606.

227. Dessa gränser kan klart fastställas utifrån ordalydelsen i de berörda bestämmelserna. Till att börja med anges i artikel 19 i förordning nr 1/2003 att kommissionen får höra alla (fysiska eller juridiska) personer som samtycker till detta, i syfte att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning. Medan artikel 3.1 i förordning 773/2004 föreskriver en skyldighet att protokollföra redogörelser, följer det av artikel 3.3 i samma förordning att kommissionen kan välja *hur* den ska protokollföra redogörelser som lämnas av de hörda personerna.

228. Mot denna bakgrund förefaller det mig relativt uppenbart att kommissionen, när den väljer att höra en person, inte kan underlåta att föra protokoll över det materiella innehållet i detta förhör. Däremot är det upp till kommissionen *hur* detta protokoll förs (vilket medium som ska tillämpas).

229. Det motsägs inte i sig av den överklagade domen.<sup>128</sup>

230. Problemet är snarare förknippat med omständigheten att tribunalen i den överklagade domen gjorde åtskillnad mellan informella samtal och formella förhör. Någon sådan skillnad finns inte i det rättsliga ramverk som föreskrivs enligt förordning nr 1/2003.

231. Jag finner denna åtskillnad mycket problematisk. Genom att, genom domstolstolkning, inrätta ett nytt verktyg för kommissionen att genomföra utredningar, skulle kommissionen kunna kringgå de bestämmelser som lagstiftaren har infört just i syfte att reglera kommissionens befogenheter inom ramen för utredningar kring överträdelser av konkurrensregler.

232. Något som följer tydligt av artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004, är att dessa bestämmelser föreskriver att information – som inhämtas vid förhör avseende frågor som har samband med föremålet för en utredning – ska protokollföras. Som jag ser det omfattas alla möten med en tredje part som särskilt har anordnats för att inhämta materiell information som ska användas vid bedömningen av ett ärende av räckvidden för artikel 19 i förordning nr 1/2003.

233. Detta innebär emellertid inte att kommissionen aldrig kan ha informella kontakter med tredje parter. Som framgår av ordalydelsen i artikel 19 i förordning nr 1/2003 är det bara utbyte rörande frågor som har samband med föremålet för en utredning som omfattas av bestämmelsen. Om utbyte mellan kommissionen och tredje parter *inte* rör frågor som har samband med föremålet för en viss (vanligtvis pågående) utredning, finns ingen skyldighet att protokollföra samtalet.

234. I förevarande mål kan jag dock inte se hur det berörda mötet skulle kunna uppfattas som något annat än ett förhör i den mening som avses i artikel 19 i förordning nr 1/2003.

235. Mötet hade inte bara samband med föremålet för kommissionens pågående utredning kring Intels förfaranden. Såsom den interna minnesanteckningen antyder, rörde de frågor som diskuterades under mötet, vilket verkar ha pågått i fem timmar, själva kärnan i den fråga som var föremål för utredning (nämligen huruvida Intels rabatter till Dell var villkorade av exklusivitet). Vad som är ännu viktigare är att den person som hördes var en av Dells högsta chefer.<sup>129</sup>

236. I detta avseende saknar det betydelse huruvida syftet med mötet var att samla in bevisning i form av justerade protokoll eller redogörelser eller, såsom har framhållits av kommissionen, om så inte var fallet.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> Den överklagade domen, punkt 617.

<sup>129</sup> Den överklagade domen, punkt 621. Se även punkt 636 angående de frågor som diskuterades under mötet.

<sup>130</sup> Se även den överklagade domen, punkt 617.

237. Om det skulle godtas att endast sådana kontakter med tredje parter omfattas av artikel 19 i förordning nr 1/2003 skulle det i betydande mån utvidga kommissionens utrymme för skön i fråga om att höra personer utan skyldighet att föra protokoll. Det skulle också ge kommissionen möjlighet att välja vilken bevisning de företag som är misstänkta för överträdelse av unionens konkurrensregler ska få ta del av. De personer vid kommissionen som anordnar ett sådant möte eller deltar i mötet skulle kunna besluta vad som ska och inte ska tas in i akten utifrån sin egen subjektiva bedömning.

238. Detta är dock inte hur rätten till ”tillgång till handlingarna i ärendet” avfattades av unionslagstiftaren. Tillgång till *all* bevisning är huvudregeln och undanhållande av särskilda bevis är undantaget, såsom följer av artikel 27.2 i förordning nr 1/2003. Den tolkning av artikel 19 som kommissionen har föreslagit skulle riskera att frånta artikel 27.2 dess verkan.

239. Vid förhandlingen lade kommissionen ner mycket möda på att förklara vilka kontakter med tredje parter som måste protokollföras och vilka som inte måste protokollföras. Det är slående att kommissionen, i det att den försökte förklara sin ståndpunkt, verkade föreslå att den kunde välja att tillämpa artikel 19 i förordning nr 1/2003 helt efter eget skön. Det faktum att kommissionen inte kunde ge domstolen ett tydligt svar på denna fråga är förståeligt. Det förefaller mycket svårt att fastställa ett kriterium som lämpar sig för att skilja mellan formella förhör och informella samtal som skiljer sig från det som föreskrivs enligt lag, nämligen huruvida förhöret rör frågor som har samband med föremålet för utredningen.

240. Av lika stor betydelse är det faktum att beslutet huruvida ett förhör ska protokollföras inte heller skulle kunna prövas av domstol. Om det inte finns något skriftligt protokoll, hur skulle unionsdomstolarna kunna kontrollera huruvida kommissionen uppfyllde bestämmelserna i förordning nr 1/2003 och, mer allmänt, huruvida de utredda företagens och privatpersonernas rättigheter fullt ut har respekterats?

241. Det finns i slutänden minst två nära sammankopplade skäl för kravet i artikel 3 i förordning nr 773/2004 att förhör ska protokollföras. Genom detta krav säkerställs, å ena sidan, att de företag som misstänks ha överträtt unionens konkurrensbestämmelser kan planera sitt försvar och, å andra sidan, att unionsdomstolarna, i efterhand, kan kontrollera huruvida kommissionen har använt sig av sina utredande befogenheter i enlighet med de begränsningar som föreskrivs i lag.

242. Av dessa skäl är det min fasta övertygelse att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen inte hade överträtt artikel 19 i förordning nr 1/2003 genom att inte anordna det berörda mötet som ett förhör i den mening som avses i nämnda bestämmelse och genom att inte protokollföra mötet på vederbörligt sätt.

### ***b) Den interna minnesanteckningen avhjälpte inte förfarandefelet***

243. Som nämnts ovan (i punkt 216) fann inte tribunalen i den överklagade domen att artikel 19 i förordning nr 1/2003 hade överträtts. Däremot fann tribunalen – med hänsyn till innehållet i och betydelsen av den information som framkom under det berörda mötet – att kommissionen borde ha fört protokoll vid mötet. Enligt tribunalen var det fråga om ett åsidosättande av principen om god förvaltningssed. I detta avseende fann tribunalen, med hänsyn till omständigheterna i förevarande mål, att akten åtminstone skulle ha tillförts en kort anteckning innehållande namnen på mötesdeltagarna liksom en kort sammanfattning av de frågor som behandlades. Klaganden kunde då ha begärt tillgång till denna handling.<sup>131</sup>

<sup>131</sup> Den överklagade domen, punkt 621.

244. Icke desto mindre fann tribunalen att detta förfarandefel hade avhjälpes genom att Intel under det administrativa förfarandet hade försetts med en icke-konfidentiell version av den interna minnesanteckningen och genom att Intel bereddes tillfälle att kommentera handlingen. Denna anteckning, som var avsedd att utgöra en intern sammanfattning av de frågor som hade diskuterats och som var avsedd för de av kommissionens tjänstemän som var inblandade i ärendet, innehöll namnen på mötesdeltagarna och "en kort sammanfattning av de frågor som behandlades".<sup>132</sup>

245. Klaganden har gjort gällande att detta innebar en felaktig rättstillämpning inte bara på grund av att kommissionen var skyldig att föra protokoll över mötets materiella innehåll, utan också på grund av att anteckningen inte, i motsats till vad tribunalen hade funnit, innehöll "en kort sammanfattning av de frågor som behandlades".

246. Jag delar denna uppfattning.

247. I princip kan en anteckning av det slag som har beskrivits i den överklagade domen inte under några omständigheter avhjälpa en överträdelse av ett viktigt processuellt krav. Av avgörande betydelse är, såsom tribunalen medgav i den överklagade domen, att anteckningen bestod i en kort sammanfattning av de frågor som diskuterades under mötet.<sup>133</sup> Däremot innehåller den inga uppgifter om förhörets materiella innehåll. Kommissionen har själv medgett detta. Det mest grundläggande är dock att anteckningen inte säger någonting om innehållet i den information som D1 tillhandahöll under mötet angående de frågor som nämns i anteckningen.

248. Enligt min uppfattning kan en sådan anteckning inte avhjälpa en överträdelse av artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004.

249. Det kan inte nog betonas att handlingarna i ärendet måste innehålla tillräckliga uppgifter om ett förhör för att säkerställa att rätten till försvar för det företag som påstås ha åsidosatt unionens konkurrenslagstiftning respekteras. Detta är uppenbart inte fallet i förevarande mål. Jag kommer att utveckla detta ytterligare nedan i punkt 257 och följande punkter.

250. Följaktligen uppkommer frågan huruvida det förfarandefel som överträdelsen av artikel 19 i förordning nr 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning nr 773/2004, resulterade i kan innebära att det omtvistade beslutet är lagstridigt i den del som avser bedömningen rörande Dell. I motsats till vad tribunalen fann<sup>134</sup> anser klaganden att så är fallet. Även ACT delar denna uppfattning. Det är riktigt att klagandens argument rör *obiter dictum* i domskälen i den överklagade domen. Det skulle därför kunna anföras att argumenten är verkningslösa och inte kan leda till att domen upphävs.<sup>135</sup> I den utsträckning som domstolen delar min uppfattning att det var fel av tribunalen att finna att 1) det berörda mötet inte var ett förhör i den mening som avses i artikel 19 i förordning nr 1/2003 och att 2) den interna minnesanteckningen avhjälpes eventuella förfarandefel till följd av kommissionens beslut att inte protokollföra mötet, måste domstolen emellertid också beakta domskälen rörande konsekvenserna av ett eventuellt förfarandefel i den överklagade domen.

<sup>132</sup> Den överklagade domen, punkt 622.

<sup>133</sup> Den överklagade domen, punkterna 635 och 636.

<sup>134</sup> Den överklagade domen, punkt 664.

<sup>135</sup> Se, exempelvis, dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P till C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408 (nedan kallad domen i målet Dansk Rørindustri), punkt 148 och där angiven rättspraxis.



**c) Följderna av att kommissionen inte protokollfört det berörda mötet**

251. Enligt den överklagade domen skiljer sig förevarande situation från situationen i domen i målet Solvay,<sup>136</sup> det mål som klaganden i första hand stöder sig på. I domen i målet Solvay hade kommissionen förlorat flera handlingar sedan det administrativa ärendet hade avslutats. Företaget i fråga hade inte haft tillgång till handlingarna under förfarandet i kommissionen. Under dessa omständigheter fann domstolen att ett förfarandefel av denna art utgör grund för att ogiltigförklara kommissionens beslut. Kriteriet för att ogiltigförklara beslutet uttrycktes enligt följande: Ett förfarandefel utgör grund för ogiltigförklaring om det inte kan uteslutas att (det förkomna) materialet hade gjort det möjligt för bolaget att framföra en annan tolkning av de faktiska omständigheterna än den som kommissionen gjort, vilket skulle ha kunnat vara till nytta för dess försvar.<sup>137</sup>

252. Enligt tribunalen var domstolens uttalande i domen i målet Solvay emellertid inte tillämpligt på omständigheterna i förevarande mål. Det var fallet eftersom det, till skillnad från vad som var fallet i målet Solvay, var möjligt att återskapa vad som framkommit vid det berörda mötet.<sup>138</sup> Det var därför tribunalen, med hänvisning till tillgänglig rättspraxis rörande tillgång till handlingarna i målet,<sup>139</sup> krävde att Intel åtminstone måste anföra någon omständighet som indikerade att kommissionen hade "underlåtit att anteckna de uppgifter som är till fördel för sökanden och som vederlägger eller åtminstone kastar nytt ljus över den direkta och skriftliga bevisning som kommissionen [i det omtvistade beslutet] har grundat sig på". Det räckte dock inte med enbart en hypotes angående relevansen av den information som hade tillhandahållits under det berörda mötet.<sup>140</sup>

253. Det är fast rättspraxis att när vissa av handlingarna i ärendet har undanhållits under det administrativa förfarandet, men det har varit möjligt att ta del av handlingarna under en efterföljande rättegång, är det relevanta kriteriet, i princip, huruvida de undanhållna handlingarna på ett eller annat sätt *hade kunnat vara av betydelse* för företagets försvar. Det krävs inte att handlingarna skulle ha lett till ett beslut med ett annat innehåll.<sup>141</sup> Däremot måste det styrkas att företaget hade kunnat försvara sig bättre om kommissionen inte hade handlat fel.<sup>142</sup>

254. Den principen är dock endast tillämplig om *direkt och skriftlig bevisning* inte har använts som bevisning. När kommissionen har grundat sitt beslut på *direkt och skriftlig bevisning* måste det berörda företaget styrka att kommissionen har underlåtit att föra bevisning till förmån för företaget till handlingarna *som vederlägger eller åtminstone kastar nytt ljus över denna bevisning*.<sup>143</sup> Med andra ord, när kommissionen har använt direkt och skriftlig bevisning för att finna att det berörda företaget har åsidosatt konkurrensbestämmelserna, är det särskilt svårt att uppfylla bevisbördan.

255. Frågan huruvida ett sådant tillvägagångssätt allmänt sett är motiverat faller utanför ramen för detta förslag till avgörande. Icke desto mindre skulle det enligt min uppfattning uppenbart innebära en felaktig rättstillämpning att lägga en sådan börda på klaganden i förevarande mål. Det är fallet, eftersom det helt enkelt skulle vara fullständigt omöjligt för det berörda företaget att uppfylla en sådan bevisbörda. Rätt tillvägagångssätt är att fråga, såsom domstolen gjorde i domen i målet Solvay, huruvida det från början kan uteslutas att informationen som det berörda företaget inte har haft tillgång till hade kunnat vara av betydelse för företagets försvar.

136 Se dom av den 25 oktober 2011, Solvay/kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:686 (nedan kallad domen i målet Solvay).

137 Domen i målet Solvay, punkterna 57–62.

138 Den överklagade domen, punkt 630.

139 Se, särskilt, domen i målet Aalborg, punkt 133.

140 Den överklagade domen, punkt 629.

141 Dom av den 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl./kommissionen, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P, och C-254/99 P, EU:C:2002:582 (nedan kallade domen i målet Limburgse Vinyl Maatschappij), punkt 318 och där angiven rättspraxis. Se även domen i målet Aalborg, punkt 75.

142 Se dom av den 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/kommissionen, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punkt 31 och där angiven rättspraxis.

143 Se Aalborg, punkt 133. Se även dom av den 1 juli 2010, Knauf Gips/kommissionen, C-407/08 P, EU:C:2010:389 (nedan kallad domen i målet Knauf Gips), punkterna 23 och 24 och där angiven rättspraxis.

256. Denna fråga bör enligt min mening besvaras nekande.

257. I målet Solvay fanns det inte något tänkbart sätt att återskapa innehållet i de förkomna handlingarna från andra källor. Vidare hade kommissionen själv medgett att de förkomna akterna med all sannolikhet innehöll information som var relevant för företagets försvar (närmare bestämt svar på begäran om upplysningar).<sup>144</sup>

258. I förevarande mål hade det berörda mötet inte protokollförts korrekt, såsom jag har förklarat ovan. Trots detta fick klaganden tillgång till en icke-konfidentiell version av den interna minnesanteckningen och det så kallade uppföljningsdokumentet under det administrativa förfarandet. Det dokumentet innehöll Dells skriftliga svar på de frågor som ställts till D1 under det berörda mötet. Senare, under rättegången i tribunalen, fick klaganden ta del av den konfidentiella versionen av minnesanteckningen. Dessa två handlingar visade – enligt tribunalen – i tillräcklig utsträckning vad som hade diskuterats under mötet. Med stöd av dessa handlingar fann tribunalen att det under mötet inte framkommit ny bevisning till klagandens fördel som denne hade kunnat använda i sitt försvar.<sup>145</sup>

259. Emellertid är det dock så att de uppgifter som kan återskapas från dessa handlingar i fråga om vad som ägde rum under det berörda mötet utgör ren spekulation, vilket mer än väl framgår av den överklagade domen.<sup>146</sup> Såsom bedömningen av de tillgängliga uppgifterna i den överklagade domen visar är det – om det inte finns något vederbörligt mötesprotokoll – inte möjligt att med säkerhet säga vad som diskuterades under mötet och i vilken utsträckning det kunde ha varit till företagets fördel eller nackdel eller, för den delen, varken eller.<sup>147</sup>

260. En domstolsprövning kan inte grunda sig på antaganden om bevisning

261. Det är riktigt, såsom kommissionen har gjort gällande, att en bedömning av huruvida omständigheten att rätten till försvar har åsidosatts borde leda till att kommissionens beslut ska ogiltigförklaras, inleds med de anmärkningar som gjorts mot företaget i fråga och den bevisning som hade lagts fram till stöd för dessa anmärkningar.<sup>148</sup> Annars skulle det alltid vara möjligt att påstå att informationen som saknas i akten hade kunna vara användbar för det berörda företaget.<sup>149</sup>

262. Med kommissionens anmärkningar mot Intel i förevarande mål i åtanke, råder det knappast något tvivel om att det berörda mötet var av betydelse. Tvärtom, såsom tribunalen nämnde, visade både den interna minnesanteckningen och uppföljningsdokumentet att det under mötet diskuterades frågor som var av betydelse för att fastställa huruvida Dell beviljades konkurrensbegränsande trohetsrabatter av klaganden.<sup>150</sup>

263. I en sådan situation ligger bevisbördan – generellt sett – kvar hos det berörda företaget.<sup>151</sup> Såsom kommissionen har anmärkt ska företaget framlägga fakta och åberopa bevisningen för att styrka att det i sitt försvar hade kunna använda handlingar som det inte fått tillgång till under det administrativa förfarandet. Detta är dock fallet när handlingarna undanhölls under det administrativa förfarandet och när innehållet i handlingarna senare kunde fastställas och prövas av domstolen.<sup>152</sup> Såsom generaladvokat Kokott anmärkte i förslaget till avgörande i målet Solvay är skälet till detta att det

144 Punkterna 62 och 64.

145 Se den överklagade domen, exempelvis, punkterna 631, 644, 658 och 660.

146 Se den överklagade domen, särskilt punkterna 646 och 658.

147 Den överklagade domen, punkterna 632–660.

148 Se domen i målet Solvay, punkt 59.

149 Se generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i målet Solvay/kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 191.

150 Den överklagade domen, punkt 632, och följande punkter.

151 För kritik mot detta, se mitt förslag till avgörande i målet SKWStahl-Metallurgie och SKW Stahl-Metallurgie Holding/kommissionen, C-154/14 P, EU:C:2015:543, punkterna 76 och 77.

152 Se domen i målet Limburgse Vinyl Maatschappij, punkterna 318 och 324, domen i målet Aalborg, punkterna 74, 75 och 131, samt domen i målet Knauf Gips, punkterna 23 och 24.

berörda företaget under sådana omständigheter kan lämna information om upphovsmännen till de handlingar som det inte fått tillgång till samt om typen av handling. Men inte nog med det. Än viktigare är att det berörda företaget, under sådana omständigheter, kan beskriva *innehållet* i handlingarna.<sup>153</sup>

264. Situationen är inte densamma i förevarande mål. Såväl upphovsmannens identitet som typen av möte är kända till följd av den interna minnesanteckningen. Trots detta är innehållet i de svar D1 lämnade på de frågor som kommissionen ställde till honom oklart. Förvisso, såsom tribunalen anmärkte kastade den interna minnesanteckningen och uppföljningsdokumentet i viss utsträckning ljus över de särskilda ämnen som behandlas under det berörda mötet. Dessa handlingar räcker dock inte för att i efterhand återskapa den framlagda bevisningen, nämligen vad som faktiskt sades under mötet.

265. Även om frågan inte uttryckligen behandlades i den överklagade domen, är det bara möjligt att komma fram till motsatt slutsats om det antas att D1 och Dell utgör en och samma person och att D1 endast kunde ha återgett Dells uppfattning om de frågor som diskuterades. Med hänsyn till D1:s ställning som hög chef på Dell kan ett sådant antagande helt klart vara riktigt.

266. Antagandet kan dock också vara oriktigt.

267. I motsats till vad kommissionen verkade antyda vid förhandlingen är det lika troligt att D1 uttryckte sin personliga uppfattning om de frågor som diskuterades under det berörda mötet.<sup>154</sup> Vi vet helt enkelt inte. Det är därför det inte kan uteslutas att mötet kastade annat, eller till och med nytt, ljus över villkorligheten av de rabatter som Dell erhöll. Istället för att bekräfta den möjligheten, ålade tribunalen klaganden den eventuellt omöjliga uppgiften att bevisa att det icke protokollförda mötet avslöjade bevisning till företagets förmån som kunde ha kastat ett annat ljus över den bevisning som kommissionen hade lagt fram till stöd för sina anmärkningar. Av uppenbara skäl fastställde tribunalen att klaganden inte hade lyckats med denna uppgift.

268. Mot denna bakgrund måste jag komma fram till att överklagandet även ska bifallas såvitt avser den fjärde grunden.

269. För det fall domstolen inte delar min uppfattning, vill jag av följande skäl ändå avråda från att ogilla överklagandet såvitt avser den fjärde grunden.

270. Låt oss för diskussionens skull anta att bevisningen i fråga i tillräcklig mån kunde ha återskapats i efterhand, såsom tribunalen fann i den överklagade domen. Enligt tribunalen skulle klaganden därför styrka att bevisningen i fråga kunde ifrågasätta den ”direkta och skriftliga bevisning” som redan hade ansetts kunna styrka att Intel hade missbrukat en dominerande ställning med avseende på rabatterna till Dell.<sup>155</sup> Detta betraktelsesätt vilar på falsk grund. Det förutsätter felaktigt att bevisning som har undanhållits under det administrativa förfarandet med nödvändighet måste ha lägre bevisvärde i jämförelse med den bevisning som kommissionen hade lagt fram till stöd för att finna att missbruk av en dominerande ställning hade förekommit. Problemet har närmare bestämt att göra med den alltför extensiva tolkningen av begreppet ”direkt och skriftlig bevisning” i den överklagade domen.

271. Såvitt jag känner till har detta uttryck inte särskilt definierats av domstolen. Trots detta kan rättspraxis ge viss ledning i fråga om dess räckvidd.

153 Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i målet Solvay/kommissionen, C-109/10 P, EU:C:2011:256, punkt 193.

154 Se, i detta avseende, den överklagade domen, punkterna 572–575.

155 Se, särskilt, punkterna 651–653 i den överklagade domen.

272. Generellt sett har begreppet direkt och skriftlig bevisning tillämpats i rättspraxis inom ramen för artikel 101 FEUF för att beskriva vissa typer av bevisning (till skillnad från, exempelvis, indicier eller ekonomisk bevisning) som kommissionen kan använda för att fastställa att en överträdelse har ägt rum, exempelvis att vissa särskilda företag har medverkat i en kartell eller närliggande förfaranden som strider mot artikel 101 FEUF.<sup>156</sup>

273. Till skillnad från indicier,<sup>157</sup> härstammar direkt och skriftlig bevisning som regel från det företag som misstänks ha överträtt unionens konkurrensregler och artikel 101 FEUF i synnerhet. Typiskt sett har sådan bevisning formen av ett dokument som i sig självt pekar på att det funnits en kartell eller liknande förfarande (eller på att vissa bestämda företag har medverkat i ett sådant förfarande). Det skulle, exempelvis, vara fallet med en promemoria angående ett avtal mellan deltagare, en e-postutväxling mellan deltagare angående prissättning eller, förvisso, ett protokoll från ett möte rörande sådana förfaranden.<sup>158</sup> När kommissionen har stött sig på sådan bevisning för att fastställa en överträdelse eller att företag har deltagit i en överträdelse, måste företagen – för att beslutet i fråga ska kunna ogiltigförklaras – styrka att den bevisning som de inte fått ta del av under det administrativa förfarandet vederlägger eller åtminstone kastar nytt ljus över den direkta och skriftliga bevisning som lagts fram.<sup>159</sup>

274. Den bevisning som kommissionen åberopade till stöd för att de rabatter som Dell erhöll var villkorade kan, i bästa fall, beskrivas som indicier eller sannolikhetsbevis.<sup>160</sup> Faktum är att något som inte ska förbises är att de i förevarande mål aktuella exklusivitetsrabatterna (inbegripet de som lämnades till Dell) ansågs vara *de facto* villkorade av exklusivitet. Detta eftersom rabatterna inte grundade sig på någon formell skyldighet att göra alla inköp från Intel.<sup>161</sup> Det var snarare så att rabatternas villkorlighet (indirekt) framgick av deras nivå.<sup>162</sup> Dells uppfattning om de risker som var förknippade med att göra en del av sina inköp från en konkurrent tillmättes också särskild betydelse.<sup>163</sup> Med risk för att vara övertydlig kan sådan bevisning knappast beskrivas som ”direkt och skriftlig bevisning” med avseende på de relevanta rabatternas villkorade natur.

275. I frånvaro av något skriftligt dokument som bekräftar att det förelåg en skyldighet att göra alla inköp från Intel, skulle det allvarligt undergräva det berörda företags rätt till försvar om alla skriftliga bevis godtogs som ”direkt och skriftlig bevisning” på missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF. Det räcker inte att ett företag styrker att ett bevis som det inte fått tillgång till under det administrativa förfarandet hade kunnat vara av betydelse för dess försvar. Därtill måste företaget styrka (liksom tribunalen krävde i den överklagade domen) att den bevisning som företaget inte fått ta del av vederlägger den bevisning som kommissionen har lagt fram till stöd för sitt beslut om att det förekommit missbruk av en dominerande ställning.

156 För en diskussion om direkt och skriftlig bevisning i kartellmål, se Guerrin, M. och Kyriazis, G., ”Cartels: Proof and Procedural Issues”, *Fordham International Law Journal*, volym16, upplaga 2, 1992, s. 266–341, vid s. 299–301.

157 Se, exempelvis, dom av den 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries/kommissionen, 48/69, EU:C:1972:70, punkterna 65–68 (ICI), och dom av den 16 december 1975, Suiker Unie m.fl./kommissionen, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174, punkterna 164 och 165 angående utnyttjande av korrespondens mellan tredje parter som bevisning.

158 Se, exempelvis, domen i målet Aalborg, punkt 158, som hänvisar till den dom som överklagades i det målet. Se även dom av den 19 mars 2003, CMA CGM m.fl./kommissionen, T-213/00, EU:T:2003:76, punkt 136 och följande punkter.

159 Se domen i målet Aalborg, punkt 133, där domstolen klart uttryckte denna princip.

160 För att styrka de berörda rabatternas villkorlighet i det omtvistade beslutet, åberopade kommissionen vissa interna Intelhandlingar, nämligen presentationer och e-postkorrespondens (det omtvistade beslutet, skälen 238–242), Dells svar med stöd av artikel 18 (det omtvistade beslutet, skälen 233 och 234) samt vissa interna Dellhandlingar (det omtvistade beslutet, särskilt skälen 222–227, 229 och 231). Se även den överklagade domen, punkterna 444–515.

161 Med avseende på Dell, se den överklagade domen, punkt 440.

162 Det omtvistade beslutet, skäl 950, och den överklagade domen, punkterna 504–514.

163 Det omtvistade beslutet, särskilt skälen 221 och 323.

276. Med detta i åtanke är jag fast övertygad om att *indicier* av det slag som åberopades i det omtvistade beslutet måste bedömas i sin helhet (innan det kan fastställas huruvida *omfattningen* av den framlagda bevisningen, som helhet, räcker för att styrka missbruk av dominerande ställning). För att det omtvistade beslutet ska ogiltigförklaras, räcker det under sådana omständigheter att det berörda företaget styrker att den bevisning som det inte har fått ta del av på ett eller annat sätt hade kunnat vara av betydelse för dess försvar, och det krävs inte att det vederlägger den bevisning som kommissionen har lagt fram till stöd för att konkurrensreglerna har åsidosatts.<sup>164</sup>

277. Därför anser jag att överklagandet ska bifallas såvitt avser den fjärde grunden, även enligt denna alternativa bedömning.

## F – Den femte grunden för överklagandet: Behörighet

### 1. Parternas huvudsakliga argument

278. I den femte grunden har Intel, med stöd av ACT, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att finna att kommissionen hade befogenhet att tillämpa artikel 102 FEUF på Intels avtal med Lenovo från åren 2006 och 2007 (nedan kallade 2006 års avtal respektive 2007 års avtal eller, gemensamt, Lenovo-avtalen). Å ena sidan uppmuntrade 2006 års avtal, genom att bevilja ett ekonomiskt incitament, Lenovo att skjuta upp (och slutligen dra tillbaka) lanseringen av AMD-baserade produkter på världsmarknaden.<sup>165</sup> Å andra sidan rörde 2007 års avtal de rabatter som Intel skulle lämna till Lenovo om Lenovo beslutade att köpa alla centralprocessorer för sina bärbara datorer från Intel.<sup>166</sup> Klaganden har gjort gällande att de icke dolda konkurrensbegränsningarna (*naked restrictions*) och rabatterna, med avseende på Lenovo, varken hade genomförts i EES eller hade några förutsebara, omedelbara eller materiella effekter i detta område.

279. Kommissionen anser att klaganden inte kan vinna framgång med den femte grunden. Det var inte fel av tribunalen att finna att kommissionen hade behörighet att tillämpa artikel 102 FEUF med avseende på Lenovo-avtalen. Kommissionen har gjort gällande att behörighet, enligt folkrätten, kan grunda sig på flera faktorer förutsatt att det finna en tillräckligt stark koppling mellan det påtalade beteendet och de tillämpliga bestämmelserna på det berörda territoriet. I detta avseende är kriterierna om genomförande respektive ”kvalificerade” effekter bara två möjliga sätt att fastställa en sådan koppling. Kommissionen har gjort gällande att tribunalen inte gjorde någon felaktig rättstillämpning genom att tillämpa dessa kriterier.

### 2. Bedömning

280. Förevarande grund är inte på något sätt mindre viktig än de andra grunder som redan har undersökts. Den ger domstolen ett bra tillfälle att klargöra den rättspraxis som bygger på domen i målet ICI, och som vidareutvecklades i domen i målet Wood Pulp,<sup>167</sup> rörande den territoriella tillämpningen av unionens konkurrensrätt. Den ger domstolen möjlighet att utveckla denna rättspraxis ytterligare och anpassa den till aktuella omständigheter som karaktäriseras av globala ekonomier, integrerade marknadsplatser och komplexa handelsmönster.

<sup>164</sup> Dom av den 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/kommissionen, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punkt 31, och där angiven rättspraxis.

<sup>165</sup> Det omtvistade beslutet, skäl 560.

<sup>166</sup> Det omtvistade beslutet, skäl 561.

<sup>167</sup> Se dom av den 27 september 1988, Ahlström Osakeyhtiö m.fl./kommissionen, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85–129/85, EU:C:1988:447 (nedan kallad domen i målet Woodpulp).

281. I detta sammanhang är det viktigt att komma ihåg de vidare konsekvenser som domstolens avgörande sannolikt kommer att få. Förvisso är en alltför generös tolkning av bestämmelserna om territoriell befogenhet, ur ett folkrättsligt perspektiv, som unionens bestämmelser ska tolkas i enlighet med, inte bortom all kontrovers.<sup>168</sup> Det kan därför vara värdefullt att sätta denna grund för överklagandet i ett vidare sammanhang.

282. Rent allmänt kan behörighet förekomma i (minst) tre former: Legislativ behörighet, verkställande behörighet och dömande behörighet (eller domstolsbehörighet). Intel har ifrågasatt kommissionens behörighet att tillämpa unionens konkurrenslagstiftning på ett ensidigt beteende som härrör från avtal vilka kan påstås ha verkningar utanför Europeiska unionen. Förevarande rättegång avser därför inte fysiskt verkställande utanför unionens territorium, en fråga som ger upphov till en mängd svårigheter ur ett folkrättsligt perspektiv.

283. Jag vill också nämna att folkrätten medger att stater utövar behörighet utanför sina territorier i vissa fall. Även om det inte är bindande i sig,<sup>169</sup> antyder den ömsesidiga respekten för såväl unionens som berörda tredje staters behörighetsområden,<sup>170</sup> eller internationell hövlighet, att det bör tillämpas återhållsamhet vid utövande av extraterritoriell behörighet. Det är föga förvånande att Europeiska unionen själv motsätter sig extraterritoriell tillämpning av lagstiftning som antas av tredje land när detta anses lagstridigt.<sup>171</sup>

284. Oaktat det nyss sagda, visar en genomgång av domstolens praxis att en tillämpning av unionsrätten förutsätter att det finns en tillräcklig koppling till unionens territorium.<sup>172</sup> På så sätt iaktas den grundläggande folkrättsliga principen om territorialitet. Trots detta är det inte ovanligt att en stat eller en internationell organisation vid utövandet av suveräna rättigheter även beaktar omständigheter som äger rum eller har ägt rum utanför dess territoriella behörighet.<sup>173</sup>

285. Det följer av domstolens aktuella praxis att unionens konkurrensrätt innehåller ett krav på att det ska finnas en adekvat koppling till unionens territorium, vare sig detta är i form av ett dotterbolag, eller genomförande av konkurrensbegränsande beteende på detta territorium. I tidigare mål har denna koppling dock vara tydligare än i det mål som nu är föremål för prövning.

286. I förevarande mål fann tribunalen att två alternativa kriterier kunde tillämpas för att hävda behörighet: kriteriet rörande genomförande och kriteriet rörande ”kvalificerade” effekter i EES-området.<sup>174</sup> Enligt tribunalen ledde tillämpningen av dessa kriterier till samma slutsats. Kommissionen hade behörighet över Lenovo-avtalen.<sup>175</sup>

168 Se, bland annat, dom av den 24 november 1992, Poulsen och Diva Navigation, C-286/90, EU:C:1992:453 (nedan kallad domen i målet Poulsen), punkt 9.

169 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 29 juni 2006, SGL Carbon/kommissionen, C-308/04 P, EU:C:2006:433, punkt 34.

170 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juli 1972, Geigy/kommissionen, 52/69, EU:C:1972:73, punkt 11.

171 Jag avser, exempelvis, rådets förordning (EG) nr 2271/96 av den 22 november 1996 om skydd mot följderna av extraterritoriell lagstiftning som antas av ett tredje land, och åtgärder som grundar sig på eller är en följd av denna lagstiftning (EGT L 309, 1996, s. 1) (särskilt det tredje och fjärde skälet).

172 Se, bland annat, domen i målet Poulsen, punkt 28, dom av den 29 juni 1994 i målet Aldewereld, C-60/93, EU:C:1994:271, punkt 14, dom av den 9 november 2000, Ingmar, C-381/98, EU:C:2000:605, punkt 25, dom av den 24 juni 2008, Commune de Mesquer, C-188/07, EU:C:2008:359, punkterna 60–63, dom av den 21 december 2011, Air Transport Association of America m.fl., C-366/10, EU:C:2011:864 (nedan kallad domen i målet ATAA), punkt 125, samt dom av den 13 maj 2014, Google Spain och Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punkterna 54 och 55. Se även dom av den 23 april 2015, Zuchtvieh-Export, C-424/13, EU:C:2015:259, punkt 56.

173 Se generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i målet Air Transport Association of America m.fl., C-366/10, EU:C:2011:637, punkterna 148 och 149.

174 Den överklagade domen, punkterna 231–236 och 244.

175 Den överklagade domen, punkterna 296 och 310.

287. I det följande ska jag först förklara min uppfattning i behörighetsfrågan med avseende på folkrättslig verkställighet av unionens konkurrensbestämmelser.<sup>176</sup> Jag ska sedan belysa varför jag anser att överklagandet bör bifallas såvitt avser den femte grunden.

**a) Allmänna anmärkningar – genomförande och/eller effekter?**

288. Min första poäng är enkel och självklar. För att fastställa huruvida kommissionen kan tillämpa unionens konkurrensregler på ett visst beteende måste utgångspunkten vara ordalydelsen i artiklarna 101 och 102 FEUF. Långt ifrån att ge kommissionen *carte blanche* att tillämpa unionens konkurrensregler på beteenden oberoende av var de utövas och oavsett huruvida de har en tydlig koppling till unionens territorium, rör dessa bestämmelser samordnat eller ensidigt konkurrensbegränsande förfarande *inom den inre marknaden*. Artikel 101 FEUF förbjuder avtal eller förfaranden ”som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvräta konkurrensen inom den inre marknaden” och artikel 102 FEUF förbjuder allt ”missbruk ... på den inre marknaden”.

289. Således har principen för behörigheten att tillämpa unionens konkurrensregler klart föreskrivits i dessa bestämmelser. Även om artikel 102 FEUF är något mindre tydlig, är artikel 101 FEUF mycket explicit såtillvida att den avser beteende som har *konkurrensbegränsande verkningar* på den inre marknaden.

290. Vidare, liksom kommissionen, tolkar jag inte domen i målet Woodpulp så, att den innebär att *genomförande* är det enda giltiga kriteriet för behörighet. Jag anser snarare att det står utom allt tvivel att artiklarna 101 och 102 FEUF är tillämpliga när konkurrensbegränsande beteende genomförs i unionen. Med andra ord kan det inte bestridas att beteende som genomförs i unionen kan ha verkningar på den inre marknaden och, således, kan det inte undkomma en prövning enligt unionens konkurrensregler. I detta sammanhang bör det inte bortses från att kriteriet om genomförande är fast förankrat i territorialitetsprincipen och, om det uppfylls, således är en avgörande faktor för att fastställa kommissionens behörighet att tillämpa dessa bestämmelser på ett visst beteende.<sup>177</sup>

291. Det faktum att endast en del av det relevanta beteendet äger rum i unionen saknar, i det avseendet, relevans.<sup>178</sup> I målet Woodpulp, prövade domstolen ett antal förfaranden som syftade till att bestämma massapriserna – vilket kommissionen hade ansett strida mot vad som nu är artikel 101 FEUF – som utländska massaproducenter hade antagit utanför (vad som nu är) Europeiska unionen. I detta sammanhang förklarade domstolen varför genomförandet, snarare än ingåendet eller inrättandet, av ett avtal eller ett närliggande förfarande var relevant för att skapa behörighet. Om förbuden i fördragen endast skulle vara tillämpliga när ett avtal, beslut eller samordnat förfarande ingåtts eller antagits inom unionens territorium, skulle det ge företag ett enkelt sätt att undvika en tillämpning av unionens konkurrensregler. I målet Woodpulp, uppfylldes genomförandekriteriet genom direkt försäljning av kartellprodukterna. De berörda företagen hade sålt pappersmassa direkt till kunder i Europeiska unionen.<sup>179</sup>

292. Till skillnad från Intel, finner jag emellertid inte att det endast är direkt försäljning till unionen från det berörda företaget som kan anses uppfylla genomförandekriteriet vid tillämpning av den rättspraxis som bygger på domen i målet Woodpulp. Den sedvanliga betydelsen av ”genomförande” är att utföra eller sätta i verket. För att uppfylla detta kriterium måste en av de avgörande beståndsdelarna

<sup>176</sup> I detta förslag till avgörande ska jag inte behandla unionsdomstolarnas behörighet att pröva mål rörande enskildas tillämpning av unionens konkurrensregler eller unionslagstiftarens behörighet att stifta lag i konkurrensfrågor.

<sup>177</sup> Se domen i målet Woodpulp, punkterna 16 och 18.

<sup>178</sup> Jag vill anmärka att domstolen har stött ett sådant angreppssätt i flera mål där tillämpligheten av de relevanta unionsbestämmelserna hade ifrågasatts, av vissa enskilda parter, på grund av extraterritoriella verkningar, se domarna i målen Poulsen, ATAA och Google Spain och Google, C-131/12, EU:C:2014:317.

<sup>179</sup> Domen i målet Woodpulp, punkterna 12–18.

i ett konkurrensbegränsande beteende äga rum i unionen. Om detta är fallet beror huvudsakligen på det relevanta beteendets egenskaper, form och omfattning. För att fastställa huruvida beteendet har genomförts i unionen, krävs en bedömning av det lagstridiga beteendet i varje enskilt fall. Jag är exempelvis inte övertygad om att indirekt försäljning av den relevanta produkten aldrig kan anses utgöra genomförande.<sup>180</sup> Enligt min uppfattning beror detta på omständigheterna i varje enskilt fall. Bland de aspekter som ska beaktas i detta sammanhang är huruvida något av företagen som medverkar i en kartell rörande en produkt och det företag som infogar det i en annan produkt som sedan säljs i unionen utgör en del av samma ekonomiska enhet eller, om detta inte är fallet, huruvida det finns andra bolagsmässiga eller strukturella kopplingar mellan företagen i fråga.

293. För att sammanfatta förevarande fråga, genomförs ett gemensamt eller ensidigt förfarande inom den inre marknaden – och utlöser då obestridligen en tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF – när det uppvisar någon form av intraterritoriellt beteende.<sup>181</sup> Med andra ord när en del av det lagstridiga beteendet verkställs, tillämpas eller sätts i verket inom den inre marknaden, eftersom en av dess avgörande beståndsdelar äger rum där.

294. Om genomförande skulle anses utgöra det enda behörighetskriteriet som utlöser tillämpning av unionens konkurrensregler, skulle dock olika typer av beteenden som mycket väl har till syfte eller verkan att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden falla utanför räckvidden för dessa bestämmelser. Jag tänker här på beteende som kännetecknas av en lagstridig underlåtelse, såsom vägran att handla eller bojkotter. Såsom nämndes i punkterna 288 och 289 ovan, skulle en sådan tolkning av artiklarna 101 och 102 FEUF strida mot ordalydelsen i dem.

295. Faktum är att flera generaladvokater redan har uppmanat domstolen att anamma ett verkkningsbaserat angreppssätt i förhållande till behörigheten på konkurrensrättsområdet.<sup>182</sup> Domstolen har hittills varken stött eller uttryckligen avvisat ett sådant betraktelsesätt.<sup>183</sup>

296. Mot denna bakgrund är det min uppfattning att domstolen uttryckligen bör behandla denna fråga i förevarande mål och, i linje med vad de i föregående punkt nämnda generaladvokaterna har föreslagit, anta ett verkkningsbaserat synsätt i fråga om tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF.

180 På denna punkt har jag således en annan uppfattning än generaladvokat Wathelet. Se punkt 46 i generaladvokat Wathelets förslag till avgörande, InnoLux/kommissionen, C-231/14 P, EU:C:2015:292.

181 Jämför Lowe, V. och Staker, C., *„Jurisdiction”*, Evans, M.D., (red.), International Law, 3:e uppl., Oxford University Press, 2010, s. 322 och 323.

182 Till stöd för ett verkkningsbaserat betraktelsesätt, se särskilt generaladvokat Mayras förslag till avgörande, Imperial Chemical Industries/kommissionen, 48/69, EU:C:1972:32, punkt 693 och följande punkter, och generaladvokat Darmons förslag till avgörande i de förenade målen *Ahlström Osakeyhtiö m.fl./kommissionen*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85–129/85, EU:C:1988:258 (nedan kallat förslaget i målet Woodpulp), punkt 19 och följande punkter. För ett liknande synsätt, se generaladvokat Wathelets förslag till avgörande i målet InnoLux/kommissionen, C-231/14 P, EU:C:2015:292, punkt 49, och följande punkter.

183 Parterna har haft längre diskussioner om huruvida den nyligen meddelade domen av den 9 juli 2015, InnoLux/kommissionen, C-231/14 P, EU:C:2015:451, stödde ett sådant betraktelsesätt, även om det endast var underförstått. Det är dock min uppfattning att domstolen valde att inte behandla frågan om behörighet, då den saknade relevans för utgången av målet. Se punkterna 71–73 i nämnda dom.



297. Huruvida ett sådant synsätt är förankrat i ett (vidsträckt) territorialitetsbegrepp eller istället har att göra med någon form av extraterritoriell tillämpning av unionsbestämmelserna är inte avgörande.<sup>184</sup> Det viktiga är att *verkningarna*, under vissa förhållanden, utgör ett kriterium för behörighet som, när det gäller denna typ av lagstiftning, är generellt vedertaget enligt folkrätten<sup>185</sup> och har godtagits i många stater runt om i världen.<sup>186</sup> Förvisso är det så att många lärda jurister anser att en eventuell kontrovers rörande godtagbarheten av ett sådant synsätt, numera är något som hör till historien.<sup>187</sup>

298. I detta sammanhang är det värt att anmärka att flera andra bestämmelser i unionsrätten reglerar beteende utomlands för enheter som varken har säte i en unionsmedlemsstat eller fysisk eller rättslig närvaro i unionen, på grund av de verkningar beteendet har på den inre marknaden. Det är exempelvis fallet avseende flera bestämmelser som reglerar transaktioner med finansiella instrument eller andra typer av ekonomiskt beteende.<sup>188</sup>

299. Det betyder dock inte att alla verkningar, hur svaga eller indirekta de än må vara, kan utlösa tillämpning av unionens konkurrensregler. I en globaliserad ekonomi kommer allt beteende någonstans i världen, exempelvis i Kina, nästan otvivelaktigt få följder i någon form inom unionen. En tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF kan dock inte grunda sig på en alltför avlägsen eller rent hypotetisk koppling eller verkan.

300. Enligt min uppfattning är det särskilt viktigt att behörighet hävdas med återhållsamhet när det gäller beteende som egentligen inte har ägt rum i unionen. Således kan verkningarna av ett påtalat beteende, för att uppfylla ett visst mått av internationell hövlighet och, med samma mynt, säkerställa att företag kan vara verksamma i en förutsebar rättslig miljö, endast med stor försiktighet användas som måttstock för att hävda behörighet. Det är ännu viktigare nuförtiden. Det finns mer än 100 nationella eller överstatliga myndigheter runt om i världen som anser att de har behörighet i fråga om konkurrensbegränsande förfaranden.

301. Såsom tribunalen fann i domen i målet Gencor, är en tillämpning av unionens konkurrensregler endast motiverad om beteendet har förutsebar, omedelbar och väsentlig effekt på den inre marknaden.<sup>189</sup> Här finns det uppenbarligen likheter med konkurrensreglerna i Amerikas förenta stater (USA). Del 1 av Sherman Act innehåller ett generellt förbud mot handelsbegränsningar, utan några geografiska inskränkningar. Av denna anledning antog den amerikanska kongressen år 1982 Foreign Trade Antitrust Improvement Act (FTAIA) (lagen om förbättring av konkurrensbegränsande beteenden i utländsk handel),<sup>190</sup> för att klargöra (och eventuellt begränsa) den extraterritoriella tillämpningen av Sherman Act. Bland annat anges i FTAIA att USA:s konkurrenslagstiftning i princip inte är tillämplig på utländskt beteende, om detta inte har direkt, väsentlig och skäligen förutsebar verkan i USA. I domen i målet Empagran, fann US Supreme Court – vid en tolkning av Sherman Act och FTAIA – att det var oskäligt att tillämpa amerikansk rätt på utländskt beteende om den utländska skadan som påtalats var oberoende av någon inhemsk skada.<sup>191</sup>

184 Den frågan är definitivt omdebatterad i doktrinen. Se, bland annat, International Bar Association, rapport från Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, s. 12 och 13.

185 Se OECD:s ändrade rekommendation från rådet "Cooperation between Member countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade", 1995, tillgänglig på <https://www.oecd.org/daf/competition/21570317.pdf>. Se även förslaget i målet Woodpulp, punkterna 19–31, och dom av den 25 mars 1999, Gencor/kommissionen, T-102/96, EU:T:1999:65, punkt 90.

186 Se, exempelvis, International Bar Association, rapport från Task Force on Extraterritorial Jurisdiction, 2009, s. 39–77.

187 Se, bland annat, Wagner-von Papp, F., "Competition Law, Extraterritoriality & Bilateral Agreements", *Research handbook on International Competition Law*, Edward Elgar Publishing 2012, s. 41 och vidare hänvisningar.

188 För en översikt av dessa bestämmelser och en kritisk bedömning, se Scott, J., "The New EU 'Extraterritoriality'", *Common Market Law Review*, vol. 51, Wolters Kluwer Law and Business, 2014, s. 1343–1380.

189 Den överklagade domen, punkt 243.

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

191 Dom från US Supreme Court, Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359 (2004).

302. EU-domstolen borde låta sig vägledas av liknande principer vid tolkning och tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF på företags gemensamma eller ensidiga beteende som helt äger rum utanför unionens gränser. Som jag ser det, omfattas sådant beteende endast av dessa bestämmelser i den mån en direkt (eller omedelbar), väsentlig och förutsebar konkurrensbegränsande verkan kan identifieras inom den inre marknaden. Detta kriterium avseende ”kvalificerade” effekter (som jag förstår det betyder det att verkningarna är tillräckligt stora för att grunda behörighet) är inte uppfyllt när, exempelvis, att beteendet endast har hypotetisk verkan, eller för den delen är av mindre betydelse, i unionen. Det är heller inte uppfyllt när snedvridningen av konkurrensen på den inre marknaden inte kan tillskrivas företaget i fråga, eftersom de skadliga verkningarna inte var förutsebara för företaget.

303. Ordalydelsen i artiklarna 101 och 102 FEUF motiverar inte att kommissionen tillämpar unionsbestämmelser på beteende som inte har ”kvalificerade” effekter inom unionen. En annan uppfattning skulle också vara problematisk enligt folkrättsliga regler. Om unionens konkurrensregler gavs en alltför vidsträckt tillämpning skulle de riskera att inverka på andra staters suveränitet och vara juridiskt, och praktiskt, svåra att verkställa.<sup>192</sup> Det skulle också öka överlappningen med andra staters behörighet eller politik i betydlig mån och leda till stor osäkerhet för företag och ökad risk för att motstridiga bestämmelser (eller domar) skulle vara tillämpliga på samma beteende. Sist men inte minst skulle det leda till oklarhet enligt principen om god förvaltning. Vad skulle vara syftet med att verkställa unionsbestämmelser avseende beteende som inte har någon väsentlig verkan i unionen? Skulle det utgöra en giltig och effektiv användning av unionens begränsade resurser?

304. Mot bakgrund av ovanstående är det min uppfattning att tribunalen, såsom Intel har gjort gällande, inte kan kritiseras för att ha undersökt kommissionens behörighet att tillämpa artikel 102 FEUF såväl enligt kriteriet om genomförande som enligt kriteriet om ”kvalificerade” effekter. Visst skulle det ha varit mer logiskt att först fastställa huruvida Intels beteende hade genomförts i unionen och, om detta inte var fallet, först då undersöka om beteendet ändå hade ”kvalificerade” effekter på den inre marknaden.

305. Såsom tribunalen betonade i punkt 246 i den överklagade domen saknar det emellertid relevans att Intel inte bestred kommissionens behörighet under det administrativa förfarandet. Liksom domstolen konsekvent har funnit, omfattar den lagenlighetsprövning som föreskrivs i artikel 263 FEUF samtliga omständigheter i kommissionens beslut i förfaranden om tillämpning av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF. Tribunalen säkerställer en fördjupad prövning utifrån dessa bestämmelser, såväl vad gäller de rättsliga som de faktiska omständigheterna, mot bakgrund av de grunder som klagandena har åberopat. Detta gäller oavsett om dessa omständigheter ägde rum före eller efter det aktuella beslutet och oavsett om de åberopats tidigare under det administrativa förfarandet eller för första gången i målet vid tribunalen, i den mån omständigheterna är relevanta för lagenlighetsprövningen av kommissionens beslut.<sup>193</sup>

306. Sammanfattningsvis ser jag inte någon anledning till att ifrågasätta de rättsliga ramverk som tribunalen tillämpar. Trots detta finner jag det lämpligt att göra några kritiska anmärkningar i fråga om tillämpningen av dessa behörighetskriterier på det påstådda missbruk som uppkom till följd av de Lenovo-avtal som var föremål för prövning i den överklagade domen.

<sup>192</sup> Det är just av denna anledning som unionens institutioner har ingått avtal med myndigheterna i flera länder utanför unionen, för att upprätta olika former av samarbete på området för konkurrensrätt. Exempelvis har inte mindre än två sådana avtal ingåtts med USA:s regering. Intressant nog har båda att göra med behörighetsfrågan. Innehållet i dessa avtal och ytterligare hänvisningar kan hämtas från <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral>.

<sup>193</sup> Se dom av den 21 januari 2016, Galp Energía España m.fl./kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:38, punkt 72.

***b) Bedömning av tribunalens tillämpning av de relevanta behörighetskriterierna***

307. Jag ska börja med att undersöka tribunalens bedömning av genomförandet i EES-området av de icke dolda begränsningarna och exklusivitetsrabatterna som grundade sig på Lenovo-avtalen.

*i) Genomförande*

308. Tribunalen fann i den överklagade domen<sup>194</sup> att avsikten med Lenovo-avtalen var att de skulle genomföras av Lenovo i hela världen, bland annat i EES-området. Mot bakgrund av dessa avtal kunde Intel inte göra gällande att det inte hade något inflytande över Lenovos användning av centralprocessorerna från Intel. Intel kände också till att Lenovo var närvarande på den gemensamma marknaden och sålde sina bärbara datorer där.

309. Jag anser att denna argumentation är ogiltig till följd av en felaktig rättstillämpning. Om kommissionen hade fastställt att Intel och Lenovo tillsammans hade överträtt artikel 101 FEUF skulle det ha varit riktigt att tribunalen undersökte huruvida deras avtal var avsedda att genomföras av någon av parterna i EES-området. Det omtvistade beslutet rörde emellertid ett beteende som kommissionen hade ifrågasatt enligt artikel 102 FEUF: ett ensidigt beteende från Intels sida. Det är således detta ensidiga beteende – det påstådda missbruket – som måste genomföras i EES-området.

310. Trots detta görs inte någonstans i den överklagade domen någon hänvisning till beteende som inletts eller utförts av Intel i EES-området i syfte att genomföra vad som avtalats i Lenovo-avtalen. Detta är inte förvånande. Dessa avtal, som ingicks mellan ett amerikanskt och ett kinesiskt företag, rörde försäljning av centralprocessorer tillverkade och sålda utanför unionen, för användning i datorer som tillverkades i Kina. De begränsade endast möjligheten för AMD, även det ett företag med säte i USA, att sälja centralprocessorer på den kinesiska marknaden.

311. Istället för att fokusera på Intels eventuella genomförande, koncentrerade sig tribunalen på kundernas beteende på en nedströms marknad för att skapa en koppling till EES-området. Blotta omständigheten att Lenovo under viss tid avstod från att sälja en viss datormodell på global nivå, eventuellt även på EES-området, utgjorde i tribunalens mening ett exempel på genomförande av Intels missbruk.

312. Denna argumentation förmår inte att övertyga. Genom att knyta genomförandet till beteendet hos kunder till det företag som påstås ha överträtt artikel 102 FEUF skulle det vara möjligt att tolka nästan alla former av beteenden – oavsett hur avlägsna de är från unionens territorium – så att de omfattas av kommissionens behörighet som grundar sig på kriteriet om genomförande. Inte heller de övriga aspekter som beaktats av tribunalen förmår övertyga. För det första förefaller det faktum i sig att Intel hade inflytande över Lenovos användning av centralprocessorer från Intel sakna relevans i detta avseende. Om Lenovo hade haft någon bolagsmässig eller strukturell koppling till Intel kunde det ha lett till en annan slutsats. För det andra har även omständigheten att Intel kände till att Lenovo var närvarande på den inre marknaden och sålde bärbara datorer där också liten betydelse. Jag ska återigen understryka att det lagstridiga beteendet inte har att göra med försäljningen av bärbara datorer. Det har att göra med utestängningen av AMD från marknaden för centralprocessorer. Enbart det faktum att företaget kände till att en kund var närvarande i EES-området kan inte betraktas som genomförande av missbruket på en uppströms marknad.

313. Mot bakgrund av de aspekter som framkommit i den överklagade domen är jag därför inte övertygad om att Intels påstådda missbruk kan anses ha genomförts i EES-området i den mening som avses i domen i målet Woodpulp. Det är inget i det ifrågavarande beteendet som, såvitt jag kan se, kan anses ha genomförts, utförts eller satts i verket på den inre marknaden.

<sup>194</sup> Den överklagade domen, punkterna 310–314.

314. Det utesluter dock inte att Intels beteende kan ha haft en sådan konkurrensbegränsande verkan på den inre marknaden som omfattas av artikel 102 FEUF. Därför ska jag nu övergå till tribunalens bedömning avseende effekterna av Intels missbruk på EES-området.

*ii) "Kvalificerade" effekter*

315. I den överklagade domen<sup>195</sup> förklarade tribunalen först att de relevanta kriterierna var huruvida Intels beteende kunde ha omedelbara, väsentliga och förutsebara verkningar på den inre marknaden. Enligt tribunalen innebar detta inte att effekterna på marknaden måste vara konkreta, utan endast att det måste vara tillräckligt sannolikt att det ifrågasatta beteendet är ägnat att ha en påtaglig och inte försumbar inverkan där. Tribunalen undersökte därefter effekterna av de två typerna av beteenden var för sig.

316. Med avseende på de icke dolda begränsningarna anmärkte tribunalen att avsikten var att 5 400 respektive 4 250 enheter av de två bärbara datormodeller som berördes av den uppskjutna lanseringen skulle säljas inom EMEA-regionen (Europa, Mellanöstern och Afrika) under fjärde kvartalet år 2006. Tribunalen tillade att EES-området är en viktig del av denna region. Då Intel inte hade lagt fram någon bevisning som styrkte dess påstående att det var möjligt att samtliga dessa datorer var avsedda för områden utanför EES-området, konstaterade tribunalen att det åtminstone potentiellt hade uppstått effekter inom EES-området. Tribunalen fann vidare att antalet berörda enheter i EMEA-regionen var litet, men att Intels beteende ingick i en enda, fortlöpande överträdelse.<sup>196</sup> Tribunalen fann också att Intels beteende var ägnat att få omedelbara effekter inom EES-området (där det under en viss period inte gick att få tag i en datormodell med AMD-processor) och direkt (Intels beteende berörde försäljningen av Lenovos datorer direkt).<sup>197</sup>

317. Med avseende på exklusivetsrabatterna fann tribunalen att effekterna var omedelbara, eftersom det inte på någon plats i världen gick att få tag i en bärbar dator från Lenovo som var utrustad med en x86-processor från en konkurrent till Intel, inte heller i EES-området. Tribunalen angav därefter att denna konkurrensbegränsande effekt var förutsebar för Intel, som till och med eftersträfvade denna effekt. Med avseende på frågan om effekterna var väsentliga, påpekade tribunalen att exklusivetsrabatter ingick i en enda, fortlöpande överträdelse.<sup>198</sup>

318. Tribunalens skäl är inte bara kortfattade. De är också ogiltiga på grund av en felaktig rättstillämpning.

319. För båda typerna av beteende var tribunalens enda argument rörande effekternas väsentliga natur att de ingick i enda, fortlöpande överträdelse. Som förklarats ovan i punkt 179 och följande punkter är emellertid begreppet en enda, fortlöpande överträdelse endast en processregel som är avsedd att underlätta bevisbördan för konkurrensmyndigheterna. Begreppet ska inte – och kan inte – utsträcka räckvidden för förbuden enligt fördragen.

320. Icke desto mindre är det precis vad tribunalen gjorde i den överklagade domen. Istället för att undersöka huruvida exklusivetsrabatterna och de icke dolda begränsningarna var för sig kunde skapa nämnvärda konkurrensbegränsande effekter på den inre marknaden, vilket skulle ha utlöst en tillämpning av artikel 102 FEUF, buntade tribunalen helt enkelt ihop dem med beteende som ägde rum i unionen och fann att de utgjorde en enda, fortlöpande överträdelse som, enligt tribunalens

<sup>195</sup> Den överklagade domen, punkterna 250–258 och 283–297.

<sup>196</sup> Den överklagade domen, punkt 290.

<sup>197</sup> Den överklagade domen, punkterna 277 och 278.

<sup>198</sup> Den överklagade domen, punkterna 293–295.

uppfattning, hade väsentliga effekter. Av detta skäl omfattades två skilda typer av utländskt beteende som, i princip, båda eventuellt kunde ha fallit utanför tillämpningsområdet för artikel 102 FEUF, eftersom de undersöktes tillsammans med annat beteende som beståndsdelar i en övergripande plan att begränsa konkurrensen.

321. Om tribunalen hade tillämpat kriteriet rörande ”kvalificerade” effekter korrekt (och bedömt huruvida varje enskilt beteende omfattades av kommissionens behörighet) skulle bedömningen mycket väl kunnat leda till ett annat resultat. Exempelvis angav tribunalen själv att det antal datorer som påverkades av de icke dolda begränsningarna var ”litet” och att det var oklart huruvida alla eller några av dessa var avsedda att säljas i EES-området. Med avseende på denna sistnämnda aspekt, vill jag också notera att tribunalen gjort ytterligare en felaktig rättstillämpning. Det är uppenbart att kommissionen har en skyldighet att bevisa att effekterna av ett påtalat beteende på den inre marknaden kan vara väsentliga. Enligt fast rättspraxis ankommer det nämligen på kommissionen att bevisa att alla villkor som krävs för att tillämpa artiklarna 101 och 102 FEUF i ett särskilt fall är uppfyllda.<sup>199</sup> Det var således fel att kräva att Intel skulle motbevisa den presumtion som kommissionen gjort i fråga om den potentiella försäljningen i EES-området av datorer som var avsedda för en mycket större region.

322. Visst är det så att Lenovo-avtalen hade omedelbara och direkta effekter, om dessa begrepp ska förstås så att avtalen påverkade Lenovos beteende när det gäller inköp av centralprocessorer och den efterföljande försäljningen av bärbara datorer med x86-processorer. Den viktiga frågan är dock huruvida de konkurrensbegränsande effekterna på grund av dessa avtal var omedelbara och direkta inom EES-området. Med andra ord borde tribunalen ha frågat huruvida dessa avtal omedelbart eller direkt kunde minska Intels konkurrenters förmåga att konkurrera om x86-processorer på den inre marknaden. Tribunalen har inte undersökt denna aspekt alls. Tribunalen angav bara att avtalen hade en inverkan på Lenovos affärsval. Det är något som alla kommersiella avtal är avsedda att ha.

323. Tribunalen argumenterade på samma felaktiga sätt när det gäller frågan huruvida de effekter som uppkom till följd av Lenovo-avtalen var förutsebara. Även i detta avseende fokuserade tribunalen på vilka effekter dessa avtal hade (eller var avsedda att ha) på Lenovos affärsval. Den överklagade domen tar inte upp frågan huruvida de (påstått) konkurrensbegränsande effekterna av dessa avtal på den inre marknaden var förutsebara.

324. På grundval av de aspekter som angetts i den överklagade domen, förefaller de eventuella konkurrensbegränsande effekterna av Lenovo-avtalen, istället för att vara omedelbara, väsentliga och förutsebara, snarare vara hypotetiska, spekulativa och sakna stöd. Det innebär dock inte att Lenovo-avtalen inte hade, eller inte kunde ha, sådana ”kvalificerade” effekter på den inre marknaden.

325. Å ena sidan kan det vara legitimt att betvivla att, exempelvis, beteende som påverkade försäljningen i EES-området av bara några tusen datorer, vilket utgör en mycket liten andel av världsmarknaden för centralprocessorer, under en särskilt kort tidsperiod, skulle kunna ha omedelbara, väsentliga och förutsebara effekter inom EES-området. Å andra sidan kan det inte uteslutas att Lenovo-avtalen kunde ha haft en väsentlig verkan på AMD:s kontinuerliga förmåga att utveckla, tillverka och sälja centralprocessorer på världsmarknaden, inbegripet EES-området. Ur Intels synvinkel kan utestängning av den enda potentiella konkurrenten på marknaden för centralprocessorer uppnås oavsett om företaget väljer att rikta in sig på kunder som har verksamhet i EES-området eller på annan plats. De eftersträlvade effekterna är desamma.

<sup>199</sup> Se artikel 2 i förordning nr 1/2003.

326. Tyvärr gjorde tribunalen inte någon sådan bedömning. Den grundläggande frågan huruvida Lenovo-avtalen kunde skapa omedelbara, väsentliga och förutsebara konkurrensbegränsande effekter inom EES-området kvarstår därför som obesvarad. Detta är fallet trots dess avgörande vikt för att fastställa huruvida artikel 102 FEUF kan tillämpas på det påstådda missbruk som avtalen ledde till.

327. Mot bakgrund av vad som sagts ovan drar jag slutsatsen att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning vid tillämpningen både av kriteriet om genomförande och kriteriet om "kvalificerade" effekter för att inte godta Intels (och ACT:s) argument rörande kommissionens bristande behörighet att tillämpa artikel 102 FEUF i fråga om det missbruk som härrörde från Lenovo-avtalet. Överklagandet ska därför bifallas såvitt avser den femte grunden.

## **G – Den sjätte grunden för överklagandet: Bötesbeloppet**

### ***1. Parternas huvudsakliga argument***

328. Den sjätte grunden rör storleken på bötesbeloppet som utdömdes i första instans. Grunden är uppdelad i två delar. För det första har Intel gjort gällande att bötesbeloppet inte är proportionerligt, oavsett ytterligare sänkning av bötesbeloppet på grund av tribunalens felaktiga rättstillämpning. För det andra har Intel gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att tillämpa 2006 års riktlinjer på ett beteende som hade ägt rum innan riktlinjerna hade antagits. Den retroaktiva tillämpningen av 2006 års riktlinjer för att motivera ett bötesbelopp som var mer än 50 gånger högre än vad som angavs i gällande lagstiftning vid den tidpunkt då den övervägande delen av beteendet ägde rum strider, enligt klagandens uppfattning, mot grundläggande principer i unionsrätten. I synnerhet har klaganden ifrågasatt att ett sådant betraktelsesätt är förenligt med artikel 7 i Europakonventionen och artikel 49 i stadgan.

329. Kommissionen har gjort gällande att överklagandet ska avvisas i denna del, då överklagandet delvis inte kan upptas till sakprövning på denna grund och delvis då grunden saknar verkan. Alternativt ska överklagandet ogillas i denna del.

### ***2. Bedömning***

330. Klaganden har framställt förevarande grund som en självständig grund för att ogiltigförklara den överklagade domen. Klaganden har gjort gällande att tribunalen åsidosatte proportionalitetsprincipen och tillämpade kommissionens riktlinjer felaktigt (retroaktivt) när bötesbeloppet fastställdes.

331. Den första delen av den sjätte grunden har att göra med frågan huruvida det bötesbelopp som klaganden ålades att betala enligt det omtvistade beslutet, och vilket sedermera fastställdes av tribunalen, var (o)proportionerligt. I huvudsak har klaganden ställt följande fråga: Vilka är de adekvata kriterierna för att bedöma huruvida ett bötesbelopp som kommissionen har utdömt inom ramen för sina undersökningar är proportionerligt?

332. Det är på intet sätt en ointressant fråga. Rent principiellt rör den vid själva kärnan för de befogenheter kommissionen har när det gäller att utreda och vidta åtgärder mot överträdelser av unionens konkurrensbestämmelser. Vidare får den konsekvenser för på vilket sätt unionsdomstolarna utövar sin obegränsade behörighet i samband med fastställande av böter.

333. Ett ingående svar på denna fråga skulle kräva att en mängd känsliga frågor undersöktes. Jag tänker särskilt på samverkan mellan den avskräckande funktionen av böter och nivån på bötesbeloppet, den relevanta referenspunkten för att mäta proportionaliteten (det vill säga – proportionalitet i förhållande till vad?) och de begränsningar som artikel 49.3 i stadgan kan medföra i fråga om nivån på bötesbelopp som utdöms mot företag som har åsidosatt unionens konkurrensregler.

334. Tyvärr lämpar sig inte detta överklagande för en sådan diskussion. Förutom några enstaka anmärkningar rörande bötesbeloppets oproportionerliga egenskaper, särskilt i jämförelse med böter som tidigare utdömts i mål om rabatter enligt artikel 102 FEUF, har klaganden inte förklarat på vilket sätt tribunalens bedömning strider mot proportionalitetsprincipen.<sup>200</sup> Intel har helt enkelt bett domstolen att själv avgöra vilken sanktionsåtgärd, om någon, som är proportionerlig i de omständigheter som är aktuella i förevarande mål.

335. I detta sammanhang får domstolen, såsom är välkänt, inte ersätta tribunalens bedömning av bötesbeloppet med sin egen, utifrån skälighetshänsyn. Det är därför endast om domstolen bedömer att böterna inte endast är olämpliga utan så överdrivet höga att de är oproportionerliga som den kan slå fast att tribunalen, genom att fastställa ett orimligt bötesbelopp, har gjort en felaktig rättstillämpning.<sup>201</sup> Det faktum att det i det omtvistade beslutet ålagda bötesbeloppet (1,06 miljarder euro) var rekordhøgt när det fastställdes gör inte i sig att det var olämpligt eller, förvisso, oproportionerligt, såsom klaganden verkar ha antytt.

336. Faktum är att argumenten rörande proportionalitet, i praktiken, har inneburit att vissa bedömningar av faktiska omständigheter och, särskilt, bedömningen av bevisningen i första instans har ifrågasatts.<sup>202</sup> Till skillnad från vad som är fallet rörande de andra grunderna i förevarande mål, framgår det här inte tydligt av klagandens yttranden vilken felaktig *rättstillämpning* tribunalen anses ha gjort. Såsom redan har påpekats ska domstolen, vid ett överklagande, inte göra en förnyad prövning av faktiska omständigheter eller bevisning. Något underbyggt yrkande rörande en uppenbar felbedömning av de faktiska omständigheterna har inte gjorts i förevarande mål. Inte heller framgår det av handlingarna i målet att tribunalen har missuppfattat bevisningen på sätt som angetts av Intel. För att kunna prövas av domstolen i ett överklagande, måste det vara möjligt att identifiera den påstådda missuppfattningen utan att en ny prövning görs av de faktiska omständigheterna.<sup>203</sup>

337. Det är därför jag delar kommissionens uppfattning att de argument som klaganden har framställt rörande bötesbeloppets proportionalitet inte kan upptas till sakprövning.

338. Den andra delen av den sjätte grunden har att göra med den retroaktiva tillämpningen av kommissionens riktlinjer från år 2006 på beteenden som delvis hade ägt rum innan riktlinjerna antogs. Frågan är i vilken utsträckning kommissionen är bunden av riktlinjerna.

339. Domstolens praxis är tydlig på denna punkt och är inte till klagandens fördel.

340. Det är fast rättspraxis att kommissionen inte är förhindrad att justera nivån på böterna (uppåt) inom de gränser som anges i förordning nr 1/2003, om detta är nödvändigt för att säkerställa att unionens konkurrenspolitik efterlevs. Detta är fallet, eftersom en effektiv tillämpning av unionens konkurrensregler kräver att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna

200 I detta avseende är det viktigt att erinra om att kommissionens praxis i tidigare mål generellt inte kan utgöra ett rättsligt ramverk för böter som åläggs i konkurrensförfaranden. Detta är fallet, eftersom kommissionen har ett stort utrymme i fråga om att skönsmässigt fastställa böter och är, i princip, inte bunden av tidigare bedömningar. Se, bland annat, dom av den 19 mars 2009, Archer Daniels Midland/kommissionen, C-510/06 P, EU:C:2009:166, punkt 82, och där angiven rättspraxis.

201 Se, bland många, dom av den 10 juli 2014, Telefónica och Telefónica de España/kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punkt 205 och där angiven rättspraxis, och dom av den 4 september 2014, YKK m.fl./kommissionen, C-408/12 P, EU:C:2014:2153, punkt 29 och där angiven rättspraxis. Se även dom av den 29 april 2004, British Sugar/kommissionen, C-359/01 P, EU:C:2004:255, punkt 47 och där angiven rättspraxis, dom av den 19 december 2013, Koninklijke Wegenbouw Stevin/kommissionen, C-586/12 P, ej publicerad, EU:C:2013:863, punkt 33 och där angiven rättspraxis.

202 I detta avseende har klaganden åberopat en lista på omständigheter som klaganden ansåg att tribunalen hade bedömt felaktigt i den överklagade domen. Dessutom har klaganden ifrågasatt tribunalens sätt att hantera bevisningen angående hemlighållande, en omständighet som angavs för att utdöma ett högre bötesbelopp.

203 Se, exempelvis, dom av den 6 april 2006, General Motors/kommissionen, C-551/03 P, EU:C:2006:229, punkterna 51–53 och där angiven rättspraxis, och dom av den 8 mars 2016, Grekland/kommissionen, C-431/14 P, EU:C:2016:145, punkterna 31 och 32 och där angiven rättspraxis.

politik kräver.<sup>204</sup> Inom ramen för detta kan principen om förbud mot retroaktiv tillämpning endast ha betydelse för det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har när det gäller att fastställa böter om ändringen i fråga inte i rimlig grad var förutsebar då de berörda överträdelsena begicks.<sup>205</sup>

341. Ännu mer grundläggande är att domstolen har funnit att företag som är föremål för ett administrativt förfarande som kan utmynna i böter, inte kan ha berättigade förväntningar på att en viss beräkningsmetod ska tillämpas. Tvärtom ska företagen i fråga beakta att kommissionen när som helst kan besluta om att höja bötesnivån i förhållande till den nivå som tillämpats tidigare. Detta gäller inte endast när kommissionen höjer bötesnivån vid åläggandet av böter genom individuella beslut, utan även när denna höjning sker genom tillämpning på enskilda fall av förhållningsregler med allmän räckvidd såsom riktlinjerna från år 2006.<sup>206</sup>

342. Dessa uttalanden antyder för mig att så länge de ålagda böterna inte överskrider begränsningarna i artikel 23.2 i förordning nr 1/2003, så kan klaganden inte med framgång stödja sig på principen om förbud mot retroaktiv tillämpning för att ifrågasätta de böter som ålades i enlighet med 2006 års riktlinjer. Det är fallet, inte minst eftersom riktlinjerna redan var i kraft när det ifrågasatta beteendet hade upphört. I själva verket är det förordning nr 1/2003 som definierar, som tillämplig rätt, gränserna för kommissionens skönsmässiga utrymme för att fastställa böter för överträdelse av unionens konkurrensregler, och inte riktlinjerna som mer i detalj anger hur kommissionen avser att utöva detta skönsmässiga utrymme.

343. Mot denna bakgrund kan överklagandet inte bifallas såvitt avser den andra delen av den sjätte grunden. Följaktligen kan klaganden inte vinna framgång med den sjätte grunden.

## VI – Följderna av bedömningen

344. Enligt artikel 61 första stycket i domstolens stadga ska domstolen upphäva tribunalens dom om överklagandet är välgrundat. Domstolen kan själv slutligt avgöra målet om detta är färdigt för avgörande. Den kan också återförvisa målet till tribunalen.

345. Jag har dragit slutsatsen att överklagandet ska bifallas såvitt avser den första, den andra, den tredje, den fjärde och den femte grunden. Följaktligen ska den överklagade domen upphävas.

346. Mot bakgrund av egenskaperna hos de fel som tribunalen har gjort såvitt avser den första, den andra, den tredje och den femte grunden, är det inte, med hänsyn till utredningen i målet, möjligt för domstolen att själv slutligt avgöra målet. Detta är fallet, eftersom ett avgörande i saken (nämligen huruvida de rabatter och utbetalningar som Intel erbjöd utgör missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 102 FEUF, samt huruvida Lenovo-avtalen hade omedelbara, väsentliga och förutsebara konkurrensbegränsande effekter på EES-området) är beroende av att samtliga omständigheter i målet prövas och, i förekommande fall, att de konkreta eller eventuella effekterna av Intels beteende på konkurrensen inom den inre marknaden prövas. Detta kräver i sin tur en bedömning av de faktiska omständigheterna, vilket tribunalen är bäst lämpad att göra.

347. Med avseende på den fjärde grunden (åsidosättande av klagandens rätt till försvar) förefaller emellertid domstolen, redan från början, tillräckligt välunderrättad för att meddela ett avgörande rörande upphävande av det omtvistade beslutet. Icke desto mindre föranleder omständigheterna i målet, jämte de åsikter som framförts vid domstolen, mig att föreslå att målet, även i denna del, ska

204 Se, nyligen, dom av den 18 juli 2013, *Schindler Holding m.fl./kommissionen*, C-501/11 P, EU:C:2013:522, punkt 75 och där angiven rättspraxis.

205 Se domen i målet *Dansk Rørindustri*, punkt 224.

206 Domen i målet *Dansk Rørindustri*, punkterna 228–231.



återförvisas till tribunalen. Närmare bestämt bör parterna beredas tillfälle att yttra sig om vilka följder förfarandefelet i fråga bör få, och särskilt om huruvida det omtvistade beslutet bör ogiltigförklaras i sin helhet (såsom var fallet i domen i målet Solvay<sup>207</sup>), eller bara i den del som rör Intels uppträdande gentemot Dell.

348. Följaktligen föreslår jag att domstolen återförvisar målet till tribunalen för förnyad prövning.

## VII – Förslag till avgörande

349. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen

- 1) upphäver den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 12 juni 2014 i mål T-286/09, Intel/kommissionen,
- (2) återförvisar målet till tribunalen, och
- (3) förordnar att frågan om rättegångskostnader ska anstå.

207 Domen i målet Solvay, punkterna 71 och 72.