

# Ny runde til Intel

EU-Domstolen tilsidesætter tidligere afgørelse, hvor Intel ellers var blevet pålagt en rekordstor bøde på 1,06 mia. euro for misbrug af dominerende stilling. Dommen indikerer en ændring af tilgangen til "eksklusivrabatter".

Domstolens dom, der blev afsagt den 6. september 2017 i sag C-413/14 P, betyder helt konkret, at Retten på ny skal tage stilling til, om der er grundlag for at konkludere, at den amerikanske chipproducent begrænsede konkurrencen på markedet for mikroprocessorer ved at tilbyde visse computerproducenter eksklusivrabatter.

Retten vil nu skulle inddrage samtlige relevante omstændigheder for at undersøge, om de omtvistede rabatter var egnede til at begrænse konkurrencen. Dette vil i givet fald skulle ske inden for rammerne af "as efficient competitor"-testen.

Domstolens dom peger i retning af et skifte fra en formbaseret tilgang til eksklusivrabatter til en mere effektbaseret tilgang på linje med andre former for prismisbrug.

Omvendt er det væsentligt at hæfte sig ved Domstolens udtalelse om, at denne tilgang i hvert fald skal anvendes i tilfælde, hvor den dominerende virksomhed har fremlagt beviser til støtte for, at dens adfærd ikke har været egnet til at begrænse konkurrencen.

## Intel-sagen fra 2009: Rekordstor bøde for misbrug af dominerende stilling

I 2009 tildelte Kommissionen Intel en bøde på 1,06 mia. euro for misbrug af dominerende stilling på markedet for mikroprocessorer (såkaldte "CPU-er").

Kommissionen fandt, at Intel havde forsøgt at udelukke konkurrenten AMD fra markedet ved at tilbyde de største computerproducenter (Dell, Lenovo, HP m.fl.) "eksklusivrabatter", hvis virksomhederne placerede hele eller hovedparten af deres indkøb hos Intel.

Herudover fandt Kommissionen, at Intel var skyldig i misbrug gennem såkaldte "naked restrictions", fordi Intel havde begrænset AMD's adgang til markedet ved at tilbyde computerproducenter og detailforhandlere andre former for betalinger på betingelse af, at virksomhederne enten accepterede at udskyde produktionen af computere baseret på AMD-processorer eller kun solgte computere med Intel-processorer.

Intel indbragte afgørelsen for Retten, som den 12. juni 2014 stadfæstede Kommissionens beslutning.

Retten fandt – på linje med Kommissionen – at det ikke var nødvendigt at påvise, at eksklusivrabatterne i det konkrete tilfælde rent faktisk havde begrænset konkurrencen. Samtidig fandt Retten, at Kommissionen i fornødent omfang havde godtgjort, at eksklusivrabatterne i praksis kunne begrænse konkurrencen.

## EU-Domstolen: Kommissionen bør anvende "as efficient competitor"-testen

Under sagen gjorde Intel gældende, at ydelsen af eksklusivrabatter først kan kvalificeres som et misbrug, efter at der er foretaget en undersøgelse af alle relevante omstændigheder, herunder en undersøgelse af de pågældende rabatters størrelse og varighed, de berørte markedsandele, kundernes behov og sidst, men ikke mindst, rabatternes evne til at udelukke en konkurrent, der er lige så effektiv ("as efficient competitor"-testen).

Samtidig gjorde Intel gældende, at Retten med urette havde fastslået, at en "væsentlig" andel af markedet havde været omfattet af de omtvistede eksklusivrabatter. Ifølge Intel var kun 14 % af markedet omfattet af rabatordningen. Herudover var Intel af den opfattelse, at Retten havde begået en fejl ved at overse, at der var tale om kortvarige aftaler, og at Intels kunder derfor forholdsvis hurtigt kunne skifte til fordel for AMD, hvilket i praksis også var sket.

Domstolen bekræftede indledningsvist, at artikel 102 TEUF om misbrug af en dominerende stilling på markedet på ingen måde har til formål at sikre, at konkurrenter, der er mindre effektive end den dominerende virksomhed, kan forblive på markedet (jf. bl.a. Post Danmark, C-209/10). Det er således ikke enhver eliminering af konkurrencen fra konkurrenter, som skader den frie konkurrence.

Samtidig konstaterede Domstolen – helt på linje med tidligere praksis – at en dominerende virksomhed har en særlig forpligtelse til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det relevante marked.

Ifølge Domstolen vil det derfor også udgøre et misbrug, hvis en dominerende virksomhed anvender loyalitetsrabatter, som ydes på betingelse af, at kunden udelukkende foretager alle eller en betydelig del af sine indkøb hos den dominerende virksomhed: Eksklusivrabatter.

Herefter udtalte Domstolen imidlertid, at denne retspraksis må præciseres i det tilfælde, hvor den dominerende virksomhed har fremlagt beviser til støtte for, at dens adfærd ikke var egnet til at begrænse konkurrencen og derfor ikke havde udelukkelsesvirkninger.

Ifølge Domstolen er det i sådanne tilfælde ikke tilstrækkeligt, at Kommissionen begrænser sig til at undersøge betydningen af virksomhedens dominerende stilling på det relevante marked, markedsdækningen samt betingelserne for rabatordningen. Kommissionen vil også være forpligtet til at vurdere, om eksklusivrabatten har til formål at udelukke de konkurrenter, der er mindst lige så effektive som den dominerende virksomhed (jf. analogt Post Danmark, C-209/10).

Domstolen konstaterede herefter, at Retten, ved at afvise den af Kommissionen gennemførte "as efficient competitor"-test som irrelevant, med urette havde undladt at tage hensyn til ovenstående argumenter, som Intel havde gjort gældende under sagen. Domstolen fandt på dette grundlag, at Retten dermed havde undladt at forholde sig til de fejl, som Kommissionen angiveligt havde begået inden for rammerne af "as efficient competitor"-testen.

## **Eksklusivrabatter skal fremover vurderes ud fra en effektbaseret analyse**

Domstolens dom har været ventet med spænding, ikke mindst efter at generaladvokat Wahl i sit forslag til afgørelse havde argumenteret for, at Retten havde misfortolket tidligere praksis om eksklusivrabatter ved at konstatere, at det var unødvendigt at foretage en analyse af rabatternes reelle effekt for konkurrencen på markedet.

Domstolens dom må på denne baggrund opfattes som et væsentligt skridt i retning af et krav om, at eksklusivrabatter – på samme måde som andre former for ekskluderende prisadfærd – skal vurderes ud fra en effektbaseret analyse, og at en formbaseret tilgang ikke længere vil kunne opretholdes.

Dette gælder i hvert fald i de i tilfælde, hvor den dominerende virksomhed har fremlagt beviser til støtte for, at dennes adfærd ikke var egnet til at begrænse konkurrencen. Domstolens udtalelse på dette punkt skal formentlig tages til indtægt for, at det dog heller ikke fremover i alle tilfælde vil være nødvendigt at foretage en effektbaseret analyse.

På linje hermed er Domstolens dom i Post Danmark II-sagen (C-23/14), hvor Domstolen udtalte, at anvendelsen af "as efficient competitor"-testen ikke udgør en ufravigelig betingelse for at fastslå, at et rabatsystem har karakter af misbrug, men at testen alene skal betragtes som ét instrument blandt flere andre med henblik på at vurdere, om der foreligger et misbrug.

Set i det lys er Intel-dommen derfor måske også mere udtryk for en præcisering af, at Kommissionen og andre konkurrencemyndigheder ikke længere kan læne sig op af en formbaseret betragtning om, at en bestemt form for ekskluderende adfærd i sig selv udgør et misbrug.

Det kan myndighederne ganske vist fortsat tillade sig at formode. Men en formodning er netop kun en formodning, og det vil i praksis skulle godtgøres, at eksklusivrabatter faktisk virker "ekskluderende" og derfor udelukker konkurrencen.

Det bliver interessant at følge udfaldet af anden runde i Intel-sagen.