

# Annotatie

## De Intel-beschikking

Mr. P.P.J. van Ginneken en mr. H.H.P. Lugard\*

*Intel Corporation, zaak COMP/C-3/37.990, beschikking van de Commissie van 13 mei 2009. Misbruik van machtspositie, getrouwheidskortingen, even efficiënte concurrent, efficiëncies.*

De Intel-beschikking van 13 mei 2009 is bekend geworden als de beschikking waarin de Commissie de hoogste boete ooit heeft opgelegd aan een onderneming voor een inbreuk op de Europese mededingingsregels (1,06 miljard euro). Een samenvatting van diezelfde dag gaf een korte omschrijving van de gedragingen waaraan Intel zich volgens de Commissie schuldig had gemaakt.<sup>1</sup> Een voorlopige niet-vertrouwelijke versie van 512 bladzijden, gepubliceerd op 21 september 2009, geeft de (vrijwel) volledige tekst van de beschikking.<sup>2</sup> Hieruit blijkt dat de beschikking een goede *test case* is voor het nieuwe beleid van de Commissie inzake uitsluitingsmisbruik.

### Feiten

De producten waarop de beschikking betrekking heeft, zijn processors met de zogenaamde x86-architectuur. Een processor is een belangrijk onderdeel voor de bouw van computers, en wordt wel gezien als het 'brein' van de computer. Voor de fabricage van processors zijn technologisch geavanceerde, kostbare faciliteiten nodig. Vóór 2000 waren er diverse fabrikanten van x86-processors. De meeste van deze fabrikanten hebben de markt echter verlaten. Sindsdien zijn Intel en AMD zo goed als de enige bedrijven die deze processors nog vervaardigen.

Op 18 oktober 2000 diende AMD bij de Commissie een klacht in tegen bepaalde gedragingen van Intel en begon de Commissie met een reeks onderzoeken. In de onderzoeken werden twee soorten gedragingen van Intel ten aanzien van haar handelspartners onderzocht. Ten eerste verleende Intel kortingen aan grote computerfabrikanten (Dell, HP, NEC en Lenovo). Volgens de klacht van AMD gebeurde dit op voorwaarde dat de producenten (vrijwel) hun gehele behoefte aan x86-processors bij Intel inkochten. MSH, de moederonderneming van Mediamarkt, ontving een soortgelijke vergoeding. Ten tweede verrichtte Intel rechtstreekse betalingen aan de computerfabrikanten op voorwaarde dat deze computerfabrikanten de lancering van producten met AMD-processors zouden uitstellen of schrappen, dan wel de distributie van producten met AMD-processors zouden beperken.

Tijdens de procedure werd voor de vergaring van bewijs tegen Intel zeer uitvoerig onderzoek gedaan bij de producenten van pc's. Intel verwerde zich onder andere met twee procedures tegen de vergaring van bewijs afkomstig van Dell. In een uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg werd Intel in het ongelijk gesteld,<sup>3</sup> in een uitspraak van de Europese Ombudsman werden de klachten van Intel gedeeltelijk gehonoreerd.<sup>4</sup> De onderzoeken hebben bijna negen jaar in beslag genomen.

### Beoordeling

In haar beschikking acht de Commissie bewezen dat Intel beschikt over een economische machtspositie. Gedurende de tien jaar waarop de beschikking betrekking heeft (1997–2007) had Intel steeds een marktaandeel van circa 70% of meer. Er zijn volgens de Commissie bovendien

37

\* Mr. P.P.J. van Ginneken is advocaat bij Brinkhof. Mr. H.H.P. Lugard is bedrijfsjurist en advocaat bij Philips International B.V. Hij schreef deze bijdrage op persoonlijke titel.

1. Summary of Commission decision of 13 May 2009, COMP/37.990 - Intel, 13 mei 2009.  
2. Provisional non-confidential version of the Commission decision of 13 May 2009, COMP/37.990 - Intel, 21 september 2009.

3. GvEA 27 januari 2009, zaak T-457/08 R, Intel/Commissie, n.n.g.

4. Besluit Europese Ombudsman inzake klacht 226/2007/MHZ, Intel/Europese Commissie, 14 juli 2009.

aanzienlijke barrières voor het betreden van de markt voor x86-processors en voor expansie in die markt.

De Commissie stelt in de beschikking dat de voorwaardelijke kortingen die Intel aan de computerfabrikanten verleende, moeten worden aangemerkt als misbruik. Deze voorwaardelijke kortingen zijn volgens de Commissie getrouwheidskortingen, die voldoen aan de voorwaarden uit de jurisprudentie in de zaak *Hoffmann-La Roche*.<sup>5</sup> Hetzelfde gold voor de vergoedingen aan MSH. Daarnaast stelt de Commissie vast dat de rechtstreekse betalingen aan computerfabrikanten (door de Commissie aangeduid als ‘*naked restrictions*’) kwalificeren als misbruik, en vergelijkbaar zijn met de gedragingen in de zaak *Irish Sugar*.<sup>6</sup>

De Commissie merkt in de beschikking op dat niet alleen is voldaan aan de voorwaarden van de jurisprudentie voor het vaststellen van misbruik, maar tevens aan de voorwaarden uit de Mededeling van Commissie van 24 februari 2009.<sup>7</sup> De Commissie heeft hiertoe de test van de ‘even efficiënte concurrent’ uitgevoerd. Volgens de Commissie gaat het verweer van Intel niet op dat het kortingssysteem noodzakelijk zou zijn geweest om een sterke efficiëntie te bereiken die voor de processorindustrie nodig is.

## Commentaar

De analyse van de economische machtspositie van Intel bevat weinig bijzonderheden. De Commissie baseert zich met name op de zeer hoge marktaandelen van Intel. Er zijn vervolgens twee typen gedragingen die de Commissie als misbruik kwalificeert, ten eerste voorwaardelijke kortingen en ten tweede rechtstreekse betalingen (*naked restrictions*). In de Intel-beschikking wordt een duidelijk onderscheid gemaakt in de toetsing van enerzijds de voorwaardelijke kortingen, en anderzijds de rechtstreekse betalingen. Aan de rechtstreekse betalingen besteedt de Commissie relatief weinig aandacht; in de optiek van de Commissie zijn die betalingen een schoolvoorbeeld van misbruik. Hierbij volstaat volgens de Commissie een summier beoordeling van de effecten in het kader van artikel 82 EG-Verdrag (thans artikel 102 WEU). Veruit de meeste aandacht wordt in de beschikking besteed aan de voorwaardelijke kortingen. Hier zal nader op de voorwaardelijke kortingen worden ingegaan.

## Bewijs van getrouwheidskortingen

De beschikking geeft een zeer uitgebreide beschrijving van het bewijs dat sprake is van verboden getrouwheids-

kortingen.<sup>8</sup> Dit bewijs voor het bestaan van getrouwheidskortingen betreft geen schriftelijke overeenkomsten van Intel en haar afnemers, maar met name interne documenten van de afnemende fabrikanten ten aanzien van de kortingen.

Getrouwheidskortingen worden in het arrest *Hoffmann-La Roche* gedefinieerd als ‘een systeem van kortingen, gebonden aan de voorwaarde dat de afnemer zich, om het even of hij veel of heel weinig aankoopt, voor zijn behoeften goeddeels of uitsluitend bevoorraadt bij de onderneming die bedoelde machtspositie inneemt.’<sup>9</sup> De bedoelde voorwaarde kan volgens het arrest *Hofmann-La Roche* blijken uit een afspraak tussen de dominante onderneming en de afnemer, maar ook wanneer een dominante onderneming eenzijdig een stelsel van getrouwheidskortingen toepast.<sup>9</sup>

In de zaak *Michelin I* werd het bestaan van getrouwheidskortingen, net als in de *Intel*-zaak, bewezen geacht zonder dat er sprake was van een schriftelijke overeenkomst.<sup>10</sup> In deze zaak werden door de Commissie bij Michelin schema's aangetroffen voor het bepalen van de hoogte van de kortingen, die voor intern gebruik waren bestemd en dienden ter oriëntering van de vertegenwoordigers. De Commissie had bovendien correspondentie aangetroffen van Michelin met haar afnemers, die aanleiding gaf tot interpretatiemoelijkheden bij de afnemers over het beloningspercentage waarop aan het eind van het jaar recht bestond. Dit was voldoende bewijs voor het bestaan van een mondelinge kortingsregeling.

De Commissie gaat in de *Intel*-beschikking een stap verder dan in *Michelin I*. Er zijn bij Intel door de Commissie geen interne schriftelijke stukken aangetroffen voor het bepalen van de hoogte van de kortingen. Evenmin is er door de Commissie correspondentie aangetroffen van Intel met haar afnemers over de voorwaarden. Bij Intel zijn met name interne documenten aangetroffen waarin de exclusieve inkopen bij Intel worden vastgesteld.<sup>11</sup>

Het belangrijkste bewijs van de Commissie voor de voorwaarde aan de kortingen is afkomstig van de afnemende computerfabrikanten. Er is door de Commissie veel bewijs verzameld van de ‘verwachting’ bij de computerfabrikanten dat na een gedeeltelijke inkoop bij AMD de kortingen van Intel zouden wegvallen.<sup>12</sup> De Commissie stelt deze verwachting van de afnemers in haar bewijs centraal. Hiertegen heeft Intel aangevoerd dat het hier ging om de ‘verwachting’ van bepaalde werknemers van de computerfabrikanten, maar dat ook andere opvattingen binnen de fabrikanten bestonden en de verwachtingen daarom niet kunnen gelden als die van de onderneming. De Commissie gaat hier echter aan voorbij en zij stelt expliciet dat aanvullend bewijs van de zijde van Intel niet

5. HvJ EG 13 februari 1979, zaak 85/76, *Hoffmann-La Roche/ Commissie*, Jur. 1979, p. 461.

6. GvEA 7 oktober 1999, zaak T-228/97, *Irish Sugar*, Jur. 1999, II-2969.

7. Mededeling van de Commissie inzake handhavingsprioriteiten bij uitsluitingsmisbruik van 24 februari 2009, C(2009) 864.

8. Beschikking, randnr. 165-789.

9. *Hoffmann-La Roche/Commissie*, randnr. 89.

10. Beschikking 7 oktober 1981, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin*, Pb. EG 1981, L 353/33, randnr. 28; in stand gehouden door het Hof in HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commissie(Michelin I)*, Jur. 1983, p. 3461.

11. Beschikking, randnr. 234.

12. Beschikking, randnr. 234, 268.

noodzakelijk is om de voorwaarde als bedoeld in de uitspraak *Hoffmann-La Roche* aan te tonen.<sup>13</sup>

In het beroep tegen de *Intel*-beschikking bij het Gerecht van Eerste Aanleg zal moeten blijken of dit bewijs voor het bestaan van de getrouwheidskortingen in het geval van alle computerfabrikanten stand houdt.<sup>14</sup>

## Aantonen van daadwerkelijke effecten nodig?

In de beschikking merkt de Commissie op dat niet alleen is voldaan aan de voorwaarden uit de jurisprudentie voor het vaststellen van misbruik, maar tevens aan de voorwaarden uit de Mededeling van Commissie inzake handhavingsprioriteiten bij uitsluitingsmisbruik van 24 februari 2009.<sup>15</sup>

De *Intel*-beschikking is de eerste beschikking van de Commissie op grond van artikel 82 EG-Verdrag na het publiceren door de Commissie van haar Mededeling. In de Mededeling werd een op effecten gebaseerde toets geïntroduceerd bij de handhaving ten aanzien van een aantal vormen van uitsluitingsmisbruik, waaronder voorwaardelijke kortingen.<sup>16</sup>

De Commissie stelt, op basis van de jurisprudentie, dat zij geen bewijs hoeft te leveren van de daadwerkelijke effecten van een kortingssysteem bij het aantonen van een inbreuk op artikel 82 EG-Verdrag.<sup>17</sup> De Commissie verwijst hierbij naar twee standaardarresten over kortingen, te weten *Michelin II* en *British Airways*.<sup>18</sup> Deze jurisprudentie is echter dubbelzinnig. De twee uitspraken bepalen dat, om kortingen als misbruik te kwalificeren, er een uitsluitingseffect van het gedrag dient uit te gaan op de concurrenten van de dominante onderneming. Dit effect wordt echter 'verondersteld' wanneer de gedraging de mededinging kan beperken, zonder dat de daadwerkelijke gevolgen dienen te worden onderzocht.<sup>19</sup>

De Commissie stelt in de *Intel*-beschikking ook nog dat de Mededeling slechts de prioriteiten bepaalt voor de Commissie in de toekomst, en niet van toepassing is op procedures die al dateren van vóór de Mededeling zoals de *Intel*-zaak.<sup>20</sup> Deze formele benadering is niet sterk, al was het maar omdat de voorganger van de Mededeling, het Discussion paper van de Commissie van december 2005, al wel dateert van vóór een gedeelte van de *Intel*-procedures (namelijk het gedeelte inzake Intel's betalin-

gen aan MSH).<sup>21</sup> In het Discussion paper werd het criterium van de daadwerkelijke effecten al door de Commissie gebruikt.<sup>22</sup>

Het lijkt erop dat de Commissie deze redenering zelf evenmin voldoende vindt. De Commissie besteedt namelijk circa 150 bladzijden aan het bewijzen dat haar beschikking in lijn is met de Mededeling, door te bewijzen dat er daadwerkelijke uitsluiting heeft plaatsgevonden.<sup>23</sup> Zij doet dit door een test aan de hand van het criterium van de even efficiënte concurrent.

Overigens wordt bij de *naked restrictions* door de Commissie vrijwel geen aandacht besteed aan de effecten.<sup>24</sup> Dit is weliswaar in lijn met randnummer 22 van de Mededeling, maar leidt er wel toe dat de Commissie een niet duidelijk omschreven categorie van gedragingen blijft beoordelen onder een (pseudo) *per se* maatstaf. In het Amerikaanse mededingingsrecht is erkend dat ook bij zogenoemde *cheap exclusion* zaken, waarbij geen of slechts weinig kosten worden gemaakt voor het van de markt weren van concurrenten, een analyse van de effecten wenselijk is.<sup>25</sup> Dit is ook in lijn met het standpunt van de Commissie zelf ten aanzien van enigszins vergelijkbare *pay for delay* betalingen in de farmaceutische sector.<sup>26</sup>

## Criterium van de even efficiënte concurrent

Het criterium van de even efficiënte concurrent is volgens de Mededeling de lakmoesproef voor uitsluiting door kortingen.<sup>27</sup> Wanneer een kortingsregeling ertoe leidt dat een even efficiënte concurrent zijn producten moet verkopen voor minder dan zijn gemiddelde vermijdbare kosten (*average avoidable costs*), wil hij de derving van de korting van de dominante onderneming kunnen compenseren, dan is de kortingsregeling in staat om de even efficiënte concurrent buiten te sluiten.

Het criterium van de even efficiënte concurrent wordt alleen toegepast op het 'betwistbare aandeel' van de vraag, ofwel het gedeelte van de vraag dat niet sowieso aan de dominante onderneming toevalt. Wanneer te verwachten is dat afnemers bereid en in staat zijn om betrekkelijk snel grote hoeveelheden van de vraag naar een (potentiële) concurrent te verschuiven, dan zal het 'betwistbaar aandeel' van de vraag betrekkelijk groot zijn. Wanneer daarentegen te verwachten is dat de afnemers alleen bereid of

13. Beschikking, randnr. 306, 307.

14. Zaak T-286/09, *Intel/Commissie*, beroep ingesteld op 22 juli 2009, Pb. EU 2009, C220/41.

15. Beschikking, randnr. 916.

16. Mededeling, randnr. 37.

17. Beschikking, randnr. 919.

18. GvEA 30 september 2003, zaak T-203/01, *Michelin/Commissie (Michelin II)*, Jur. 2003, p. II-4071; en GvEA 17 december 2003, zaak T-219/99, *British Airways/Commissie*, Jur. 2003, p. II-5917, waarvan hoger beroep in HvJ EG 15 maart 2007, zaak C-95/04P, *British Airways/Commissie*, Jur. 2007, p. I-2331.

19. Hoger beroep in *British Airways/Commissie*, randnr. 100.

20. Beschikking, randnr. 916; hier wordt verwezen naar randnr. 3 van de Mededeling.

21. DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, december 2005.

22. Discussion Paper, randnr. 4.

23. Beschikking, randnrs. 1002-1577.

24. Beschikking, randnrs. 1679-1680.

25. Voor een overzicht van de Amerikaanse praktijk, zie Creighton, Hoffman, Krattenmaker en Nagata, 'Cheap Exclusion', (2005) 72 *Antitrust Law Journal*, p. 975.

26. Zie in dat verband bijvoorbeeld ook COMP/37.507/F3 – Astra Zeneca en de Mededeling van de Commissie – Samenvatting van het verslag over het sectorale onderzoek naar de farmaceutische sector, <[http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/communication_nl.pdf)>.

27. Mededeling, randnr. 41.

in staat zijn marginaal kleine hoeveelheden te verschuiven, dan zal het relevante gedeelte betrekkelijk klein zijn.<sup>28</sup> De relevante periode, de wijze waarop transacties tot stand komen en de vraag welke afnemers in aanmerking dienen te worden genomen zijn belangrijke variabelen bij de bepaling van het ‘betwistbare aandeel’.

De analyse aan de hand van het criterium van de even efficiënte concurrent is voor een belangrijk deel als vertrouwelijk aangemerkt in de beschikking en daarom niet steeds te volgen. De uitkomst van de analyse in de *Intel*-zaak lijkt in belangrijke mate af te hangen van de omvang van het ‘betwistbare aandeel’. Uit de *Intel*-beschikking blijkt dat Intel voor zichzelf had bepaald dat de uitkomst van de analyse een positieve was, ofwel dat de kortingen geen uitsluiting van een even efficiënte concurrent tot gevolg konden hebben. De Commissie komt echter precies tot de omgekeerde conclusie. Intel heeft dit achteraf gewijld aan het gebruik van een te laag ‘betwistbaar aandeel’.<sup>29</sup>

In ieder geval blijkt uit de beschikking dat de Commissie het betwistbare aandeel per individuele afnemer bepaalde en daarbij een aantal afnemers buiten beschouwing liet. Het lijkt logischer om bij de berekening de gehele markt in aanmerking te nemen. Bovendien was de vraagstelling aan individuele afnemers gebaseerd op hetgeen deze individuele afnemers meenden te kunnen afnemen van AMD. Niet onderzocht werd of AMD daadwerkelijk een even efficiënte concurrent is.

Het door de Commissie gebruikte cijfer voor het ‘betwistbare aandeel’ was gebaseerd op informatie van afnemers van Intel.<sup>30</sup> Dit cijfer was niet bekend bij Intel ten tijde van de gedragingen.<sup>31</sup> Betwijfeld kan worden of deze analyse om misbruik vast te stellen, in overeenstemming is met de uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg in de zaak *Deutsche Telecom*.<sup>32</sup> Het Gerecht concludeert in deze uitspraak dat de Commissie zich bij haar beoordeling of een tariefpraktijk misbruik vormt, uitsluitend mag baseren op de specifieke situatie van de dominante onderneming. Elke andere aanpak kan leiden tot een schending van het algemene beginsel van rechtszekerheid, omdat bij een ander uitgangspunt de dominante onderneming niet de rechtmatigheid van haar eigen gedrag zou kunnen beoordelen.<sup>33</sup>

In het beroep tegen de *Intel*-beschikking zal moeten blijken of de analyse van de effecten van een getrouwheidskorting noodzakelijk is volgens het Gerecht en zo ja, of de Commissie de juiste analyse heeft gebruikt. Hiermee is het beroep tegen de *Intel*-beschikking een goede *test case* voor het nieuwe beleid inzake uitsluitingsmisbruik uit de Mededeling van de Commissie.

## Schade voor de consument

In de Beschikking geeft de Commissie vervolgens nog een analyse dat consumenten schade hebben geleden. Deze analyse loopt over een aantal schijven. Allereerst stelt de Commissie vast dat de gemiddelde verkoopprijzen van AMD historisch gezien lager zijn dan die van Intel en dat AMD innovatieve producten op de markt brengt.<sup>34</sup> Vervolgens stelt de Commissie aan de hand van het criterium van de even efficiënte concurrent vast dat AMD gedwongen is een lagere prijs in rekening te brengen dan haar gemiddelde vermijdbare kosten en dus wegblijft van de markt. Dit leidt tot een beperking voor de consumenten in hun keuzemogelijkheden, aldus de Commissie.

In de Mededeling van 24 februari 2009 wordt in het hoofdstuk over voorwaardelijke kortingen niet beschreven of, en in welke mate, schade voor de consument moet worden aangetoond bij de toepassing van artikel 82 EG-Verdrag. Wel wordt elders in de Mededeling een aantal vormen van *consumer harm* genoemd, die van belang zijn bij de beoordeling van gedragingen onder artikel 82, namelijk hogere prijzen, lagere kwaliteit of beperking van de keuzemogelijkheden.<sup>35</sup>

De Commissie kent in de beschikking veel gewicht toe aan de beperking van consumenten in hun keuzemogelijkheden. Deze beperking was echter verre van volledig. AMD was nog steeds in staat aanzienlijke aantallen AMD x86 CPUs te verkopen die hun weg naar bepaalde consumenten vonden. De Commissie erkent in dit verband weliswaar dat de mate waarin consumenten geschaad worden, afhankelijk is van de productdifferentiatie en van persoon tot persoon kan verschillen. Niettemin acht zij het zeer waarschijnlijk dat de gedragingen van Intel verhinderd hebben dat AMD-producten op de markt zijn gekomen. Maar zou die beperking ook problematisch zijn geacht indien Intel – bijvoorbeeld – MSH niet had aangezet tot het uitsluitend verkopen van computers met Intel CPUs?<sup>36</sup> Of indien naast AMD een aantal andere fabrikanten van x86 CPUs aanwezig zouden zijn geweest?

De Commissie stelt ook dat de verminderde afzetmogelijkheden ten behoeve van AMD-producten een negatieve impact hebben gehad op AMD’s prikkels om te innoveren. Dat langetermijneffect op de innovatie lijkt volgens de Commissie min of meer automatisch te volgen uit de beperking van de keuzemogelijkheden. De beschikking had hier echter aan overtuigingskracht gewonnen indien de Commissie een duidelijker causaal verband had weten te leggen tussen de lagere verkopen en opbrengsten van AMD en haar verminderde innovatiekracht.

Hoewel de beperking van de keuzemogelijkheden van consumenten en de negatieve impact op innovatie op het eerste gezicht plausibel zijn, laat de Commissie in dit deel van de beschikking achterwege de schade voor de consument uitputtend aan te tonen. In hoeverre dit problematisch is, hangt natuurlijk af van de vraag of, en in welke

28. Mededeling, randnr. 42.

29. Zie het beroep in *Intel/Commissie* van 22 juli 2009, Pb. EU 2009, C220/41, alsmede het persbericht van Intel van 13 mei 2009, te vinden op <www.intel.com/pressroom/legal>.

30. Dit is in lijn met de Mededeling, a.w., voetnoot 29.

31. Beschikking, a.w., randnrs. 1202-1212, waar de Commissie zich baseert op interne vertrouwelijke documenten van Dell.

32. GvEA 10 april 2008, zaak T-271/03, *Deutsche Telekom/Commissie*, n.n.g.

33. *Deutsche Telekom/Commissie*, randnr. 192.

34. Beschikking, randnrs. 136-148 en 150-159.

35. Mededeling, randnr. 19.

36. De gegevens in de beschikking zijn te summier om na te gaan hoe de even-efficiënte-concurrenttest in dat geval had uitgepakt.

mate, schade voor de consument moet worden aangetoond bij artikel 82. Ook in dit opzicht is de aanstaande beoordeling door het Gerecht interessant.

## Meeting competition en efficiency-verweer

In de beschikking maakt de Commissie korte metten met de door Intel aangevoerde *meeting competition*- en *efficiency*-verweren ten aanzien van de verleende kortingen.

Intel voerde aan dat de verleende kortingen hun oorsprong vonden in prijsverlagingen door AMD en derhalve toelaatbaar waren op grond van het *meeting competition*-verweer. Dit verweer is niet meer in de Mededeling van 24 februari 2009 beschreven maar nog wel in de voorganger van de Mededeling, het Discussion paper van de Commissie van december 2005.<sup>37</sup> In het Discussion paper wordt vermeld dat een prijsverlaging toegestaan kan zijn als reactie op een prijsverlaging van een concurrent, maar aan een succesvol beroep op dit verweer worden strenge eisen gesteld.

De Commissie merkt ten aanzien van het *meeting competition*-verweer van Intel op dat het op gespannen voet staat met Intel's stelling dat AMD niet in staat was concurrerende producten aan te bieden en Intel derhalve de (prijs)concurrentie met AMD niet behoefde aan te gaan. Voorts oordeelt de Commissie dat de structuur van de kortingsregeling niet is toegesneden op specifieke aanbiedingen van AMD en betwijfelt zij of de gedifferentieerde aard van de producten van beide partijen zich überhaupt leent voor een dergelijke *meeting competition*-respons. Tot slot oordeelt de Commissie dat de aan de kortingen verbonden exclusiviteitsbepalingen niet noodzakelijk zijn om te reageren op lagere prijzen van concurrenten.

De beschikking maakt duidelijk dat in de optiek van de Commissie weinig ruimte bestaat voor *meeting competition*-argumenten indien het gedrag van de dominante onderneming weliswaar prijsgerelateerd is, maar afnemers in ruil voor kortingen een exclusieve leveringsovereenkomst dienen aan te gaan. Dat geldt ook als die regeling van korte duur is.<sup>38</sup>

Ook de meer conventionele *efficiency*-verweren van Intel treffen geen doel. Intel voerde aan dat de kortingen met de daaraan verbonden (quasi) exclusiviteitsregelingen resulteerden in (1) lagere consumentenprijzen, (2) schaalvoordelen, (3) andere besparingen en productieverbeteringen en (4) risicodeling en *marketing efficiencies*.

De Commissie oordeelt dat de exclusieve leveringen niet noodzakelijk zijn om lagere prijzen en schaalvoordelen te genereren. Dat geldt ook voor de andere kostenbesparingen en productieverbeteringen. Dergelijke *efficiencies* zijn wel voorstelbaar, maar vinden hun oorsprong in de mate waarin toekomstige leveringen voorzienbaar zijn. Exclusiviteit is daarvoor niet noodzakelijk. Tot slot acht de Commissie niet aannemelijk dat exclusiviteitsbepalingen

(in tegenstelling tot minder restrictieve volumedoelstellingen) afnemers in staat zouden stellen risico's die samenhangen met de onzekere vraag naar producten af te wettelen op de leverancier en waarom een dergelijk mechanisme als een efficiëntieverbetering moet worden aange-merkt.

De beschikking illustreert dat *efficiency*-argumenten met betrekking tot exclusieve leveringen snel stuklopen op de vereisten van bepaaldheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit. Dat zou overigens anders kunnen zijn indien sprake is van het wegnemen van *hold-up*-problemen, ofwel situaties waarin (relatie-specifieke) investeringen niet plaatsvinden, terwijl dat economisch gezien wel efficiënt is en een direct causaal verband bestaat tussen de exclusieve regeling en de aangevoerde *efficiency*-verbeteringen, maar daarvan was in casu geen sprake.<sup>39</sup>

## Slot

Het beroep tegen de *Intel*-beschikking wordt de eerste test voor het nieuwe beleid inzake uitsluitingsmisbruik uit de Mededeling van de Commissie. Duidelijk moet worden of een analyse van de effecten van een voorwaardelijke korting noodzakelijk is volgens het Gerecht en zo ja, of de Commissie de correcte methodologie heeft gebruikt. Tevens zal de juiste toets voor schade voor de consument moeten worden vastgesteld. Ten slotte zal het Gerecht duidelijkheid moeten scheppen onder welke omstandigheden een dominante onderneming met succes een *efficiency*-verweer kan voeren. Hiervóór hebben wij aangegeven dat vraagtekens kunnen worden gesteld bij een aantal onderdelen van de analyse van voorwaardelijke kortingen door de Commissie. Het staat daarom volgens ons niet bij voorbaat vast dat de beschikking op al deze onderdelen stand houdt.

De analyse van de Commissie inzake de *naked restrictions* lijkt ons minder kwetsbaar. In die gevallen lijkt de Commissie terug te vallen op de traditionele jurisprudentie. De Commissie maakt echter niet duidelijk op welke wijze deze nieuwe categorie gedragingen afgebakend moet worden. Er zullen in dit deel van het beroep dus wellicht toch weer dezelfde vraagtekens opkomen als bij de voorwaardelijke kortingen. En hierbij staat er veel op het spel, niet alleen de astronomische boete voor Intel maar ook het gehele beleid van de Commissie inzake uitsluitingsmisbruik.

37. Discussion Paper, randnr. 81 e.v.

38. Beschikking, randnrs. 1115- 1018.

39. Zie Mededeling, randnr. 45.