

## De herkansing van Intel

Gerecht 26 januari 2022, T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 (*Intel/Commissie*)

Pepijn van Ginneken\*

Maar liefst dertien jaar na dato verklaart het Gerecht de beschikking waarbij de Commissie aan Intel een boete van € 1,06 miljard heeft opgelegd, gedeeltelijk nietig. De analyse die de Commissie heeft verricht is volgens het Gerecht onvolledig en niet geschikt om aan te tonen dat de omstreden kortingen mededingingsbeperkende gevolgen konden hebben of waarschijnlijk dergelijke gevolgen hadden. Uit het arrest blijkt op welke wijze juridische vermoedens bij misbruik van machtspositie kunnen worden weerlegd. Het maakt handhaving van het verbod op misbruik van machtspositie er niet makkelijker op, wat de vlucht naar het alternatief van de recent aangenomen *Digital Markets Act* mogelijk des te groter maakt.

### Achtergrond

De Europese Commissie heeft bij beschikking van 13 mei 2009 een boete van € 1,06 miljard opgelegd aan de producent van microprocessoren Intel, omdat deze onderneming tussen oktober 2002 en december 2007 misbruik had gemaakt van haar machtspositie op de wereldmarkt van x862-microprocessoren door een strategie toe te passen die was bedoeld om haar concurrenten van de markt uit te sluiten.<sup>1</sup>

Volgens de Commissie werd dit misbruik gekenmerkt door twee soorten commerciële handelwijzen die Intel ten aanzien van haar handelspartners hanteerde, namelijk openlijke concurrentiebeperkingen en voorwaarde-

lijke kortingen. Intel zou de laatste categorie kortingen hebben toegekend aan vier strategische computerfabrikanten (Dell, Lenovo, HP en NEC), mits zij vrijwel al hun x86-processoren bij haar kochten. Ook zou Intel betalingen hebben toegekend aan een Europese distributeur van micro-elektronica (Media-Saturn-Holding), op voorwaarde dat deze distributeur uitsluitend computers verkocht met daarin x86-processoren van Intel. Deze kortingen en betalingen zouden ervoor hebben gezorgd dat deze vier fabrikanten en Media-Saturn een trouwe afnemer bleven en aldus het vermogen van de concurrenten van Intel om te concurreren op basis van de verdiensten van hun x86-processoren aanzienlijk hebben verminderd. Het mededingingsversturende gedrag van Intel zou er zo toe hebben bijgedragen dat de consumenten minder keuze hadden en dat innovatie minder werd gestimuleerd.

Het beroep dat Intel tegen deze beschikking had ingesteld is bij arrest van 12 juni 2014 in zijn geheel door het Gerecht verworpen.<sup>2</sup> Bij arrest van 6 september 2017, gewezen in het kader van de door Intel ingestelde hogere voorziening, heeft het Hof van Justitie dat eerste arrest vernietigd en de zaak terugverwezen naar het Gerecht.<sup>3</sup> Ter staving van haar vordering tot vernietiging van het oorspronkelijke arrest verweert Intel het Gerecht blijkt te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het de omstreden kortingen niet had onderzocht in het licht van alle omstandigheden van de zaak. Het Hof van Justitie heeft in dat verband vastgesteld dat het Gerecht, net als de Commissie, was uitgegaan van de veronderstelling dat de getrouwheidskortingen die door een onderneming met een machtspositie worden toege-

\* Mr. P.P.J. van Ginneken is advocaat bij Brinkhof N.V.

1 Beschikking Commissie 13 mei 2009, zaak COMP/C-3/37.990 (*Intel*).

2 Gerecht 12 juni 2014, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 (*Intel/Commissie*).

3 HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*).

kend, naar hun aard de mededinging kunnen beperken, zodat niet alle omstandigheden van de zaak hoefden te worden onderzocht en het meer bepaald niet nodig was om het AEC-criterium toe te passen (in het Engels bekend onder de naam ‘*as efficient competitor test*’).

De aldus verrichte economische analyse had in dit geval betrekking op de mogelijkheid dat de omstreden kortingen een concurrent uitsloten die even efficiënt was als Intel, maar geen dominante positie innam. De analyse had concreet tot doel vast te stellen tegen welke prijs een concurrent die even efficiënt was als Intel en dezelfde kosten maakte, zijn processoren had moeten aanbieden om een computerfabrikant of een distributeur van micro-elektronica te compenseren voor het verlies van de betrokken kortingen, teneinde uit te maken of deze concurrent in een dergelijk geval nog steeds zijn kosten zou kunnen dekken.

De Commissie had deze omstandigheden in haar beschikking niettemin wel diepgaand onderzocht en naar aanleiding daarvan geconcludeerd dat een even efficiënte concurrent prijzen had moeten toepassen die niet haalbaar zouden zijn geweest en door de praktijk van de omstreden kortingen waarschijnlijk zou worden uitgesloten. Het Hof van Justitie heeft hieruit geconcludeerd dat het AEC-criterium bij de beoordeling door de Commissie van de mogelijkheid dat concurrenten door de betrokken praktijken werden uitgesloten daadwerkelijk van belang was geweest, zodat het Gerecht gehouden was om alle argumenten van Intel met betrekking tot dat criterium en de toepassing daarvan door de Commissie te onderzoeken. Daar het Gerecht dat niet had gedaan, heeft het Hof van Justitie het oorspronkelijke arrest vernietigd en de zaak naar het Gerecht terugverwezen, zodat dit, in het licht van de door Intel aangevoerde argumenten, kon onderzoeken of de omstreden kortingen de mededinging konden beperken.<sup>4</sup>

## Arrest

Bij zijn arrest van 26 januari 2022 doet het Gerecht uitspraak in de terugverwezen zaak.<sup>5</sup> Het verklaart de bestreden beschikking gedeeltelijk nietig, voor zover daarin de omstreden kortingen als misbruik in de zin van artikel 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) zijn aangemerkt en Intel een geldboete is opgelegd wegens al haar gedragingen die als misbruik zijn aangemerkt.

Het Gerecht bakent allereerst de omvang van het geding na terugverwijzing af. In dat verband merkt het op dat het oorspronkelijke arrest is vernietigd wegens één enkele onjuiste opvatting, die erin bestond dat in dat arrest geen rekening was gehouden met het betoog dat

Intel had aangevoerd om de door de Commissie gepresenteerde AEC-analyse te betwisten. Het Gerecht is bijgevolg van oordeel dat het voor zijn onderzoek alle overwegingen kan overnemen die niet zijn aangetast door de opvatting die door het Hof van Justitie als onjuist is aangemerkt. Het gaat om te beginnen om de bevindingen in het oorspronkelijke arrest betreffende de openlijke beperkingen en de onrechtmatigheid daarvan in het licht van artikel 102 VWEU. Volgens het Gerecht heeft het Hof van Justitie namelijk het in de bestreden beschikking gemaakte onderscheid tussen de praktijken die openlijke beperkingen vormen en de kortingen van Intel die als enige aan de desbetreffende AEC-analyse zijn onderworpen, niet principieel ongeldig verklaard. Verder heeft het Gerecht de in het oorspronkelijke arrest vermelde overwegingen overgenomen, waarin staat dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft aangehouden dat de omstreden kortingen bestaan.

Na deze verduidelijkingen onderzoekt het Gerecht de vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking. Het legt in de eerste plaats de door het Hof van Justitie vastgestelde methode uit op basis waarvan dient te worden beoordeeld of een kortingsregeling de mededinging kan beperken. In dit verband herinnert het Gerecht eraan dat een systeem van exclusiviteitskortingen dat is ingesteld door een onderneming met een machtspositie als een mededingingsbeperking kan worden aangemerkt, aangezien een dergelijk systeem gezien de aard ervan kan worden vermoed mededingingsbeperkende gevolgen te hebben. Het gaat echter in dit geval slechts om een simpel vermoeden, dat de Commissie niet zonder meer kan ontslaan van de verplichting om de mededingingsbeperkende gevolgen van het systeem te onderzoeken. Indien een onderneming met een machtspositie in de loop van de administratieve procedure bewijzen aanvoert om aan te tonen dat haar gedrag de mededinging niet heeft kunnen beperken en meer bepaald niet de haar verweten uitsluitingseffecten te weeg heeft kunnen brengen, moet de Commissie dus onderzoeken of het kortingsstelsel concurrenten kon uitsluiten. In het kader van een dergelijke analyse moet zij ook nagaan of er sprake is van een strategie die erop gericht is om minstens even efficiënte concurrenten uit te sluiten. Bovendien moet de Commissie, wanneer zij het AEC-criterium heeft toegepast, daarmee rekening houden bij haar beoordeling van de mogelijkheid dat de kortingsregeling de mededinging beperkt.

Vervolgens onderzoekt het Gerecht in het licht van deze regels de argumenten over de fouten die de Commissie zou hebben gemaakt bij de toepassing van het AEC-criterium. In dat verband is het van oordeel dat de Commissie niet heeft aangetoond dat elk van de omstreden kortingen een uitsluitingseffect kon hebben, gelet op de argumenten die Intel had aangevoerd over de wijze waarop de Commissie de relevante analysecriteria had beoordeeld.

Het Gerecht is namelijk ten eerste met betrekking tot de toepassing van het AEC-criterium op Dell van oordeel dat de Commissie weliswaar in de omstandigheden van het onderhavige geval met het oog op de raming van het

4 Zie voor een verdere bespreking van het arrest van het Hof van Justitie inzake *Intel/Commissie*: P. van Ginneken & G. Béquet, 'Annotatie bij HvJ EU 6 september 2017, zaak C-413/14 P, *Intel/Europese Commissie*, ECLI:EU:C:2017:632', *M&M* 2017/5-6.

5 Gerecht 26 januari 2022, T-286/09 RENV, ECLI:EU:T:2022:19 (*Intel Corporation/Commissie*).

‘betwistbare deel’ op goede gronden mocht uitgaan van bekende gegevens van andere marktdeelnemers dan die van de onderneming met een machtspositie, maar na onderzoek van de elementen die op dit punt door Intel naar voren zijn gebracht, stelt het vast dat deze elementen twijfel doen rijzen over het resultaat van die raming. Het oordeelt dan ook dat de elementen die de Commissie heeft gebruikt om tot de slotsom te komen dat de aan Dell toegekende kortingen gedurende de gehele relevante periode een uitsluitingseffect teweeg konden brengen, niet volstaan. Het ‘betwistbare deel’ duidt in dit geval op het marktaandeel waarvoor de klanten van Intel naar een andere leverancier wilden en konden overstappen. Dit marktaandeel was, gezien de aard van het product alsook het merkimage en het profiel van Intel, noodzakelijkerwijze beperkt.

Ten tweede stelt het Gerecht vast dat dit ook opgaat voor de analyse van de korting die aan HP is toegekend, daar het geraamde uitsluitingseffect met name niet voor de gehele inbreukperiode is aangetoond. Wat ten derde de kortingen betreft die onder verschillende voorwaarden zijn toegekend aan de NEC-groep, stelt het Gerecht vast dat de analyse van de Commissie twee fouten bevat. De ene fout betreft de waarde van de voorwaardelijke kortingen, de andere de onvoldoende onderbouwde extrapolatie van de voor een enkel kwartaal geldende resultaten naar de gehele inbreukperiode. Ten vierde komt het Gerecht tot de slotsom dat ook het uitsluitingseffect van de aan Lenovo toegekende kortingen onvoldoende is aangetoond, omdat de Commissie fouten heeft gemaakt bij de cijfermatige waardering van de betrokken voordelen in natura. Ten vijfde komt het Gerecht tot eenzelfde slotsom met betrekking tot de toepassing van het AEC-criterium op Media-Saturn. Het oordeelt met name dat de Commissie nergens heeft uitgelegd waarom zij bij de beoordeling van de betalingen die aan deze distributeur zijn toegekend, de resultaten die bij de analyse van de aan NEC toegekende kortingen voor één kwartaal zijn verkregen, naar de gehele inbreukperiode heeft geëxtrapoleerd.

Uit het voorgaande volgt dat de analyse die de Commissie heeft uitgevoerd onvolledig is en in ieder geval niet geschikt om rechtens genoegzaam aan te tonen dat de omstreden kortingen mededingingsbeperkende gevolgen konden hebben of waarschijnlijk dergelijke gevolgen hadden. Om deze reden verklaart het Gerecht de beschikking nietig, voor zover die praktijken in die beschikking zijn aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU.

Wat ten slotte het gevolg betreft van deze gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking voor het bedrag van de geldboete die de Commissie aan Intel heeft opgelegd, oordeelt het Gerecht dat het niet kan vaststellen welk bedrag van de boete uitsluitend betrekking heeft op de openlijke beperkingen. Bijgevolg verklaart het Gerecht het artikel waarbij Intel wegens de vastgestelde inbreuk een boete van € 1,06 miljard wordt opgelegd, in zijn geheel nietig.

## Commentaar

Het arrest van 26 januari 2022 werpt licht op de rechterlijke toetsing van economisch bewijs in het kader van wettelijke vermoedens. Het geeft duidelijkheid over de plaats van de AEC-test en de striktheid waarmee deze moet worden toegepast. In dit commentaar ga ik hier nader op in. Ik sta ook stil bij de gevolgen voor Intel en voor mededingingsautoriteiten die misbruikelijk gedrag in de praktijk moeten bewijzen.

### Het vermoeden weerlegd

De standaardzaak van het Hof van Justitie over getrouwheidskortingen was tot de *Intel*-zaak de zaak *Hoffmann-La Roche*.<sup>6</sup> Met betrekking tot het afschermingseffect van kortingen oordeelde het Hof van Justitie hierin dat de getrouwheidskortingen de aard hebben de mededinging te beperken.<sup>7</sup> Het bewijs van de mededingingsbeperkende aard was voor de Commissie voldoende om een inbreuk aan te tonen, waardoor een analyse van de gevolgen overbodig werd. Artikel 102 VWEU maakt geen onderscheid tussen de mededingingsbeperkende strekking of mededingingsbeperkende gevolgen, zoals artikel 101 VWEU doet voor mededingingsbeperkende overeenkomsten. De benadering van getrouwheidskortingen was hiermee echter wel vergelijkbaar.

Door de per se-benadering met betrekking tot getrouwheidskortingen leek het Hof van Justitie namelijk een soortgelijk onderscheid in artikel 102 VWEU te hebben gemaakt door het bewijs van de concurrentiebeperkende aard voldoende te achten, los van enig concreet gevolg. Dit is bijvoorbeeld gebeurd in de zaak van de getrouwheidskortingen met betrekking tot Tomra. In de *Tomra*-zaak oordeelde het Hof van Justitie dat zowel het Gerecht als de Commissie gelijk had door het bewijs voldoende te achten dat een getrouwheidskorting naar haar aard de mededinging kan beperken zonder dat een economische analyse nodig was van het concrete effect van de kortingen op de relevante markten.<sup>8</sup>

Het was de Commissie zelf die een verandering aanbracht in de manier waarop zij artikel 102 VWEU ten aanzien van getrouwheidskortingen wilde handhaven. Zij koos in haar Richtsnoeren over onrechtmatig uitsluitingsgedrag uit 2009 voor een meer economische en op effecten gebaseerde benadering.<sup>9</sup> Destijds verklaarde de Commissie het volgende over mogelijk onrechtmatig prijsgedrag door ondernemingen met een machtspositie:

‘Om te bepalen of het waarschijnlijk is dat zelfs een hypothetische concurrent die even efficiënt als de

6 HvJ EG 13 februari 1979, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche/Commissie*).

7 *Hoffmann-La Roche/Commissie*, r.o. 90.

8 HvJ EU 19 april 2012, C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221 (*Tomra*), r.o. 67-68.

9 Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (2009/C 45/02) (hierna: Richtsnoeren van de Commissie over artikel 82 EG-Verdrag), par. 23-27.

onderneming met een machtspositie is, zich door de betrokken gedraging van een markt afgeschermd zou zien, onderzoekt de Commissie de economische gegevens betreffende de kosten en de verkoopprijzen, en met name of de onderneming met een machtspositie zich begeeft aan prijszetting onder de kostprijs. Een en ander vereist dat voldoende betrouwbare gegevens beschikbaar zijn. Wanneer gegevens over de kosten van de onderneming met een machtspositie zelf beschikbaar zijn, zal de Commissie daarvan gebruikmaken. Wanneer over die kosten geen betrouwbare gegevens beschikbaar zijn, kan de Commissie besluiten om de gegevens over de kosten van concurrenten of andere vergelijkbare, betrouwbare gegevens te gebruiken.<sup>10</sup>

In haar beschikking van 2009 tegen Intel gaf de Commissie aan dat haar richtsnoeren pas waren uitgebracht nadat de administratieve procedure tegen Intel was ingeleid.<sup>11</sup> Zo verklaarde de Commissie dat zij haar richtsnoeren niet op de *Intel*-zaak had toegepast. Niettemin concludeerde de Commissie dat de beschikking in *Intel* in overeenstemming was met de economische benadering die zij in haar richtsnoeren had ontwikkeld.<sup>12</sup> Bijgevolg heeft de Commissie niet de richtsnoeren zelf toegepast, maar wél de economische benadering die de Commissie in de richtsnoeren voorstond, en heeft zij niet alleen de concurrentiebeperkende aard van de getrouwheidskortingen beoordeeld, maar ook een analyse gemaakt van de individuele omstandigheden van de zaak op basis van economische gegevens van Intel.

In zijn arrest van 6 september 2017 in de zaak *Intel/Commissie* heeft het Hof van Justitie de AEC-test geschikt geacht als instrument om mededingingsverstoring gedrag te bewijzen.<sup>13</sup> In de *Intel*-zaak verschaftte het Hof van Justitie duidelijkheid over zijn bijna veertig jaar oude arrest in *Hoffmann-La Roche*: dat een getrouwheidskorting een concurrentiebeperkend effect heeft, is (slechts) een weerlegbaar vermoeden.<sup>14</sup> Al in de *Post Danmark*-zaak van 2012 had het Hof van Justitie overigens verklaard dat het de AEC-test aanvaardde om misbruik door afbraakprijzen te beoordelen.<sup>15</sup> Aangezien Intel tijdens de administratieve procedure bewijsmateriaal had overgelegd om de vermeende afschermings-effecten te weerleggen, hadden de Commissie en bijgevolg het Gerecht volgens het Hof van Justitie het weerlegbare aspect op zijn juiste waarde moeten schatten, en zich niet eenvoudigweg tot een vermoeden moeten beperken. Aangezien bovendien de gedetailleerde economische analyse met inbegrip van de AEC-toets een essentieel onderdeel van de beschikking van de Commissie vormde, heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat de AEC-toets niet relevant was. Aangezien het Ge-

recht dus niet had onderzocht of de Commissie deze analyse correct had uitgevoerd, was nooit komen vast te staan of de Commissie de inbreuk had bewezen. Volgens het Hof van Justitie had het Gerecht niet voldaan aan de vereisten voor rechterlijke toetsing van een punitieve geldboete zoals vereist door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

De economische analyse had een ‘plausibele andere verklaring’ voor Intels gedrag kunnen vormen dan die van een verboden beperking van de mededinging. Aldus het Gerecht in het arrest van 26 januari 2022. Het Gerecht ontleent het begrip ‘plausibele verklaring’ aan het arrest *Woodpulp II* uit 1993. In die zaak betreffende het kartelverbod legde de Commissie producenten van houtpulp geldboetes op wegens ongeoorloofde prijsafspraken tussen concurrenten. De Commissie had alleen parallelle gedragingen op het gebied van prijzen bewezen en ging ervan uit dat die veroorzaakt waren door illegale heimelijke afspraken. Het Hof van Justitie oordeelde dat de Commissie zich enkel op het vermoeden mocht beroepen dat parallel prijsgedrag door heimelijke afspraken was veroorzaakt, indien er geen andere plausibele verklaring voor de parallelle prijsstelling bestond. In die zaak legden onafhankelijke economische deskundigen de mogelijkheid uit van andere oorzaken dan heimelijke afspraken, zoals de hoge mate van transparantie op de pulpmarkt. Aangezien er een andere plausibele verklaring was, verklaarde het Hof van Justitie de aan de houtpulpproducenten opgelegde boete nietig. In de zaak *Intel* baseerde het Gerecht zich in zijn arrest van 26 januari 2022 op dit beginsel van de ‘plausibele verklaring’ om te beoordelen of de beschikking van de Commissie voldeed aan de vereiste bewijsstandaard.

In het mededingingsrecht worden meerdere wettelijke vermoedens gehanteerd, waardoor de bewijslast van de Commissie (of van de nationale mededingingsautoriteiten van de lidstaten) vaak wordt verlicht. Zodra de Europese Commissie aan de bewijslast heeft voldaan, draagt de aangeklaagde onderneming de bewijslast en moet zij het vermoeden weerleggen. Bij het werken met weerlegbare vermoedens door de Commissie is weinig ruimte gebleken deze vermoedens te weerleggen. Sommige lijken zelfs niet weerlegd te kunnen worden, zoals het vermoeden van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij dat in de *AKZO*-zaak uit 2009<sup>16</sup> is ontwikkeld voor een onderneming die voor 100% aandeelhouder is. In het arrest van het Gerecht van 26 januari 2022 is Intel er echter in geslaagd het weerlegbaar vermoeden daadwerkelijk te weerleggen.

### Een blik op de toekomst

Inmiddels heeft de Commissie bekendgemaakt in beroep te gaan tegen het nieuwe arrest van het Gerecht, nog zonder bekendmaking van de gronden. De periode van inmiddels dertien jaar procederen over de *Intel*-beschikking van de Commissie zal dus nog worden ver-

10 Richtsnoeren van de Commissie over artikel 82 EG-Verdrag, par. 25.

11 Beschikking Commissie 13 mei 2009, zaak COMP/ C-3/37.990 (*Intel*).

12 Beschikking Commissie 13 mei 2009, zaak COMP/ C-3/37.990 (*Intel*), punt 916.

13 HvJ EU, *Intel/Commissie*.

14 *Hoffmann-La Roche/Commissie*, r.o. 138.

15 HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark*).

16 HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*AKZO/Commissie*).

lengd. Er zijn verschillende scenario's voor de toekomst denkbaar.

Ten eerste kan de Commissie proberen de fouten en tekortkomingen die het Gerecht in de AEC-test heeft gevonden aan te vechten met documenten uit het Commissiedossier. Deze betwisting over het economisch bewijs uit het dossier moet wel worden ingekleed als een rechtsvraag. Indien deze economische tests het Hof van Justitie doen concluderen dat er sprake is van uitsluiting van een even efficiënte concurrent, kan de Commissie de beschikking en de geldboete sauveren of eventueel een nieuwe beschikking nemen. Dergelijke nieuwe beschikkingen kunnen echter tijdrovend zijn, zoals blijkt uit eerdere nieuwe beschikkingen<sup>17</sup> (één jaar in de zaak van het zelfkopiërend papier;<sup>18</sup> twee jaar voor ICAP in de zaak van de rentederivaten van yen;<sup>19</sup> drie jaar in de zaak van de stalen balken,<sup>20</sup> en zelfs vier jaar bij de opnieuw vastgestelde geldboete voor Telefónica en Pharol<sup>21</sup>).

Ten tweede bestaat de mogelijkheid dat de Commissie de beschikking enkel wil sauveren voor zover die betrekking heeft op de zogenoemde 'openlijke beperkingen', met inbegrip van een passende maar lagere boete, terwijl zij de getrouwheidskortingen en de exclusiviteitspremie buiten beschouwing laat. Met die optie kan de Commissie de schade die zij aan Intel zou moeten betalen, wellicht compenseren met de nieuwe geldboete. Die schade zou niet alleen bestaan uit de gerechtskosten die de Commissie volgens het Gerecht aan Intel moet betalen, maar ook uit eventuele rente. Een week voor het tweede *Intel*-arrest van het Gerecht van 2022 wees het Gerecht arrest in de zaak *Deutsche Telekom/Commissie* over een vordering tot betaling van rente over een gedeeltelijk nietig verklaarde geldboete. Het Gerecht oordeelde dat de Commissie verdragingsrente diende te betalen over het deel van de geldboete dat niet meer verschuldigd was. Dit zou ook in de *Intel*-zaak kunnen gelden.

Een laatste mogelijkheid is dat de Commissie met het beroep bij het Hof van Justitie de boete in deze zaak wil laten rusten maar duidelijkheid wenst over de reikwijdte van de AEC-test voor andere, toekomstige zaken. Zeer recent is een prejudiciële procedure gestart bij het Hof van Justitie, waarin de reikwijdte van de AEC-test aan de orde wordt gesteld. Dit is gebeurd in een Italiaanse zaak over misbruik van machtspositie bij de distributie en

verkoop van verpakt ijs door Unilever.<sup>22</sup> De Commissie heeft groot belang bij meer helderheid over, en mogelijk een beperking van, de reikwijdte van de AEC-test.

Europese en nationale mededingingsautoriteiten zijn in ieder geval verre van gelukkig met de uitspraak van het Gerecht van 26 januari 2022. Pierre Régibeau, hoofdconoom van de Directie Mededinging van de Europese Commissie noemde de bewijsstandaard die het Gerecht in zijn *Intel*-uitspraak introduceerde al 'volstrekt onredelijk'.<sup>23</sup> Ook Andreas Mundt, het hoofd van de Duitse BKA sprak zijn ongenoegen uit: '[Handhaving] kost nu nog meer tijd, en wordt nu nog complexer – het wordt extreem lastig om het goed te doen.'<sup>24</sup> Betekent dit dat toezichthouders het verbod op misbruik van machtspositie voortaan links zullen laten liggen? Voor ondernemingen die in het bereik van de recent aangenomen *Digital Markets Act*<sup>25</sup> vallen, zal dit mogelijk het geval zijn – deze verordening bevat een 'simpele' lijst aan verbodsbepalingen, en vereist geen complexe economische analyses. De praktijk moet echter uitwijzen of Big Tech-ondernemingen zich niet ook – net als Intel – na elk handhavingsbesluit jarenlang zullen verweren bij de rechter.

17 Vgl. W. Geursen & H. Gornall, 'Three's a charm for Intel', European law blog, 15 februari 2022.

18 Nietigverklaring in HvJ EG 3 september 2009, gevoegde zaken C-322/07 P, C-327/07 P en C-338/07 P, ECLI:EU:C:2009:500 en nieuwe beschikking van de Commissie van 23 juni 2010, zaak COMP/36.212.

19 Nietigverklaring wordt in stand gehouden in HvJ EU 10 juli 2019, C-39/18 P, ECLI:EU:C:2019:584 (*Commissie/Icap e.a.*) en nieuwe beschikking van de Commissie van 28 mei 2021 in zaak COMP/AT.39861.

20 Nietigverklaring in HvJ EG 2 oktober 2003, C-176/99 P, ECLI:EU:C:2003:524 (*Stalen balken*) en nieuwe beschikking van de Commissie van 8 november 2006 in zaak COMP/C.38.907.

21 Nietigverklaring wordt in stand gehouden in HvJ EU 13 december 2017, C-487/16 P, ECLI:EU:C:2017:961 (*Portugal Telecom/Commissie*) (Gerecht: ECLI:EU:T:2016:368) en nieuwe beschikking van de Commissie van 25 januari 2022 in zaak AT.39839.

22 Zaak C-680/20, *Unilever Italia Market Operations*, verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend op 15 december 2020.

23 'EU's Intel judgment places "completely unreasonable" burden on anti-trust enforcers, senior official says', Mlex 15 maart 2022.

24 'Intel judgment risks making EU antitrust law "unenforceable", Mundt says', Mlex 22 februari 2022.

25 Europese Commissie, Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (wet inzake digitale markten), COM(2020)842. Volg de wetgevingsprocedure op: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/HIS/?uri=CELEX:52020PC0842&qid=1648214424282>.