



# **Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht nach dem INTEL-Urteil des EuGH**

## ***L'avenir du contrôle des abus de position dominante après l'arrêt INTEL de la CJUE***

8. Deutsch-französischer Wettbewerbstag  
*8<sup>ème</sup> Journée franco-allemande de la concurrence*

Bundeskartellamt, Bonn, 3.Juli 2018  
*Bundeskartellamt, Bonn, 3 juillet 2018*

**Prof. Dr. Florian Bien**, Maître en Droit (Aix-Marseille III), Universität Würzburg

- Faktische Aufgabe (“Konkretisierung”) der Hoffmann-La Roche-Rechtsprechung. Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls auch bei Ausschließlichkeitsrabatten erforderlich (I).
- Notwendigkeit der Berücksichtigung u. a.
  - des Grades der Marktverschließung und
  - des Vorliegens einer Verdrängungsstrategie (II).
- Keine generelle Erforderlichkeit eines Kosten-Preis-Vergleichs (III).
- *De facto revirement (“précision”) de la jurisprudence Hoffmann-La Roche. Analyse approfondie des circonstances de l’espèce nécessaire même en cas de rabais d’exclusivité (I).*
- *Nécessaire prise en considération, entre autres,*
  - *du taux de couverture du marché et*
  - *de l’existence d’une éventuelle stratégie d’éviction (II).*
- *Pas de nécessité générale d’un test de coûts d’un opérateur aussi efficace (III).*

**Ausgangspunkt: Kommissions-  
entscheidung v. 13.5.2009 - Intel**

- Geldbuße in Höhe v. € 1.06 Millionen.
- Ausschließlichkeitsrabatte (“Treuerabatte” i.S.d. Hoffmann-La Roche-Rechtsprechung)
- “Der Vollständigkeit halber”:
  - Detaillierte qualitative Bewertung auf 22 von 581 Seiten
  - Durchführung des AEC Tests auf 150 von 581 Seiten
- Feststellung von “naked restrictions”: Direktzahlungen an Computerhersteller und an MSH.

***Point de départ : Décision de la  
Commission du 13.5.2009 - Intel***

- *Amende à hauteur de 1.06 millions d'euros.*
- *Rabais d'exclusivité (« Rabais de fidélité » dans le sens de la jurisprudence Hoffmann-La Roche)*
- *« Par souci d'exhaustivité »:*
  - *Appréciation qualitative détaillée sur 22 de 581 pages*
  - *Analyse dite du concurrent aussi efficace sur 150 de 581 pages*
- *Restrictions non déguisées : Paiements directs aux grands équipementiers et au détaillant MSH.*

**EuG, 12.6.2014, T-286/09, Intel, Rn. 74 ff. Trib., 12.6.2014, T-286/09, Intel, pts 74 ss.**

Drei Arten von Rabatten:

- Mengenrabatte: volumenabhängig; grundsätzlich keine Verdrängungswirkung
  - Ausschließlichkeitsrabatte: abhängig vom (beinahe) vollständigen Bezug beim marktbeherrschenden Unternehmen; verboten, außer obj. Rechtfertigung
  - Rabatte der dritten Kategorie (“Treuerabatte”): keine förmliche Verpflichtung zum vollständigen Bezug oder eines bestimmten Anteils der Nachfrage; sämtliche Umstände des Einzelfalls sind zu berücksichtigen.
- Trois types de rabais:*
- *Rabais quantitatifs: liés exclusivement au volume des achats; généralement considérés ne pas avoir un effet de forclusion*
  - *Rabais d'exclusivité: liés à la condition d'un approvisionnement (quasi) total des besoins auprès de l'entreprise en position dominante; incompatible, sauf justification.*
  - *Rebais relevant de la troisième catégorie (« de fidélité »): effet fidélisant sans obligation formelle d'approvisionnement exclusif; nécessaire appréciation de l'ensemble des circonstances.*

**EuG, 12.6.2014, T-296/09, Intel (vgl. EuGH, Hoffmann-La Roche)**  
***Trib., 12.6.2014, T-296/09, Intel (cf. CJUE, Hoffmann-La Roche)***

legal  
*légal*

illegal  
*illégal*

**Mengen-  
rabatte**  
*Rabais  
de  
quantité*

**Treuerabatte**  
*Rabais de  
fidélité*

**Ausschließ-  
lichkeitsrabatte**  
*Rabais  
d'exclusivité*

**Ausschließ-  
lichkeits-  
bindung**  
*Engagements  
d'exclusivité*

→ Betrachtung aller Umstände  
des Einzelfalls erforderlich  
→ *Nécessaire prise en  
consideration de l'ensemble  
des circonstances*

**Bestätigung der Hoffmann-La Roche  
Rechtsprechung:  
Per-se-Illegalität von  
Exklusivitätsbindungen ...**

“[...] ist bereits entschieden worden, dass ein Unternehmen, das [...] eine beherrschende Stellung einnimmt und Abnehmer [...] durch die Verpflichtung oder Zusage, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil desselben ausschließlich bei ihm zu beziehen, an sich bindet, seine Stellung im Sinne des Art. 102 AEUV missbräuchlich ausnutzt, [...]“

CJEU, Intel, Rn. 137

***Confirmation de la jurisprudence  
Hoffmann-La Roch:  
Illégalité per se des engagements  
d'exclusivité ...***

« [II] a déjà été jugé que, pour une entreprise se trouvant en position dominante [...], le fait de lier [...] des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 102 TFUE [...]. »

CJUE, Intel, pt 137

**...und von Exklusivitätsrabatten**

„Das Gleiche gilt, wenn ein solches Unternehmen [...] ein System von Treuerabatten anwendet, also Nachlässe, die daran gebunden sind, dass der Abnehmer [...] seinen Gesamtbedarf oder einen wesentlichen Teil hiervon ausschließlich bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung deckt (vgl. Urt. v. 13.2.1979, Hoffmann-La Roche/Kommission).“

CJEU, Intel, Rn. 137

***...et des rabais d'exclusivité***

*«Il en est de même lorsque ladite entreprise [...] applique [...] un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ces achats, s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante (voir arrêt du 13.2.1979, Hoffmann-La Roche/Commission)*

CJUE, Intel, pt 137



## “Konkretisierung” der Hoffmann-La Roche-Rechtsprechung

„Diese Rechtsprechung bedarf jedoch der **Konkretisierung** für den Fall, dass das betroffene Unternehmen im Verwaltungsverfahren, gestützt auf Beweise, geltend macht, dass sein Verhalten **nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken** und insbes. die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen.“

EuGH, Intel, Rn. 137

„In diesem Fall ist die Kommission [...] verpflichtet, [...] eine **Analyse sämtlicher Umstände des Einzelfalls** [vorzunehmen].“

EuGH, Intel, Rn. 139 und 142

## « *Precision de la jurisprudence Hoffmann-La Roche* »

« *Toutefois, il convient de **préciser** cette jurisprudence dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement **n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence** et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés.* »

CJUE, Intel, pt 137

« *Dans un tel cas, la Commission est [...] tenue [de procéder à] une **analyse de l'ensemble des circonstances de l'espèce.*** »

CJUE, Intel, pts 139 et 142



**EuGH, 6.9.2017, Intel, Rn. 138**  
***CJEU, 6.9.2017, Intel, pt 138***

legal  
*légal*

illegal  
*illégal*

**Mengen-  
rabatte**  
***Rabais  
quantita-  
tifs***

**Treuerabatte**  
***Rabais de  
fidélité***

**Ausschließ-  
lichkeitsrabatte**  
***Rabais  
d'exclusivité***

**Ausschließ-  
lichkeits-  
bindung**  
***Engagements  
d'exclusivité***

→ Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls  
erforderlich

→ *Nécessaire prise en consideration de  
l'ensemble des circonstances du cas sous examen*

**EuGH, 6.9.2017, Intel, Rn. 138, zu Ausschließlichkeitsbindungen?**  
***CJEU, 6.9.2017, Intel, pt 138, à propos d'engagements d'exclusivités ?***

legal  
*légal*

Illegal?  
*Illégal ?*

**Mengen-  
rabatte**  
*Rabais  
quantita-  
tifs*

**Treuerabatte**  
*Rabais de  
fidélité*

**Ausschließ-  
lichkeitsrabatte**  
*Rabais  
d'exclusivité*

**Ausschließ-  
lichkeits-  
bindung**  
*Engagements  
d'exclusivité*

- Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich
- *Nécessaire prise en consideration de l'ensemble des circonstances du cas sous examen*

Kommission ist verpflichtet zu prüfen,

„[1] das **Ausmaß der beherrschenden Stellung** des Unternehmens auf dem maßgeblichen Markt und  
[2] den **Umfang der Markterfassung** durch die beanstandete Praxis sowie  
[3] die **Bedingungen und Modalitäten** der in Rede stehenden Rabattgewährung, die **Dauer** und die **Höhe** dieser Rabatte zu prüfen, [...]   
[4] das Vorliegen einer eventuellen **Strategie zur Verdrängung** der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber.“

EuGH, Intel, Rn. 139

→ Überraschende Reihenfolge. Zentral sind Bedingungen der Rabattgewährung und Grad der Marktverschließung. AEC-Test wird nicht erwähnt.

*La Commission doit analyser,*

« [1] *d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et,*  
[2] *d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que*  
[3] *les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant,*  
[...]   
[4] *l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces. »*

*CJUE, Intel, pt 139*

→ *Ordre surprenant. Le conditions d'octroi des rabais ainsi que le taux de couverture sont les éléments les plus importants. Le test du concurrent aussi efficace n'est pas mentionné.*

„In der Regel wird die Kommission nach Art. 82 tätig, wenn aufgrund stichhaltiger und überzeugender Beweise der mutmaßliche Missbrauch aller Wahrscheinlichkeit nach zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen wird. [Dabei sollen] folgende Faktoren berücksichtigt werden:

- Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens;
- Bedingungen auf dem relevanten Markt;
- Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens;
- Stellung der Abnehmer bzw. der Anbieter von Inputs;
- Ausmaß des mutmaßlichen missbräuchlichen Verhaltens;
- Mögliche Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung;
- Unmittelbare Beweise einer Behinderungsstrategie [...]“

Kommission, Prioritätenmitteilung (2009), Rn. 20

## II. Analyserahmen – Forts.

### II. La grille d'analyse - continue

*« La Commission interviendra normalement en vertu de l'article 82 lorsque, sur la base de preuves solides et convaincantes, le comportement abusif présumé risque de produire une éviction anticoncurrentielle. Les facteurs suivants seront généralement retenus [...] :*

- *la position de l'entreprise dominante ;*
- *les conditions régnant la position des clients ou des fournisseurs d'intrants sur le marché en question ;*
- *la position des concurrents de l'entreprise dominante ;*
- *la portée du comportement abusif présumé ;*
- *les preuves éventuelles d'une éviction réelle;*
- *les preuves directes d'une stratégie d'éviction [...] »*

*Commission, Orientations sur les priorités (2009), pt 20*

## II. Analyserahmen – Forts.

## II. La grille d'analyse - continue

**EuGH, Intel: De-minimis-Schwelle?**

***CJUE, Intel: De-minimis-seuil ?***

„[...] kann nämlich die Abschottung eines erheblichen Teils des Marktes durch ein beherrschendes Unternehmen **nicht** mit dem Nachweis **gerechtfertigt** werden, dass der Teil des Marktes, der gewonnen werden kann, noch **ausreichend Platz für eine begrenzte Zahl von Wettbewerbern** bietet.“

EuGH, C-549/10 P – Tomra Systems, Rn. 42

« [...] le verrouillage d'une partie substantielle du marché par une entreprise dominante **ne peut être justifié** par la démonstration que la **partie du marché** susceptible d'être conquise **est encore suffisante** pour faire place à un nombre limité de concurrents. »

CJEU, C-549/10 P – Tomra Systems, pt 42

**EuGH, Intel: De-minimis-Schwelle?**  
***CJUE, Intel: De-minimis-seuil ?***

„Zum Vorbringen der Rechtsmittelführerinnen, die Kommission hätte das Kriterium der „**Mindestrentabilität**“ anwenden müssen, genügt der Hinweis, dass zum einen das Gericht die Festlegung einer genauen Marktabschottungsschwelle, ab der die fraglichen Praktiken als missbräuchlich anzusehen wären, für die Zwecke der Anwendung des Art. 102 AEUV zu Recht für nicht erforderlich gehalten hat [...]“

EuGH, C-549/10 P – Tomra Systems,  
Rn. 46

*« Pour ce qui est de l'argumentation des requérantes selon laquelle la Commission aurait dû appliquer le critère de la «**taille de viabilité minimale**», il suffit d'observer que, d'une part, le Tribunal a considéré, à bon droit, que la détermination d'un seuil précis de verrouillage du marché au-delà duquel les pratiques en cause doivent être considérées comme abusives n'était pas nécessaire aux fins de l'application de l'article 102 TFUE [...] »*

*CJEU, C-549/10 P – Tomra Systems,  
pt 46*

**EuGH, Intel: De-minimis-Schwelle?**  
**CJUE, Intel: De-minimis-seuil ?**

„Der Umstand, dass die von Post Danmark angewandten Rabatte einen **großen Teil der Kunden** auf dem Markt betrafen, stellt für sich genommen kein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten von Post Danmark dar. [...]

Gleichwohl kann der Umstand, dass ein Rabattsystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende die **Mehrheit der Kunden auf dem Markt** erfasst, einen **nützlichen Hinweis** auf den Umfang dieser Praxis und ihre Auswirkungen auf den Markt darstellen, der die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Verdrängungswirkung erhöhen kann.“

EuGH, Post Danmark II, Rn. 44 - 46

*« La circonstance que les rabais pratiqués par Post Danmark concernaient une large partie des clients sur le marché ne constitue pas, en soi, un indice d'un comportement abusif de cette entreprise. [...]*

*Toutefois, le fait qu'un système de rabais, tel que celui en cause au principal, couvre la **majeure partie de la clientèle sur le marché** peut constituer une **indication utile** de l'importance de cette pratique et de son impact sur le marché, pouvant renforcer la vraisemblance d'un effet d'éviction anticoncurrentiel. »*

*CJEU, Post Danmark II, pts 44 - 46*



**EuGH, Intel: De-minimis-Schwelle?**  
**CJUE, Intel: De-minimis-seuil ?**

„Das Kriterium des ebenso leistungs-  
fähigen Wettbewerbers ist somit als **ein  
Instrument unter anderen** anzusehen,  
um zu beurteilen, ob im Rahmen eines  
Rabattsystems eine missbräuchliche  
Ausnutzung einer beherrschenden  
Stellung vorliegt.

[Die] Anwendung des Kriteriums des eben-  
so leistungsfähigen Wettbewerbers [ist]  
**keine notwendige Voraussetzung**, um  
den missbräuchlichen Charakter eines  
Rabattsystems [...] festzustellen.“

EuGH, Post Danmark II, Rn. 61f.

*« Le critère du concurrent aussi efficace  
doit ainsi être considéré comme **un  
instrument parmi d'autres** en vue  
d'apprécier l'existence d'une exploitation  
abusive d'une position dominante dans le  
cadre d'un système de rabais.*

*[L']application du critère du concurrent  
aussi efficace ne constitue **pas une  
condition indispensable** pour constater  
le caractère abusif d'un système de  
rabais, au regard de l'article 82 CE. [...] »*

*CJUE, Post Danmark II, pts 61 s.*

„Wenn die Kommission in einer Entscheidung, mit der die Missbräuchlichkeit eines Rabattsystems festgestellt wird, eine **solche Analyse vornimmt**, hat das Gericht das gesamte Vorbringen der Klagepartei zu prüfen, mit dem die Richtigkeit der Feststellungen der Kommission zur Verdrängungsfähigkeit des betreffenden Rabattsystems in Frage gestellt werden soll.“

EuGH, Intel, Rn. 141

*« Si, dans une décision constatant le caractère abusif d'un système de rabais, la Commission **effectue une telle analyse**, il appartient au Tribunal d'examiner l'ensemble des arguments de la partie requérante visant à mettre en cause le bien-fondé des constatations faites par la Commission quant à la capacité d'éviction du système de rabais concerné. »*

*CJUE, Intel, pt 141*

„Daraus folgt, dass dem AEC-Test in der streitigen Entscheidung eine **tatsächliche Bedeutung** für die von der Kommission vorgenommene Beurteilung der Frage zukam, ob die in Rede stehenden Rabatte geeignet waren, sich dahin auszuwirken, dass ebenso leistungsfähige Wettbewerber verdrängt werden.

„**Unter diesen Umständen** war das Gericht verpflichtet, das gesamte Vorbringen von Intel zu diesem Test zu prüfen.“

EuGH, Intel, Rn. 141

*« Il s'ensuit que, dans la décision litigieuse, le test AEC a revêtu une **importance réelle** dans l'appréciation par la Commission de la capacité de la pratique de rabais en cause de produire un effet d'éviction de concurrents aussi efficaces.*

***Dans ces conditions**, le Tribunal était tenu d'examiner l'ensemble des arguments d'Intel formulés au sujet de ce test. »*

*CJUE, Intel, pt 142 s.*

**Praxisfolgen**  
***Conséquences pratiques***

Unternehmenssicht:

Empfiehl es sich, Beweise in Form des AEC-Tests in das Verfahren einzuführen? Möglichkeit, die Kartellbehörde dazu zu zwingen, die entsprechenden Beweise zu würdigen?

Behördensicht:

Sollte die Behörde als erste einen AEC-Test durchführen, um die Diskussion vorzustrukturieren?

*La perspective de l'entreprise :*

*Est-il recommandable d'utiliser, dans le cadre d'une procédure, le test AEC ?  
Les entreprises, ont-elle la possibilité de forcer les autorités de la concurrence à prendre ces preuves en considération ?*

*La perspective de l'autorité :*

*Est-il recommandable de présenter dès le début un test AEC, afin de pré-structurer les discussions ?*

## Zusammenfassung

- EuGH vereinheitlicht faktisch Beurteilungskriterien für Rabatte und mE sogar für Exklusivvereinbarungen. Kommission (und NKB) werden grundsätzlich sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigen müssen. Das gilt sogar im Fall von Ausschließlichkeitsbindungen und -rabatten. Die letztgenannte Kategorie wird verschwinden.
- EuGH verpflichtet Kommission nicht zur Durchführung des AEC-Tests.
- Dennoch werden marktbeherrschende Unternehmen AEC-Beweise vorbringen. Keine Verpflichtung der Behörden zur Reaktion.

## Resumée

- CJUE unifie de facto les critères d'appréciation des rabais et même des engagements exclusifs. La Commission et les ANC seront appelés à prendre en considération l'ensemble des éléments du cas sous examen. Cela vaut même en cas d'engagements d'exclusivité et de rabais d'exclusivité. Cette dernière catégorie est vouée à la disparition.
- Pas d'obligation de la Commission de mener un test AEC.
- Néanmoins, les entreprises dominantes apporteront des preuves AEC. Aucune obligation des autorités de réagir.

**Danke für Ihr Interesse und Ihre  
Aufmerksamkeit!**

***Merci de votre intérêt et de votre attention !***



Prof. Dr. Florian Bien

Lehrstuhl für globales Wirtschaftsrecht,  
internationale Schiedsgerichtsbarkeit und  
Bürgerliches Recht, Universität Würzburg

*Chair de droit des affaires internationales, de  
l'arbitrage international et de droit civil,  
Université de Wurtzbourg*

bien@jura.uni-wuerzburg.de