

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Intel: The long awaited ECJ ruling

On-Topic | Concurrences N° 1-2018 | pp. 14-41

Laurence Idot

Professeur, Université Paris II – Panthéon-Assas

Miguel Rato

Partner, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, Brussels

Marixenia Davilla

Senior Associate, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, Brussels

Paul Lugard

Partner, Baker Botts, Brussels

Cristina Caffarra

Vice President, Head of European Competition Practice, CRA, London

Damien Neven

Professeur, Institut universitaire des hautes études internationales et du développement, Genève

David Sevy

Executive Vice-President, Compass Lexecon, Paris et Bruxelles

Intel: The long awaited ECJ ruling

Une lecture juridique de l'arrêt *Intel*

Laurence Idot

Professeur, Université Paris II – Panthéon-Assas

The court's ruling in *Intel*: Towards a modern application of Article 102 TFEU based on sound economic principles

Miguel Rato

Partner, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, Brussels

Marixenia Davilla

Senior Associate, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, Brussels

What the *Intel* judgment is about – An alternative view on accuracy and administrability

Paul Lugard

Partner, Baker Botts, Brussels

“Re-setting” effects analysis in exclusion cases

Cristina Caffarra

Vice President, Head of European Competition Practice, CRA, London

Arrêt *Intel*: Quelles conséquences pour l'approche économique des abus?

Damien Neven

Professeur, Institut universitaire des hautes études internationales et du développement, Genève

David Sevy

Executive Vice-President, Compass Lexecon, Paris et Bruxelles

ABSTRACT

It was questionable whether this important judgment would close the debate on the interpretation of Article 102 TFEU. Will it put an end to the controversial and even polemical topics related to that interpretation and in particular to the debate on the effects-based analysis? Furthermore, Intel case decides on the use of the so-called Effective Competitor Test (AEC) by the Commission. It is finally argued, beyond the interpretation of Article 102 TFEU, that it is necessary to reason in terms of the European Union law criteria rather than to transpose the per se / rule of reason terminology of US antitrust law.

On a pu se demander si l'arrêt Intel allait clore les débats qui entourent l'interprétation de l'article 102 TFUE. Mettra-t-il fin aux controverses, voire aux polémiques, liées à cette interprétation et notamment au débat sur l'analyse fondée sur les effets ? L'arrêt se prononce également sur l'utilisation par la Commission du test du concurrent aussi efficace. Il est enfin soutenu qu'il faut raisonner au regard des critères propres au droit de l'Union au lieu de transposer la règle de raison du droit antitrust américain.

Une lecture de l'arrêt *Intel**

Laurence Idot

laurence.idot@sfr.fr

Professeur, Université Paris II – Panthéon-Assas

1. L'affaire *Intel* est suffisamment connue pour qu'il ne soit pas utile de revenir sur les faits dans le cadre d'un dossier sur cet arrêt de la Cour, déjà abondamment commenté¹. De même, il n'apparaît pas nécessaire de rappeler le contexte dans lequel il intervient, lequel est familier des lecteurs de cette revue². L'on a pu se demander si cet arrêt, rendu en grande chambre, ce qui lui confère en tout état de cause une importance, était un "grand arrêt"³, s'il allait mettre fin aux débats qui entourent l'interprétation de l'article 102 TFUE, qui avaient été particulièrement vifs à la suite de l'arrêt du Tribunal⁴. Une réponse nette est certainement difficile à formuler tant chacun peut y trouver des éléments à l'appui de sa position.

Les premiers commentateurs ont été jusqu'à affirmer que la Cour de justice avait consacré l'analyse par les effets⁵. Une telle position nous paraît excessive, même s'il est indéniable qu'à la suite de l'annulation prononcée, un vif débat va avoir lieu devant le Tribunal sur la mise en œuvre du test du concurrent aussi efficace (ci-après "AEC") pour apprécier le caractère abusif, ou non, des pratiques tarifaires d'Intel. Pour notre part, nous avons conclu à un "match nul provisoire"⁶...

2. À la différence des arrêts *Post Danmark I* et *Post Danmark II*⁸, intervenus à la suite de questions préjudicielles, ce qui laisse plus d'espace à la Cour de justice,

la Cour s'est prononcée dans l'affaire *Intel* sur la base d'un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal lui-même rendu à la suite d'un recours en annulation. L'approche particulièrement concise, voire parfois elliptique, de la formulation évoque un arrêt de la Cour de cassation française, ce qui nécessite, de notre point de vue, au moins dans un premier temps, une lecture analytique de l'arrêt.

Cette lecture peut être opérée de manière chronologique en trois temps : les antécédents de l'arrêt (I.), l'arrêt lui-même (II.), les suites de l'arrêt (III.).

I. Les antécédents de l'arrêt

3. Par antécédents, il faut entendre, non le débat global sur l'interprétation de l'article 102 TFUE dans lequel l'affaire s'insère, mais le contexte procédural propre à cette dernière. Cela conduit à conserver en mémoire plusieurs séries de données, qu'il s'agisse de la décision elle-même, ou de ses suites.

Comme il n'est pas possible de revenir en détail sur l'ensemble des points, nous nous bornerons à rappeler les éléments essentiels.

1. La décision

4. Il est utile de revenir à la décision⁹, mais, comme elle fait dans la version non confidentielle 517 pages, l'on se contentera de rappeler la teneur du dispositif. À l'article 1 de ce dernier, la Commission reprochait à Intel une infraction unique et continue en violation de l'article 82 CE et de l'article 54 EEE, qui s'était déroulée d'octobre 2002 à décembre 2007, et qui consistait à avoir mis en œuvre une stratégie d'exclusion de ses concurrents sur le marché des processeurs X86 CPU, par le biais des huit comportements ensuite énumérés, lesquels avaient été examinés dans la décision en deux groupes distincts.

Les quatre pratiques de rabais accordés respectivement à Dell, HP, NEC et Lenovo, ainsi que les paiements directs au distributeur Media-Saturn, avaient fait l'objet de l'appréciation juridique dans la partie 4.2 de la décision,

* Ce texte est la reprise d'une présentation de l'arrêt faite dans le cadre d'un réactif de l'AFEC, le 18 octobre 2017.

1 CJUE (gde ch.), 6 sept. 2017, aff. C-413/14 P. V. le commentaire d'A.-L. Sibony, *Concurrences* n°4-2017, p. 90; pour d'autres commentaires, v. les références données *infra*, dans la revue des revues, *Concurrences* n°1-2018.

2 V. not., le dossier *Intel*: Analysing the Advocate General's opinion, *Concurrences* n°1-2017, avec les analyses de P. I. Colomo, S. Marco Colino, D. Neven, N. Petit.

3 V. le commentaire de D. Bosco, *Contrats, conc., consom.* nov. 2017, n°227.

4 V. *inter alia*, W. Wils, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance, *World Competition*, vol. 37, 2014, no 4; P. Rey, J.-S. Venit, An Effects-Based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils, *World Competition*, vol. 38, 2015, no 1; L. Peepkorn, Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates, *Concurrences* n°1-2015, pp. 43-63; N. Petit, Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014, *Contrats, conc., consom.* 2015, dossier 3; P. Nihoul, The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effects-based Approach in European Competition Law?, *JECLAP*, 2014, vol. 5, no 8, p. 521.

5 A. Ronzano, La Cour annule l'arrêt Intel. Vers une approche économique fondée sur les effets concrets, *Actu-concurrence*, n°83/2017.

6 *Europe*, oct. 2017, étude 9.

7 CJUE, gde ch., 27 mars 2012, aff. C-209/10.

8 CJUE, 6 oct. 2015, aff. C-23/14.

9 Comm. eur., déc. 13 mai 2009, aff. 37.990, résumé, *JOUE*, no C.227, 22 sept. 2009.

qui en constitue l'essentiel¹⁰. Après une introduction rappelant la jurisprudence antérieure¹¹ dans laquelle elle opérait une distinction entre les “rabais de fidélité” au sens de la jurisprudence *Hoffmann-La Roche*¹² et les autres rabais pour lesquels il était nécessaire de prendre en compte toutes les circonstances de l'espèce, la Commission avait analysé la nature des rabais pratiqués par Intel¹³. Insistant sur le fait que la jurisprudence n'avait jamais exigé un effet de forclusion effectif, elle avait conclu que les rabais en question étaient des rabais de fidélité au sens de la jurisprudence antérieure, dans la mesure où ils étaient conditionnés à l'acquisition de la totalité ou de pratiquement l'intégralité des processeurs x86 auprès d'Intel, au moins dans un segment de marché¹⁴. Bien que ce constat soit jugé suffisant pour justifier l'interdiction¹⁵, la Commission avait procédé à la vérification de la capacité d'éviction des pratiques au regard du test du concurrent aussi efficace (ci-après “AEC”), en exposant sa méthodologie¹⁶, puis en faisant les calculs pour chacun des cinq groupes de comportements retenus¹⁷. Elle mettait l'accent sur le fait que le test AEC n'était qu'une manière parmi d'autres pour apprécier la capacité d'éviction des pratiques et qu'il ne devait pas être regardé comme un test absolu¹⁸, même si en l'espèce la conclusion était en défaveur d'Intel, puisqu'un concurrent aussi efficace aurait dû offrir ses x86 CPU aux OEM concernés à un prix inférieur à ses coûts évitables moyens pour concurrencer les offres conditionnelles d'Intel¹⁹. La capacité d'avoir des effets de forclusion était ainsi confirmée²⁰. L'analyse s'était poursuivie par des développements beaucoup plus brefs sur l'importance stratégique des fabricants visés par les rabais²¹, les effets anticoncurrentiels des comportements sur les consommateurs et la concurrence²², avant de s'achever par l'examen des justifications objectives et des efficiences éventuelles²³.

Les trois séries de paiements directs aux fabricants HP,

10 Déc., p. 274 à 473.

11 *Idem*, nos 920 à 925.

12 CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76.

13 Déc. préc., partie 4.2.2, nos 926 à 1000.

14 *Idem*, “The rebates and payments in question constitute fidelity rebates which fulfil the conditions of the relevant case law for qualification as abusive (see recitals (920), (921) and (923)). In addition, they had the effect of restricting the freedom to choose of the respective OEMs and of MSH” (n° 1001 *in fine*, p. 302). Il est à noter que l'engagement n'était pas le même suivant l'OEM visé : totalité des achats pour Dell ; 95 % des demandes visant les ordinateurs de bureau pour HP ; 80 % des demandes visant les PC pour NEC ; et totalité des achats pour les notebooks de Lenovo.

15 *Idem*, n° 925.

16 *Idem*, nos 1102 à 1155.

17 *Idem*, nos 1156 à 1573.

18 *Idem*, v. par ex., n° 1155.

19 *Idem*, n° 1574 : “That level of pricing is not viable by any economic benchmark.”

20 *Idem*, n° 1575 : “This means that the Intel payments are capable of having or likely to have anticompetitive foreclosure effects, since even an as efficient competitor would be prevented from supplying the OEM's x86 CPU requirements or ensuring that MSH sells PCs based on its x86 CPUs.”

21 *Idem*, nos 1576 à 1597.

22 *Idem*, nos 1596 à 1616.

23 *Idem*, nos 1617 à 1639.

Acer et Lenovo avaient ensuite été examinées de manière beaucoup plus rapide dans la partie 4.3 de la décision, intitulée “restrictions pures” ou *naked restrictions*²⁴. La Commission concluait que de tels comportements sont caractéristiques de l'usage de moyens différents de ceux qui gouvernent une « compétition normale »²⁵.

Après des développements sur les performances d'AMD, lesquelles étaient mises en cause par Intel²⁶, la Commission clôturait son analyse juridique par des conclusions sur le caractère unique et continu de l'infraction du fait de l'existence d'une stratégie d'ensemble visant à évincer AMD du marché²⁷, ce qui ne l'empêchait pas de considérer que, pris isolément, chacun des comportements était constitutif d'un abus²⁸. Les comportements s'étaient déroulés pour l'essentiel de 2002 à 2005, seuls les paiements directs à MSH couvrant l'intégralité de la période retenue. Dans cet ensemble, les pratiques visant Lenovo étaient décalées, puisque les rabais n'avaient été accordés que pendant l'année 2007 et les paiements directs pendant le deuxième semestre 2006.

2. Les suites de la décision

5. Dans son recours en annulation devant le Tribunal, Intel avait développé, s'agissant de la qualification des pratiques, trois moyens : i) des erreurs de droit quant à la conclusion de pratiques abusives données tant aux remises conditionnelles qu'aux “restrictions pures”, appelées “restrictions non déguisées”, auxquelles s'ajoutait une remise en cause de la compétence internationale de la Commission ; ii) des erreurs quant à l'appréciation des preuves qui ne répondaient pas aux standards requis, ce qui incluait une contestation de l'utilisation du test AEC ; enfin, iii) une remise en cause de la qualification d'infraction unique. En fin de compte, toutes les étapes du raisonnement suivi au fond par la Commission étaient contestées.

6. Ne suivant pas l'ordre de ces moyens, le Tribunal²⁹ avait examiné d'abord les questions dites “horizontales” (A), puis la compétence de la Commission (B) et les questions de procédure (C) avant de répondre sur les erreurs d'appréciation dans l'analyse des pratiques en envisageant de manière séparée la situation de chacun des fabricants et du distributeur MS (D), pour finir sur la qualification d'infraction unique (E).

Pour l'analyse des rabais, cette construction aboutissait en pratique à une partie générale (sous A), qui a concentré toutes les critiques, et une partie spéciale (sous D),

24 *Idem*, nos 1641 à 1681.

25 *Idem*, n° 1681.

26 *Idem*, nos 1682 à 1736.

27 *Idem*, nos 1737 à 1748.

28 *Idem*, n° 1747.

29 Trib. UE, 12 juin 2014, aff. T-286/09. Sur cet arrêt, v. *supra*, note 4 ; *adde*, *Concurrences* n° 3-2014, note A. Wachsmann et N. Zacharie, *JDI*, 2015, p. 731, note E. Claudel, *Europe*, 2014, étude 7, L. Idot.

largement ignorée des commentateurs. La synthèse de la jurisprudence antérieure de la Cour sur les rabais autour d'une classification en trois catégories, dont les rabais dits "de fidélité", ayant par leur nature même la capacité de restreindre la concurrence, a déclenché la polémique que l'on connaît. Dans le cadre de cette classification, les rabais pratiqués par Intel étant assimilés à des rabais dits "de fidélité" au sens de la jurisprudence *Hoffmann-La Roche* étaient dès lors qualifiés d'abusifs³⁰. S'il s'était ensuite attaché à réfuter les arguments d'Intel niant les effets anticoncurrentiels des pratiques³¹, le Tribunal s'était montré réticent vis-à-vis du test AEC et avait finalement estimé qu'il n'était pas nécessaire de vérifier que la Commission en avait fait une application correcte en l'espèce³². Deux raisons semblent avoir justifié cette conclusion : le fait que le test ne soit pas nécessaire en présence de rabais dits "de fidélité", le fait que la Commission se soit en tout état de cause fondée sur d'autres éléments de preuve pour démontrer le caractère anticoncurrentiel des rabais, lesquels ont été examinés ultérieurement en détail dans la partie D. Finalement pour le Tribunal, la Commission, qui n'était pas tenue de démontrer l'existence d'un effet concret, mais la capacité des comportements incriminés de restreindre la concurrence, avait démontré à suffisance que les rabais et paiements remplissaient cette condition³³. De même, examinant les restrictions non déguisées, le Tribunal avait confirmé leur caractère abusif³⁴.

7. Dans son pourvoi, Intel a soulevé six moyens, dont trois concernent la qualification des seuls rabais. Le premier moyen remet en cause l'ensemble de l'analyse menée par le Tribunal dans la partie générale (sous A), tandis que les deux autres moyens plus spécifiques concernent surtout la manière dont le taux de couverture des rabais a été calculé. Le deuxième moyen porte, en effet, sur les limites temporelles de l'assiette, puisqu'Intel reproche au Tribunal d'avoir calculé le taux de couverture sur l'ensemble de la période retenue pour l'infraction, soit d'octobre 2002 à décembre 2007, tandis que le troisième moyen vise la dimension matérielle de cette dernière, le taux de couverture ayant été calculé par rapport au seul segment de marché que constituent les ordinateurs de bureau et les portables, alors que les besoins des OEM sont en pratique beaucoup plus importants. Cela étant, le deuxième moyen revient indirectement à remettre en cause la qualification d'infraction unique et continue, qui sous-tend et justifie la totalisation de la période, tandis que le troisième moyen conduit à nier la qualification de rabais d'exclusivité donnée aux rabais litigieux conclus avec HP et Lenovo.

Point qu'il ne faut pas négliger, s'agissant des questions de fond, la partie de l'arrêt du Tribunal visant les restrictions non déguisées n'a par conséquent pas été remise en cause.

30 *Idem*, pts 94 et 95.

31 *Idem*, pts 96 à 166, et pts 172 à 197.

32 *Idem*, pt 151.

33 *Idem*, pt 197.

34 *Idem*, pts 198 à 220.

II. L'arrêt de la Cour

8. L'arrêt frappe d'abord par sa concision, d'autant plus que, sur la question de fond au cœur des débats, la réponse de la Cour de justice tient en à peine deux pages et demie. Cela s'explique notamment par le fait que la Cour ne répond qu'au premier moyen, au demeurant le plus important, comme le confirme la lecture des conclusions de l'avocat général Wahl, qui lui a consacré également l'essentiel des développements.

9. Quant à ce premier moyen, l'argumentation d'Intel était organisée en trois branches. Il était d'abord reproché au Tribunal de ne pas avoir pris en compte les circonstances de l'espèce, ensuite de n'avoir pas vérifié l'aptitude des rabais à restreindre la concurrence. Enfin, Intel soutenait que l'examen opéré à titre surabondant par le Tribunal de la capacité des rabais à restreindre la concurrence était insuffisant et ne corrigeait pas les erreurs de droit antérieurement identifiées.

Comme l'a fait l'avocat général dans ses conclusions, il était tout à fait possible de regrouper les deux premières branches et de distinguer deux étapes dans le raisonnement : l'analyse des rabais, l'examen à titre surabondant de la capacité de ces derniers à restreindre la concurrence.

10. La Cour a procédé de manière quelque peu différente en globalisant les trois branches, ce qui l'a conduite à annuler l'arrêt du Tribunal sur la base du premier moyen au motif que le "*Tribunal s'est, à tort abstenu, dans le cadre de son analyse de la capacité des rabais litigieux de restreindre la concurrence, de prendre en considération l'argumentation d'Intel visant à dénoncer de prétendues erreurs commises par la Commission dans le cadre du test AEC*"³⁵.

Pour parvenir à ce résultat, la Cour procède en trois temps. Elle commence par un rappel des solutions et du cadre dans lequel l'affaire s'insère³⁶, avant d'affirmer une méthode³⁷ dans laquelle elle insère un test pour l'analyse de la capacité d'éviction³⁸.

1. Le rappel des solutions

11. Comme elle en a l'habitude, la Cour rappelle les solutions antérieures. Cette première phase est opérée en deux temps : principes généraux sur l'abus, règles particulières applicables aux pratiques visées en l'espèce.

12. Contrairement à de nombreux arrêts, où la Cour reprend la définition générale de l'abus telle que donnée dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, puis précisée en dernier lieu dans l'arrêt *Post Danmark I*³⁹, la Cour part des objec-

35 Aff. C-413/14 P, pt 147.

36 *Idem*, pts 133 à 137.

37 *Idem*, pts 138 à 144.

38 *Idem*, pts 139 et 140.

39 *Préc.*, pt 24.

tifs de l'article 102 TFUE. Il faut à la fois concilier la concurrence par les mérites et la responsabilité particulière qui pèse sur l'entreprise en position dominante. La conclusion est affirmée au point 136, qui n'est que la reprise du point 25 de l'arrêt *Post Danmark I*: "(...) l'article 102 TFUE interdit notamment à une entreprise en position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents comme étant aussi efficaces qu'elle-même, renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut donc être considérée comme légitime."

S'agissant des pratiques tarifaires, la nécessité de vérifier les effets d'éviction éventuels d'un concurrent au moins aussi efficace que l'entreprise en position dominante est ainsi confirmée. L'on est jusque-là dans la ligne de l'arrêt *Post Danmark I*.

13. Encore faut-il appliquer ces principes aux pratiques en cause. Dans l'arrêt *Post Danmark I*, la Cour avait commencé par insister sur la nécessité de prendre en compte toutes les circonstances de l'espèce, avant d'aborder la question des prix prédateurs, puis de mettre en lumière les spécificités des pratiques de *Post Danmark*. Les données sont plus simples dans l'arrêt *Intel*. Le Tribunal, dont les conclusions sur les données factuelles ne peuvent être remises en cause devant la Cour⁴⁰, avait conclu en l'espèce à l'existence de rabais d'exclusivité en se référant à la jurisprudence *Hoffmann-La Roche*.

Cette dernière n'est pas abandonnée puisque la Cour se réfère effectivement à l'attendu de cet arrêt qui donne la définition des "rabais de fidélité". Cette dernière mérite que l'on s'y arrête: sont qualifiées comme tels des "remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ses achats, s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante". Il serait sans doute préférable de parler de "rabais d'exclusivité", car c'est bien l'exclusivité qui permet de faire la différence entre ce type de rabais et les rabais à effet fidélisant à l'origine de la controverse consécutive aux arrêts *Michelin IP*⁴¹ et *British Airways*⁴².

Quoi qu'il en soit, au-delà de la terminologie utilisée, de telles pratiques sont abusives. Cette partie de l'arrêt correspond à une démarche classique qui consiste à trouver une cohérence à la jurisprudence antérieure, laquelle, par définition, évolue par étapes.

2. L'affirmation d'une méthode

14. La partie vraiment novatrice de l'arrêt commence au point 138, puisque la Cour nous annonce qu'il convient de "préciser" cette jurisprudence. Certains commentateurs

ont vu dans cette formulation une manière élégante d'indiquer un revirement de jurisprudence⁴³. Nous ne partageons pas tout à fait cette analyse. Il s'agit bien d'une précision qui ne joue que dans un cas déterminé: celui où "l'entreprise en position dominante soutient, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence".

15. Cet attendu 138 ne peut, de notre point de vue, se comprendre qu'en ayant en tête la distinction restriction de concurrence par objet/restriction de concurrence par effet. Certains comportements sont tels qu'il est possible de présumer leur capacité d'éviction. Tel est le cas de rabais d'exclusivité. Dans ce cas, il appartient à l'entreprise en position dominante sur qui passe la charge de la preuve de démontrer, d'où l'importance de la mention, éléments de preuve à l'appui, que les pratiques qui lui sont reprochées n'ont pas cette capacité d'éviction.

L'utilisation d'"une" distinction objet/effet pour l'article 102 TFUE n'est pas une nouveauté. Comme cela a été démontré avec beaucoup de subtilité, une telle distinction permet d'expliquer une grande partie de la jurisprudence de la Cour⁴⁴. L'avocat général Wahl l'a également évoquée dans ses conclusions tout en rappelant que l'identification d'une restriction de concurrence par objet n'empêchait nullement la prise en considération du contexte et par voie de conséquence l'analyse des "circonstances de l'espèce", point qui était au cœur de son raisonnement.

16. Même si à la différence du droit français, la distinction ne se retrouve pas dans la lettre de l'article 102 TFUE, avoir un raisonnement comparable à celui suivi pour l'article 101 TFUE n'est pas intellectuellement choquant. Certes, les conditions préalables des deux interdictions sont par nature différentes (collusion dans un cas, position dominante dans l'autre), mais avoir des exigences identiques quant à la restriction de concurrence paraît logique.

En l'espèce, la Cour redonne à l'alternative objet/effet sa véritable dimension: la distinction doit jouer comme une présomption. Une pratique peut être qualifiée de restriction de concurrence par objet parce que, compte tenu de sa nature, ses effets peuvent être présumés. Toutefois cette présomption doit rester une présomption simple. Or, tel n'est pas le cas dans la jurisprudence relative à l'article 101, § 1, TFUE, du moins celle relative aux cartels où un caractère irréfragable lui a été donné en pratique⁴⁵.

17. Sur le plan procédural, si les éléments de preuve amenés par l'entreprise pour remettre en cause la capacité d'éviction de ses pratiques sont suffisants, il appartient

40 La longue partie spéciale sous D de l'arrêt du Tribunal n'est pas visée dans le pourvoi, ce qui est logique s'agissant précisément d'appréciations de fait.

41 TPICE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01.

42 CJCE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 P.

43 V. not., A.-L. Sibony, D. Bosco, préc.

44 P. Ibanez Colomo, *Beyond the "more economics-based approach": a legal perspective on Article 102 TFEU case law*, *Com. Mark. L. Rev.*, vol. 53, 2016, no 2, p. 709.

45 V., sur la discussion relative à l'utilisation d'une présomption, *Réflexions sur l'évolution de la preuve des pratiques anticoncurrentielles devant les autorités de concurrence*, *Concurrences* n° 4-2017, p. 45, spéc. nos 23 et s.

alors à la Commission de procéder à leur analyse⁴⁶. Le principe est clair, mais l'on peut se demander quel sera le standard de preuve requis. Il ne fait pas de doute que de simples allégations ne sont pas suffisantes. En l'espèce, Intel avait produit des analyses économiques fondées précisément sur le fameux test AEC, lesquelles ont été largement débattues devant la Commission.

Sur le plan juridique, la démarche est habituelle en termes de répartition de la charge de la preuve, qui est beaucoup plus complexe qu'il n'apparaît de prime abord⁴⁷. C'est un jeu subtil d'échange d'arguments et de contre-arguments. L'image d'un match de tennis a été évoquée. Il convient de déterminer qui sert en premier. C'est naturellement la Commission qui doit établir dans un premier temps les pratiques et leur donner une qualification. En l'espèce avait été retenue la qualification de rabais d'exclusivité. De tels rabais, au regard de la jurisprudence antérieure, sont présumés avoir une capacité d'éviction. Mais il ne s'agit que d'une présomption simple. L'entreprise peut renvoyer la balle et avancer des arguments mettant en doute cette capacité d'éviction. La balle est de nouveau dans le camp de la Commission. L'analyse n'est pas nouvelle. En antitrust, on la retrouve en particulier quand il s'agit de démontrer la participation d'une entreprise à un cartel⁴⁸.

18. En l'espèce, la Commission a respecté ces règles sur la répartition de la charge de la preuve, puisque, comme la Cour le relève⁴⁹, elle a consacré des développements substantiels à l'ensemble des arguments d'Intel, en particulier sur l'utilisation du test AEC, lequel a joué une importance réelle dans l'appréciation de la capacité d'éviction des pratiques litigieuses⁵⁰.

19. Le principal apport de l'arrêt concerne l'application de cette méthode au stade du contrôle juridictionnel. Le Tribunal doit également, si on lui demande ce qui avait été le cas en l'espèce, contrôler l'ensemble des moyens avancés par l'entreprise pour nier la capacité d'éviction⁵¹. Il ne peut se borner à constater l'existence de rabais d'exclusivité, dès lors qu'en l'espèce le test AEC a joué un rôle décisif, insiste la Cour, sur l'appréciation par la Commission de la capacité d'éviction des rabais. Faute de l'avoir fait, la Cour considère que le Tribunal a commis une erreur de méthodologie qui justifie l'annulation.

L'innovation est d'abord et avant tout procédurale. La solution ne s'imposait pas nécessairement, car habituellement il est admis que le juge peut ne pas examiner l'ensemble des arguments d'une partie, si la solution finale

apparaît en tout état de cause justifiée. Or, en l'espèce, il ne faut pas oublier que, dans la partie D de son arrêt, le Tribunal avait examiné en détail et pour chaque catégorie de pratiques les arguments avancés par Intel pour nier l'absence d'effet anticoncurrentiel des rabais.

En procédant de la sorte, la Cour met indéniablement en avant le test AEC, dont elle avait pourtant affirmé dans l'affaire *Post Danmark II* qu'il ne s'agissait que d'un instrument parmi d'autres pour apprécier l'existence d'une exploitation abusive d'une position dominante⁵².

3. L'affirmation d'un test ?

20. Au-delà de la méthode, la question qui se pose ensuite est de savoir si la Cour va plus loin et affirme un test pour l'application de l'article 102 TFUE. Il faut se reporter aux points 139 et 140, qui sont consacrés à la question sur laquelle doit se cristalliser le débat, à savoir la capacité d'éviction des pratiques examinées. Point important à relever, la Cour ne fait plus référence, comme dans l'arrêt *Post Danmark II*, à un effet d'éviction⁵³, mais à une capacité d'éviction. Que l'application de l'article 102 TFUE ne nécessite pas la démonstration d'"effets concrets" est ainsi clairement confirmé. De plus, en utilisant l'expression "capacité d'éviction", la Cour met fin aux hésitations qui avaient pu exister antérieurement sur la question de savoir s'il fallait exiger ou non des effets probables⁵⁴.

21. Au point 139, la Cour indique quatre éléments à prendre en compte pour l'analyse de la capacité d'éviction : i) l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent, ii) le taux de couverture du marché par la pratique concernée, iii) les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, iv) l'existence éventuelle d'une stratégie d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces.

Plusieurs séries de remarques peuvent être formulées. La première, d'ordre général, consiste à se demander si cette liste est limitative ou non. *A priori*, la réponse devrait être négative, mais en insistant sur le fait que la "Commission est tenue d'analyser..." la Cour semble dresser à tout le moins une liste minimum des éléments à vérifier. Au-delà de ces interrogations, chacun des éléments appelle des observations.

22. Le premier facteur peut surprendre un juriste pour deux raisons. Non seulement l'article 102 TFUE oblige à distinguer les deux éléments constitutifs de l'interdiction, mais de plus, s'agissant du premier de ces éléments, il n'exige qu'une position dominante. Certes, en pratique, il ne fait pas de doute qu'il existe une corrélation entre la capacité d'éviction des pratiques et l'importance de la position dominante de l'entreprise. Cela avait été relevé

46 Arrêt préc., pt 139.

47 V. en particulier, E. Barbier de La Serre, A.-L. Sibony, Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective, *RTDeur.*, 2007, pp. 205 et s.

48 CJCE, 7 janv. 2004, *Aalborg Portland*, aff. C-204/00, pts 78 et 79 ; plus récemment, Trib. UE, 2 juin 2016, *Moreda-Riviere Trefilerias*, aff. jtes T-426/10 à T-429/10, T-438/12 à T-441/12, pts 108 et 109 et la jurisprudence citée.

49 Arrêt préc., pt 142.

50 *Idem*, pt 143.

51 *Idem*, pt 144.

52 Arrêt préc., pt 61.

53 Arrêt préc., pt 31.

54 Sur ce point, v. concl. Wahl, pts 112 et s.

dans l'arrêt *Post Danmark I*⁵⁵, mais la Cour avait alors insisté sur les circonstances particulières de l'espèce.

Le deuxième élément, le taux de couverture du marché, est plus nouveau. L'on se souvient des réserves de la Cour quant au rôle de ce facteur dans les arrêts *Tomra*⁵⁶ et *Post Danmark II*⁵⁷. Le mettre ainsi en avant a été perçu comme une manifestation de la volonté de la Cour de prendre en compte la réalité des effets d'éviction.

Le troisième élément, à savoir l'examen des critères et des modalités d'octroi des rabais, est quant à lui habituel. L'on doit partir des faits de l'espèce, d'autant que les pratiques des entreprises sont très diversifiées.

En revanche, le dernier élément, l'existence d'une éventuelle stratégie d'éviction, est plus ambigu. De prime abord, il fait référence à l'intention et l'on est alors dans la ligne de la jurisprudence *Akzo*⁵⁸, d'autant que la Cour se réfère à l'arrêt *Post Danmark I*. Toutefois, la précision selon laquelle l'éviction doit viser des concurrents au moins aussi efficaces peut conduire à voir également dans cet élément une référence au test AEC⁵⁹.

23. À vrai dire, plus que les éléments eux-mêmes, leur ordre de présentation appelle des remarques, car il ne s'impose pas. L'inversion opérée entre le taux de couverture du marché et l'analyse des conditions et des modalités d'octroi des rabais est surprenante. La logique commande de commencer par l'analyse des conditions et des modalités d'octroi des rabais ainsi que leur durée et leur montant. L'examen des circonstances propres à l'affaire doit être opéré en premier tandis que celui du taux de couverture ne peut intervenir que dans un deuxième temps, d'autant plus que l'entreprise peut avoir des pratiques de rabais diversifiées. En tout état de cause, ces deux éléments peuvent être qualifiés de principaux.

En revanche, l'importance de la position dominante ou l'existence éventuelle d'une stratégie ne sont que des éléments accessoires qui viennent conforter l'analyse tirée des éléments précédents. La capacité d'éviction de certains systèmes de rabais peut être démontrée même en l'absence d'une superdominance ou d'une stratégie d'éviction.

24. Le test n'est pas pour autant complet et, à cet égard, le point 140 de l'arrêt consacré aux justifications éventuelles des pratiques suscite la perplexité. Certes, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Post Danmark I*⁶⁰, la Cour confirme indirectement l'existence de deux séries de justifications – des raisons objectives, des gains d'efficacité –, mais dans des termes pour le moins ambigus.

55 Arrêt préc., pt 30.

56 CJUE, 19 oct. 2012, aff. C-549/10 P.

57 Arrêt préc., pt 44.

58 CJCE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86.

59 V. en ce sens, le commentaire de D. Bosco, préc.

60 Arrêt préc., pts 40 et 41.

L'affirmation selon laquelle l'analyse de la capacité d'éviction est également pertinente pour apprécier si un système de rabais peut être objectivement justifié est difficile à comprendre, ne serait-ce que parce que la Cour met sur le même plan des éléments de nature différente. S'il est vrai que la qualification d'abus ne peut être confirmée qu'en l'absence de justifications objectives, le lien opéré à ce stade avec la capacité d'éviction des pratiques ne s'impose pas. De manière plus habituelle et dans la ligne des Orientations de 2009, la Cour confirme ensuite la nécessité de procéder, à la suite de l'analyse de la capacité d'éviction, à une mise en balance des effets favorables et défavorables pour la concurrence. Mais alors que, dans l'arrêt *Post Danmark I*⁶¹, la Cour avait clairement fait peser la charge de la preuve de ces justifications sur l'entreprise en position dominante, elle ne s'exprime pas sur ce point dans l'arrêt *Intel*. Le régime des justifications perd en clarté et c'est à tout le moins regrettable. Ce n'est pas la seule incertitude qui naît de l'arrêt *Intel*.

III. Les suites de l'arrêt

25. Le débat va par conséquent reprendre devant le Tribunal sur l'application en l'espèce du test AEC. La Cour a annulé l'ensemble de l'arrêt du Tribunal, alors que le pourvoi ne remettait nullement en cause l'analyse du Tribunal quant à l'appréciation des restrictions non déguisées, lesquelles n'ont par ailleurs pas été évaluées par la Commission à l'aune du test AEC. Cette partie de la décision de la Commission, certes minoritaire, devrait en principe être définitivement validée.

Au-delà de la suite immédiate de l'affaire, il faut également s'interroger sur la portée de l'arrêt quant à l'interprétation de l'article 102 TFUE (1.) et sur les conséquences pratiques qui vont en résulter pour les autorités de concurrence (2.).

1. Une portée incertaine

26. Ce constat semble majoritaire, ne serait-ce que, parce qu'en ne répondant qu'au premier moyen, la Cour laisse sans réponse des questions importantes.

Le taux de couverture semble désormais un facteur indispensable de l'analyse de la capacité d'éviction. Or, dans le deuxième et le troisième moyen restés sans réponse, Intel mettait en cause le mode de calcul de ce taux adopté par la Commission et validé par le Tribunal. Nier la qualification de rabais d'exclusivité donnée en l'espèce à l'ensemble des rabais conduisait à se demander si le taux de couverture devait être calculé par rapport aux seuls segments de marché couverts par les rabais, soit les ordinateurs de bureau et les portables, ou par rapport à l'ensemble des produits des OEM requérant des processeurs.

61 *Idem*, pt 41.

Pour mémoire, l'avocat général Wahl avait suggéré une approche plus globale en se plaçant du côté du concurrent éventuellement évincé, soit AMD⁶².

De même, le deuxième moyen posait la question des limites temporelles du taux de couverture. En 2006 et 2007, les pratiques ne visaient plus que MSH et Lenovo, mais le Tribunal avait suivi la Commission et considéré qu'il était possible de se fonder sur un taux moyen de couverture. Cela n'était possible qu'en recourant à la notion d'infraction unique et continue.

27. Or, la Cour ne s'est pas davantage prononcée sur l'utilisation de la notion d'infraction unique et continue dans le contexte de l'article 102 TFUE. L'avocat général Wahl a clairement pris position par la négative en considérant qu'il s'agissait avant tout d'une règle de nature procédurale qui allégeait la charge de la preuve pesant sur les autorités et que le recours à cette notion ne pouvait pas convertir un comportement légal en une infraction⁶³.

Même si le constat d'un allègement de la charge de la preuve est indéniable, nous ne partageons pas cette analyse. Le recours à la notion d'infraction unique, d'abord conçue dans le cadre de l'article 101 TFUE pour dépasser la distinction accords/pratiques concertées dans le cadre d'ententes complexes, est désormais utilisé pour appréhender globalement une série de comportements qui participent d'un même plan d'ensemble. Si cela est admis pour l'application de l'article 101, § 1, TFUE, il n'y a aucune raison de l'exclure pour l'article 102 TFUE en l'adaptant à la différence de situation. Dans les deux cas, il y a toujours un plan d'ensemble, mais qui n'est le fait que de la seule entreprise en position dominante pour l'article 102. C'est ce que la Commission a appelé la stratégie d'ensemble de l'entreprise en position dominante dans sa décision⁶⁴.

Certes, la Cour se garde bien de faire la moindre référence à la notion d'infraction unique. Cela étant, dans l'examen du moyen sur la compétence internationale de la Commission, elle admet qu'*"en présence d'une stratégie, telle que celle développée par Intel, il convenait de prendre en considération le comportement de l'entreprise dans son ensemble afin d'apprécier le caractère substantiel de ses effets sur le marché de l'Union"*⁶⁵. De plus, dans les facteurs permettant d'identifier la capacité d'éviction, elle fait à nouveau référence à l'existence d'une telle stratégie⁶⁶.

28. Au-delà des points non traités, le domaine des nouvelles règles doit surtout être délimité. La première réaction est de limiter la portée de l'arrêt aux seules

pratiques tarifaires, d'autant que l'application du test AEC n'a de sens que par rapport à ces dernières. À la réflexion, la question est plus complexe, qu'il n'y paraît de prime abord.

L'identification d'une "capacité d'éviction" doit évidemment être un élément commun à toutes les pratiques abusives d'exclusion. Si l'on admet que la Cour a introduit une distinction objet/effet dans l'application de l'article 102 TFUE, cette solution doit avoir une portée générale et la distinction peut être appliquée aussi bien à des pratiques tarifaires, comme en l'espèce, qu'à des pratiques non tarifaires, comme l'a démontré P. Colomo dans son analyse de la jurisprudence⁶⁷.

En revanche, compte tenu de sa formulation, le test (?) du point 139 ne peut valoir que pour des pratiques de rabais. La question a été posée de savoir s'il vaut tant pour les rabais d'exclusivité que pour les rabais à effet fidélisant et si la Cour avait finalement renoncé à identifier une catégorie spécifique des rabais d'exclusivité⁶⁸. La réponse nous semble être négative du fait du recours à la distinction objet/effet. Dans cette logique, les rabais d'exclusivité restent abusifs du fait de leur objet, mais, s'agissant d'une présomption simple, les conséquences pratiques risquent d'être variables suivant les autorités.

2. Des conséquences pratiques variables

29. En définitive, devant la Commission, l'impact de l'arrêt sera probablement limité. Les affaires d'abus de position dominante sont peu nombreuses, les entreprises impliquées sont le plus souvent de grands groupes puissants particulièrement bien défendus et qui n'hésitent pas à s'entourer de toutes les compétences nécessaires. Même si les pratiques qui leur sont reprochées sont "abusives par objet", ils avanceront immédiatement tous les éléments juridiques et économiques pour nier la qualification d'abus. En d'autres termes, l'arrêt *Intel* ne va pas modifier la tournure prise ces dernières années dans le déroulement de la procédure administrative devant la Commission. Les économistes ne manqueront pas d'utiliser le test AEC dès que cela est possible. D'une certaine manière, on peut voir une certaine reconnaissance de la direction prise dans les Orientations de 2009.

Reste une inconnue majeure, qui est celle de l'utilisation de la notion d'infraction unique.

30. Les conséquences sont beaucoup plus importantes pour le Tribunal. Si l'on comprend bien l'arrêt de la Cour, ce dernier en cas de recours contre une décision de la Commission est désormais tenu d'examiner tous les éléments avancés par l'entreprise en position dominante pour nier la capacité d'éviction de ses pratiques, y compris s'il estime que la preuve de cette dernière a été

62 Concl., pts 197 à 214.

63 Concl., pts 182 et 183.

64 V. notre étude, *Réflexions sur la notion d'infraction unique et continue en droit de la concurrence*, in *Mélanges en l'honneur de G. Giudicelli-Delage, Humanisme et Justice*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 549-570.

65 Arrêt préc., pt 56.

66 *Idem*, pt 139.

67 Préc.

68 D. Bosco, préc.

suffisamment établie par des éléments de fait. L'économie de moyens n'est plus de mise. Le Tribunal va être obligé d'entrer dans le débat entre économistes qui ne manquera pas d'intervenir dès lors que le test AEC aura été utilisé par la Commission. Cela soulève deux séries de questions : des questions d'ordre pratique en termes de compétences internes, de recours à des experts externes, de durée des procédures ; des questions de fond, quant à l'étendue du contrôle sur des questions qui sont des “*appréciations économiques complexes*” au sens du langage commun⁶⁹.

31. Par ailleurs, au-delà des institutions européennes, l'arrêt est également important pour l'application de l'article 102 TFUE par les autorités et juridictions nationales. Même si la Cour de justice a censuré ce que l'on peut qualifier d'erreur de procédure – le fait de ne pas avoir répondu sur le test AEC –, les questions tranchées concernent le fond et ne relèvent pas de l'autonomie procédurale. Les autorités nationales, comme leurs cours de contrôle, devront intégrer cette jurisprudence, ce qui n'est pas sans conséquence puisque les affaires examinées sont sensiblement plus nombreuses et les pratiques beaucoup plus diversifiées. Il n'est pas certain que toutes les autorités nationales soient dotées de moyens suffisants pour appréhender ces nouveaux défis. Il en est de même du côté des entreprises, qui n'auront pas toujours les ressources et encore moins le temps de se lancer dans ces débats. Les affaires de position dominante ne concernent pas seulement les grandes multinationales, voire les

opérateurs historiques. Beaucoup préféreront sans doute emprunter la voie de procédures négociées dès que cela sera possible plutôt que de s'engager dans des batailles coûteuses.

Cela présentera en outre le grand avantage d'éviter que le débat perdure devant les cours de contrôle, dont les moyens dans beaucoup d'États membres, et notamment la France, ne sont en rien comparables à ceux du Tribunal.

32. En conclusion, une chose paraît certaine. Dans une optique générale, l'arrêt *Intel* ne va certainement pas mettre fin aux controverses, voire polémiques, liées à l'interprétation de l'article 102 TFUE. Trop de questions importantes sont restées sans réponse. Au-delà de l'article 102 TFUE, l'affaire confirme s'il en était besoin qu'il faut raisonner au regard des critères propres au droit de l'Union et arrêter de transposer la terminologie du droit antitrust américain *per se* *rule of reason*, qui n'a pas sa place. De plus, nous assistons à un alignement des régimes en matière de pratiques anticoncurrentielles qui nécessite une plus ample réflexion.

Dans le cas particulier, à l'issue de ce match nul provisoire entre la Commission et Intel, il faut attendre la finale. Entre-temps, l'affaire *Google* aura certainement pris le relais dans l'actualité... ■

69 V. sur ce point, le commentaire d'A.-L. Sibony, préc.

The court's ruling in *Intel*: Towards a modern application of Article 102 TFEU based on sound economic principles*

Miguel Rato

miguelrato@quinnemanuel.com

Partner, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP, Brussels

Marixenia Davilla

marixeniadavilla@quinnemanuel.com

Senior Associate, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP, Brussels

I. Introduction

1. 6 September 2017 marks the dawn of a new era in EU competition law. On that day, in its long-awaited *Intel* judgment,⁷⁰ the Grand Chamber of the Court of Justice of the EU (“court”) set aside the first instance judgment of the General Court of the EU (“GC”)⁷¹ and referred the matter back to the GC.⁷²

2. The GC’s judgment had treated so-called “exclusivity rebates” granted by dominant firms as inherently abusive, and rejected the need to look at all the circumstances of the case or to conduct an as-efficient competitor (“AEC”) analysis to assess the legality of such conduct.⁷³ Whilst that judgment was greeted by some as having had the merit of clarifying and somewhat simplifying the enforcement of Article 102 TFEU, it had drawn criticism

from those advocating the unequivocal adoption of the effects-based analysis in abuse of dominance cases.⁷⁴

3. The court’s judgment was preceded by a powerful opinion from Advocate General (“AG”) Wahl.⁷⁵ In it, AG Wahl argued that the court’s case law required the Commission to analyse the likely anticompetitive effects of loyalty rebates in the light of all relevant circumstances, and not merely focus on their form.⁷⁶ Because the *Intel* case was seen as a watershed moment for EU competition law and policy, the court’s ruling was awaited with bated breath, and much ink was shed before and since its handing down.

4. In our view, the ruling represents a momentous and much desired revolution of the case law on Article 102 TFEU in that it unambiguously rejects the GC’s formalistic interpretation of previous judgments (namely, *Hoffmann-La Roche*)⁷⁷ that led it to hold that certain rebates and exclusivity arrangements concluded by dominant firms should be treated as per se abusive.

* All views expressed in this article are the authors’ own and cannot be attributed to Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP or any of its clients.

70 Case C-413/14 P *Intel v. Commission* ECLI:EU:C:2017:632 (“*Intel*”).

71 Case T-286/09 *Intel v. Commission* ECLI:EU:T:2014:547 (“*GC Intel*”).

72 The General Court’s judgment upheld the decision of the European Commission (“Commission”) finding that between 2002 and 2007 Intel had infringed Article 102 TFEU by implementing a strategy aimed at foreclosing its rival, AMD, from the market for x86 central processing unit (“CPU”) microprocessors. The Commission ordered Intel to cease the alleged unlawful practices, and imposed a €1.06 billion fine. The allegedly anticompetitive practices were two-fold: (i) so-called “exclusivity” rebates; and (ii) so-called “naked restrictions.” Commission Decision D(2009) 3726 final of 13 May 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990 – Intel) (“the Commission decision”).

73 *GC Intel*, ¶¶ 87, and ¶¶ 140-166.

74 E.g., W. Wils, The judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called ‘More Economic Approach’ to Abuse of Dominance, 2014, 37(4) *World Competition*, pp. 405–434, and L. Peepkorn, Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates, *Concurrences* No. 1-2015, pp. 43-63.

75 Opinion of AG Wahl of 20 October 2016 in Case C- 413/14 P *Intel v. Commission* ECLI:EU:C:2016:788 (“AG Opinion”).

76 The AG Opinion was also viewed as an effort to instill a more uniform application of Articles 101 and 102 TFEU following the landmark judgment in *Cartes Bancaires*. Case C-67/13P *Groupement des cartes bancaires v. Commission* ECLI:EU:C:2014:2204.

77 Case C-85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission* EU:C:1979:36 (“*Hoffmann-La Roche*”).

Moreover, in what resembles a “rule of reason” analysis,⁷⁸ the court confirmed that exclusivity arrangements can be justified where they generate efficiencies that outweigh any foreclosure effects. Finally, the *Intel* ruling has also the merit of aligning the court’s jurisprudence with the legal standard for the assessment of exclusionary abuses set out by the Commission in its Guidance Paper.⁷⁹ As such, *Intel* moves the law on abuse of dominance in the direction of a modern competition law system based on sound economic principle.

5. Prior to analysing the most salient points of *Intel* (Section III below), two preliminary observations are warranted (Section II).

II. Preliminary observations

6. First, *Intel* is not just a procedural case, as some may be tempted to argue on the ground that the reason why the court set aside the GC’s judgment was the GC’s erroneous dismissal of Intel’s plea seeking to expose the Commission’s errors in applying the AEC test.⁸⁰ A narrow—and, in our view, incorrect—interpretation of the judgment could thus lead some to consider that it merely ensures procedural fairness, or that it solves a substantive issue through a procedural answer.⁸¹

7. Even if that view were correct, the policy and practical implications of *Intel* on the enforcement of Article 102 TFEU are of enormous significance. This has been confirmed by the fact that the Commission engaged in internal consultation for nearly four months before it provided its interpretation of the judgment in a speech delivered by Director-General for Competition Johannes Laitenberger on 12 December 2017.⁸² The Commission’s interpretation confirms that *Intel* has serious substantive implications that extend well beyond the narrow point of procedural fairness.

8. Second, *Intel* confirms that the Guidance Paper remains applicable to the assessment of allegedly exclusionary conduct by dominant firms, and that it binds the Commission.

78 Nicolas Petit, for instance, considers that the *Intel* court applied the rule of reason. See N. Petit, The Judgment of the EU Court of Justice in *Intel* and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases, 12 December 2017, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3086402.

79 Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings [2009] OJ C45/2 (“Guidance Paper”).

80 *Intel*, ¶ 147.

81 E.g., J. Venit, The judgment of the European Court of Justice in *Intel v Commission*: a procedural answer to a substantive question?, *European Competition Journal*, Vol. 13, Issue 2–3, 2017.

82 Laitenberger speech, Accuracy and administrability go hand in hand, CRA Conference, Brussels, 12 December 2017.

9. Although the GC’s judgment did not and could not have had any impact on the legal status of the Guidance Paper (as it was not yet in force at the time and did not apply to the facts of the case), some detractors of the effects-based analysis sought to rely on that ruling to undermine the Guidance Paper (despite the Commission’s stated commitment to follow the approach set out in the Guidance Paper in assessing exclusionary conduct,⁸³ and the legitimate expectations it created for companies).⁸⁴

10. In *Intel*, the court affirmed the need to conduct an effects-based analysis of alleged exclusionary conduct under Article 102, thereby aligning EU case law with the Guidance Paper. In so doing, the court brought much needed clarity and consistency to the enforcement of Article 102 TFEU. Absent an unequivocal statement by the Commission to the contrary, the Guidance Paper remains applicable, relevant and binding upon the Commission. As the court noted in *Post Danmark II*, the Guidance Paper sets out “the administrative practice followed by the Commission.”⁸⁵ Dominant firms may thus continue to rely on the Guidance Paper in their self-assessment and legitimately expect that the Commission will follow the approach it set for itself.

III. Analysis

1. The court affirmed that Article 102 TFEU prohibits the anticompetitive foreclosure of as-efficient rivals

11. In examining Intel’s arguments on the legal standard under which rebates granted by dominant firms should be assessed, the court was surprisingly pithy, opting for a carefully crafted analysis and conclusion.⁸⁶ The court affirmed *Post Danmark I*,⁸⁷ a landmark ruling handed

83 Former Competition Commissioner, Neelie Kroes, stated that: “We [at the Commission] need to explain publicly what drives our analysis in terms of the practices we regard as most likely to be harmful. Explaining our policy is not just a matter of creating legal certainty for businesses. It is also a matter of democratic accountability,” and that “[t]he [Guidance] paper provides guidance by setting out an approach to deal with abuses of a dominant position by companies. (...) It will ensure that the Commission’s intervention is effective, and should leave dominant undertakings in no doubt that they will find the Commission in their way wherever their conduct risks increasing prices, limiting consumer choice or dissuading innovation.” N. Kroes, The European Commission’s enforcement priorities as regards exclusionary abuses of dominance – current thinking, *Competition Law International*, October 2008.

84 Measures of general application, including soft law instruments, may create legitimate expectations and trigger the principle of legal certainty. Statements of individual officials of the EU institutions may do the same, provided the individual is speaking with the requisite authority. See, e.g., Cases T-347/03 *Eugénio Branco, Lda v. Commission* EU:C:2005:265, ¶ 102, and case law cited therein; C-189/02 P *Dansk Rorindustri and others v. Commission* EU:C:2005:408; and T-23/99 *LR AF 1998 AIS, formerly Logstor Ror AIS v. Commission* EU:T:2002:75, ¶ 274.

85 C-23/14 *Post Danmark AIS v. Konkurrencerådet* EU:C:2015:651 (“*Post Danmark II*”), ¶ 52.

86 The relevant section spans only 18 paragraphs (129–147), while the crux of the analysis spans only 5 paragraphs (136–141).

87 Case C209/10 *Post Danmark AIS v. Konkurrencerådet* EU:C:2012:172 (“*Post Danmark I*”), ¶ 21.

down also by the court's Grand Chamber, holding that: (i) fierce competition on the merits may lead to casualties (i.e., eviction from the market or marginalisation of competitors that are less efficient and attractive in terms of, inter alia, price, choice, quality or innovation);⁸⁸ and (ii) “Article 102 TFEU prohibits a dominant undertaking from, among other things, adopting pricing practices⁸⁹ that have an exclusionary effect on competitors considered to be as efficient as it is itself and strengthening its dominant position by using methods other than those that are part of competition on the merits.”⁹⁰

12. By contrast to its analysis in *Post Danmark II*,⁹¹ the court refrained from reaching any findings concerning the impact of the investigated firm's dominance and practices on the structure of the market (i.e., including on less efficient competitors). In our view, whilst those statements in *Post Danmark II* may be relevant in cases where the dominant position was the result of a former state monopoly (e.g., in utilities cases), they are inapplicable in cases such as *Intel* concerning fast-moving industries. In any event, on the basis of the facts of *Intel*, it would have been difficult to claim that Intel was an unavoidable trading partner, that the market structure was harmed, or even that the impugned agreements amounted to exclusivity, considering that: (i) any anticompetitive effects were identified in corporate desktop x86 CPUs, which represented only a sub-segment of the relevant market defined by the Commission as x86 CPUs; (ii) the “exclusive” nature of the arrangements in question, particularly in relation to Intel's customers HP and Lenovo, was highly questionable, as the relevant arrangements covered only 28%⁹² and 42%,⁹³ respectively, of HP's and Lenovo's demand for x86 CPUs, i.e., those customers were not required to obtain most or all of their requirements from Intel (as required under *Hoffmann-La Roche*);⁹⁴ (iii) the market coverage of the impugned arrangements was limited, amounting to just 14%⁹⁵ for the first three years of the infringement period and 3.5%⁹⁶ for the last two years of that period; and (iv) the market share of the rival complainant, AMD, had increased during the same period, while x86 CPUs prices had decreased.⁹⁷

88 *Intel*, ¶ 133 and 134, citing *Post Danmark I*, ¶ 22.

89 *Intel*, ¶ 136. The French (controlling) version of the judgment refers to “practices” (“des pratiques”) by dominant undertakings. This suggests that principles set out in *Intel* do not apply only to rebates and exclusivity arrangements, but also to other types of exclusionary conduct, to the extent that the likelihood of foreclosure can be meaningfully measured (e.g., it would not apply to vexatious litigation such as in Case C 457/10 P *AstraZeneca v. Commission* ECLI:EU:C:2012:770). See, e.g. M. Rato, Th. Christoforou, R. Whish, C. Caffarra and Nicolas Petit, *Intel: The long awaited ECJ ruling*, Concurrences Conference, Law and Economics Workshop, Brussels, 28 September 2017, and Petit, *supra*, fn. 9.

90 *Intel*, ¶ 136, citing *Post Danmark I*, ¶ 25.

91 *Post Danmark II*, ¶¶ 59–62.

92 *GC Intel*, ¶ 126.

93 According to Venit, *supra*, fn. 12, p. 6 (this figure does not appear in the Commission decision or the *GC Intel* judgment).

94 *GC Intel*, ¶¶ 126 and 127.

95 *Id.*, ¶ 194.

96 According to Venit, *supra*, fn. 12, p. 6.

97 *GC Intel*, ¶ 186.

13. As a result, the court made it clear that the legal standard under which exclusionary types of conduct are to be assessed under Article 102 is their likelihood to lead to the anticompetitive foreclosure of as-efficient rivals.

2. The court did not merely “clarify” previous case law—it reversed it

14. The court began by reciting the incantatory holding of *Hoffmann-La Roche*⁹⁸ that an undertaking in a dominant position that ties purchasers—even if it does so at their request—by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from that undertaking abuses that dominant position within the meaning of Article 102 TFEU, irrespective of whether the obligation is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.⁹⁹

15. So far, so good, detractors of the effects-based analysis must have thought. But then, the court pithily added that *Hoffmann-La Roche* “must be further clarified” in the case where “the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects.”¹⁰⁰ In that case, “the Commission is not only required to analyse, first, the extent of the undertaking's dominant position on the relevant market and, secondly, the share of the market covered by the challenged practice, as well as the conditions and arrangements for granting the rebates in question, their duration and their amount; it [i.e., the Commission] is also required to assess the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market.”¹⁰¹

16. In essence, the court rejects the formalistic treatment of exclusivity (and other) arrangements as per se abusive and holds that a finding that such practices are anticompetitive requires a fact-specific assessment of their effects in the light of all of the relevant circumstances of the case. This is either a reversal of prior case law—if one takes the view that *Hoffmann-La Roche* and its progeny did not require an assessment of effects—or a reversal of the conventional interpretation of that precedent, as followed, e.g., by the GC—if one takes the view, as AG Wahl did, that the GC had misconstrued *Hoffmann-La Roche* and that the court's case law had at all times required an assessment of all of the circumstances of the case.¹⁰² For those familiar with the court's institutional lore, it should come as no surprise that it would

98 *At* ¶ 89.

99 *Intel*, ¶ 137.

100 *Id.*, ¶ 138.

101 *Id.*, ¶ 139.

102 AG Opinion, ¶¶ 75 and 83 *et seq.*

have effected such a reversal of prior case law in such an understated manner. With few exceptions,¹⁰³ the court does not depart from previous well-established legal standards with great pomp and fanfare. But a reversal it constitutes nevertheless.

17. This interpretation of the court's *Intel* ruling is shared by most. Anthony Collins, judge at the GC, said that “[t]he situation has now been radically changed,” and that “[o]ne could go as far as to say that the court has effectively reversed its previous case law.”¹⁰⁴ According to Judge Collins, the expression “further clarified” is “a ‘dangerous’ formulation that has, in fact, led to the previous approach being set aside.” Similarly, Maria Eugénia Ribeiro, former judge at the GC, stated that “[t]he court emphasizes the importance of the effects and disregards the form of the rebates.” Judge Ribeiro also observed that “the principle of the precedent is to be used carefully. We all know that previous judgments aren’t fixed and immutable rulings, and that a fresh and updated view, connected with reality, and informed by experience, is a guarantee of the quality, reliability and authority of judicial review and the decisions taken by the court.”¹⁰⁵ Finally, AG Wahl stated very recently that “[t]he judgment breaks with the purely formal approach to exclusivity or loyalty rebates applied by the General Court.”¹⁰⁶

3. The court did not reverse the burden of proving an alleged infringement of Article 102 TFEU

18. The formulation contained at paragraphs 138 and 139 of *Intel* appears to have raised the question whether the court intended to reverse the burden of proving that a certain type of conduct is capable of restricting competition. The Commission appears to have taken the view that this is what the court has done. For example, in his recent speech, DG Laitenberger referred to “the burden of rebuttal on the dominant firm.”¹⁰⁷

19. We disagree with such views. *Intel* does not place any such “burden of rebuttal” on the investigated firm. Nowhere in the judgment does the court state that the burden of proving the alleged infringement is ultimately shifted to the party under investigation.

20. Rather, *Intel* holds that during the administrative procedure the investigated firm may “submit” arguments and evidence (i.e., essentially dispute) that any prima facie indication that its conduct is capable of leading to the anticompetitive foreclosure of as-efficient rivals is incorrect. The investigated firm has the right to defend itself against the Commission’s preliminary findings as expressed in a Statement of Objections, but it is under no obligation to prove that it has not infringed Article 102 TFEU, i.e., essentially, to make the Commission’s case in its stead. Following *Intel*, the obligation to show that an infringement of Article 102 TFEU has been committed continues to rest with the Commission.

21. A different reading of the judgment would be inconsistent with applicable statute. Article 2 of Regulation 1/2003, entitled “Burden of proof,” states that “the burden of proving an infringement of Article [101(1)] or of Article [102] of the Treaty shall rest on the party or the authority alleging the infringement.”

22. This principle is also confirmed by established case law. For instance, in *Chalkor*,¹⁰⁸ the court stated that “it is for the Commission to prove the infringements found by it and to adduce evidence capable of demonstrating to the requisite legal standard the existence of the circumstances constituting an infringement.”¹⁰⁹

23. As AG Wahl stated, “the *Intel* judgment has obvious consequences for the Commission” and “the clarification amounted to an obligation that the Commission prove its case.”¹¹⁰ He could not have been clearer.

4. The court clarified the factors that must be assessed by the Commission and affirmed the relevance of the AEC test

24. In *Intel*, the court clarified that, in assessing allegedly abusive conduct, the Commission must examine: (i) the extent of the undertaking’s dominant position on the relevant market; (ii) the market share covered by the challenged practice, the conditions and arrangements under which the rebates in question were granted, as well as their duration and amount; and (iii) the possible existence of a strategy aiming to exclude from the market competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking.¹¹¹ Consistent with recent case law,¹¹² the court thus endorsed the AEC analysis, without, however, explaining

103 Cases C-267/91 and C-268/91 *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard* EU:C:1993:905, ¶ 14.

104 MLex, *Intel* ruling ushers in ‘radical change’ for dominance probes, EU judge says, 15 September 2017.

105 MLex, *Intel* ruling shows greater role for economic analysis, former EU judge says, 7 September 2017.

106 Speech delivered by AG Wahl at a conference held by CRA in Brussels on 12 December 2017. The speech is available at: <https://www.youtube.com/watch?v=1x0QP3jMy58&feature=youtu.be>. The quotes contained in the present article are based on the authors’ transcript of the speech. Also, as pointed out by N. Petit, *supra*, fn. 9, the court does not abide by the doctrine of precedent.

107 Laitenberger speech, *supra*, fn. 13.

108 Case C-386/10 P *Chalkor AE Epexergasias Metallon v. European Commission* ECLI:EU:C:2011:815 (“*Chalkor*”), ¶ 65.

109 See also Cases T-201/04 *Microsoft v. Commission* EU:T:2007:289, ¶ 688, and C-49/92 *Commission v. Anic Partecipazioni* EU:C:1999:356, ¶ 86.

110 *Supra*, fn. 36.

111 *Intel*, ¶ 139.

112 E.g., *Post Danmark I and II*.

in detail the manner in which such AEC analysis is to be conducted, or which tools the Commission (and the investigated company) may employ for such purposes.

25. The consensus amongst economists appears to be that there is not one single AEC test that fits all purposes, and that the exact methodology to be applied may vary from one case to the other depending on the pertinent facts.¹¹³ According to DG Laitenberger, “*the Commission will apply the most suitable tools to assess the specific case – including, where appropriate, analysing the ‘as efficient competitor test’ when the dominant company provides the necessary information during the administrative procedure.*”¹¹⁴

5. Exclusivity arrangements/loyalty rebates can be objectively justified

26. The GC had held that exclusive or quasi-exclusive arrangements (implemented through rebates or otherwise) could only be objectively justified in exceptional circumstances.¹¹⁵ By contrast, the court offers no such qualification, making it clear that such a defence is generally available. The court also noted that “[i]n addition” (“[e]n outre”),¹¹⁶ any foreclosure effects may be counterbalanced by efficiencies that also benefit the consumer. The court’s approach narrows the gap between past EU case law and the rule of reason under US law.

27. The court also makes it clear that the assessment of any such objective justification put forward by the dominant firm can be carried out by the Commission only after it has conducted an analysis of the intrinsic capacity of the conduct at hand to foreclose competitors that are at least as efficient as the dominant firm.¹¹⁷ This additional reference to the AEC test appears to leave no room for doubt: following *Intel*, the Commission is under an obligation to conduct an effects analysis of any allegedly exclusionary conduct.

6. Capability vs. likelihood of anticompetitive foreclosure of as-efficient rivals

28. The question has also arisen whether by using, at paragraph 138, the term “capable” instead of “likely” the court intended to lower the evidentiary burden for proving the alleged abuse.

29. Such a distinction is, in our view, immaterial as regards the Commission’s obligation to establish an abuse under Article 102 TFEU. First, the EU jurisprudence often uses the terms “capable” and “likely” interchangeably.¹¹⁸ However, as AG Wahl pointed out in his recent speech, the review required is one of “*the potential or actual effects of a particular conduct rather than its presumed or hypothetical effects.*” Second, as regards the standard of proof the Commission is expected to meet in order to establish the alleged infringement, the Guidance Paper is clear:¹¹⁹ the Commission will normally intervene under Article 102 where, “*on the basis of cogent and convincing evidence,*” and after having carried out “*a detailed assessment*” and constructed an “*appropriate counterfactual*”—it has concluded that the allegedly abusive conduct is “*likely*” (i.e., more likely than not)¹²⁰ to lead, or at least capable of leading,¹²¹ to anticompetitive foreclosure.

7. Extent of the GC’s review

30. Finally, the court pointed out that if, in a decision finding a rebate scheme abusive, the Commission carries out an AEC analysis, the GC must examine all of the applicant’s arguments seeking to call into question the validity of the Commission’s findings concerning the capability to foreclose of the practice in question. Even though in *Intel* the Commission had held that an AEC test was not necessary to establish the alleged abuse, it nevertheless carried out an in-depth examination of those circumstances, including a very detailed AEC test. In those circumstances, the GC was required to examine all of Intel’s arguments concerning that test.¹²² Because the GC had failed to do so, the court set aside the GC’s judgment.

113 E.g., Rato et al., *supra*, fn. 20; and Compass Lexecon Expert Opinion by Jorge Padilla, Damien Neven and Xavier Boutin, Roundtable Discussion on the ECJ Ruling in *Intel*, autumn 2017.

114 Laitenberger speech, *supra*, fn. 13.

115 At ¶ 77.

116 The English version was rectified on 19 September and 24 October 2017 and is now consistent on this point with the French (controlling) version of the judgment.

117 *Intel*, ¶ 140.

118 E.g., AG Opinion, ¶ 115.

119 E.g., Guidance Paper, ¶¶ 20–22, and European Commission Press Release IP/08/1877, Antitrust: consumer welfare at the heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings, 3 December 2008.

120 In *Post Danmark II*, ¶ 74, the court referred to the requirement that any anticompetitive effects be “probable.”

121 E.g., *Intel*, ¶ 138.

122 *Id.*, ¶¶ 141–146.

31. The *Intel* ruling is thus consistent with past judgments concerning procedural fairness, such as *Chalkor*,¹²³ *KME*¹²⁴ and *Galp*,¹²⁵ which hold that the GC must carry out a full review of any decision under appeal and may not use the Commission’s “margin of discretion” as a basis for dispensing with an in-depth review of the law or the facts of the case.

IV. Conclusion and practical guidance post-*Intel*

32. *Intel* is a seminal judgment that marks a new era in the enforcement of Article 102 TFEU. After *Intel*, there can be no doubt that the legal standard for the attachment of antitrust liability to alleged exclusionary conduct requires economic analysis and the assessment of the likely effects on competition of a given practice. Only conduct that results in the anticompetitive foreclosure of as-efficient rivals will be condemned. And even in such

circumstances, the dominant firm can avoid a finding that it has abused a dominant position by showing that its conduct is objectively justified, e.g., because it generated efficiencies that outweigh any exclusionary effects. In this respect, *Intel* also has the merit of aligning the court’s case law with the Commission’s Guidance Paper.

33. In practice, firms that enjoy market power and risk being found dominant will continue to assess the lawfulness of their commercial arrangements on the basis of the more detailed analytical framework set out by the Commission in the Guidance Paper. The *Intel* judgment makes clear that it would be prudent for such firms to prepare *ex ante* an assessment of the procompetitive rationale for granting rebates that may be loyalty-inducing or entering into other types of exclusivity arrangements. In doing so, potentially dominant firms should also seek to identify upfront the kind of risk such arrangements aim at preventing, such as free-riding or customer holdup. ■

123 At ¶ 62.

124 Case C-272/09 P *KME Germany AG, KME France SAS and KME Italy SpA v. European Commission* ECLI:EU:C:2011:810, ¶ 102.

125 Case C-603/13 P *Galp Energia España SA* ECLI:EU:C:2016:38, ¶ 72.

What the *Intel* judgment is about – An alternative view on accuracy and administrability

Paul Luard

paul.luard@bakerbotts.com

Partner, Baker Botts, Brussels

I. Introduction

1. In its judgment in *Intel* of 6 September 2017, the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) rejected the notion that particular loyalty rebates granted by a dominant company are subject to a per se illegality standard of analysis.¹²⁶ It “clarified” the existing case law and held that, instead, the Commission is required to examine all the circumstances of the case at hand and assess the existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant company from the market. This latter test is referred to as the “as-efficient-competitor” (“AEC”) test.

2. The *Intel* judgment marks a fundamental shift in the assessment of pricing practices and provides dominant firms with additional defence arguments in the event that their pricing conduct is challenged. At the same time, it will significantly increase the burden of competition enforcement agencies, complainants and litigants to establish a violation under Article 102 TFEU. Accordingly, the CJEU’s judgment may be best viewed as a major re-calibration of the relationship between the accuracy of the outcome of Commission investigations under Article 102 TFEU and the administrability of that provision in price-related matters.

3. Indeed, while an effects-based analysis of potentially anticompetitive conduct involves a detailed and often time-consuming and resource-intensive examination of the actual effects of the conduct on the relevant markets, the application of (non-rebuttable) presumptions permits the agency to dispense with such a detailed analysis and to prove violations of the competition rules more quickly and easily. But enhanced administrability in terms of lower enforcement costs comes at a high price: potentially inaccurate findings of antitrust liability. Thus, from the perspective of accuracy, effects-based standards of analysis are superior because they focus

directly on the question of whether a business practice is anticompetitive, i.e., whether it harms consumer welfare.¹²⁷

4. This risk of over-enforcement and type 1 errors is particularly high in areas where the conduct at hand produces ambiguous economic effects and in fast-moving markets.¹²⁸

5. The evolution of appropriate standards of analysis in antitrust law is not a novel phenomenon. In fact, antitrust law is probably one of the areas of law that is most prone to changing standards of (il)legality. As a result of developments in economic theory in the second half of the 20th century, competition law has increasingly migrated away from form-based prohibitions towards a realisation that detailed economic analysis is required before particular business conduct is considered as anticompetitive. To mention one example: when the US Supreme Court in its 2007 judgment in *Leegin* decided that the time had come to no longer subject resale price maintenance to a per se illegality standard and instead to mandate the rule of reason standard, it observed that “[e]conomics literature is replete with procompetitive justifications for a manufacturer’s use of resale price maintenance, and the few recent studies on the subject also cast doubt on the conclusion that the practice meets the criteria for a per se rule.”¹²⁹ Accordingly, over time, a number of business practices that were once considered intrinsically anticompetitive have been rehabilitated or subjected to a more lenient or flexible standard. This has for example occurred in relation to tying agreements and vertical price and non-price restraints. To be sure: this trend has not invariably been in favour of a fuller appreciation of the economic effects of business conduct. In fact, in some cases, such as pay-for-delay agreements and, in a number

126 Case C-413/14 P, *Intel Corporation Inc., v. European Commission*, 6 September 2017.

127 See, for example, OECD Competition Committee, Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law, Background Note by the Secretariat, November 2017.

128 See, for example, P. Luard, Chilling Effects of Antitrust Law – Better Safe Than Sorry? *International Competition Law & Policy: Fordham Competition Law* (2008).

129 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

of European jurisdictions, specific online restraints, a reverse trend of increasingly stricter standards of analysis is apparent.

6. The CJEU's judgment in *Intel* can, however, be confidently placed in the trend towards a fuller appreciation of the actual economic effects of the conduct at hand. Indeed, the CJEU mandated that the Commission is now required to examine all the circumstances of the case and conduct the AEC test.

7. The *Intel* judgment arose from the 2009 Commission decision against Intel finding that it had abused its dominant position in the market for x86 central processing units ("CPUs"). The Commission found that Intel had infringed Article 102 TFEU by granting rebates to four computer manufacturers (Dell, Lenovo, HP and NEC) on condition that they purchased all, or almost all, of their x86 CPUs from Intel. During the investigation, Intel argued that, in order to establish a violation, the Commission was required to conduct the AEC test and show that Intel's conduct was capable of foreclosing as efficient competitors. The Commission took the view that it was not required to carry out the AEC test, but did, in fact, apply the AEC test and found that Intel's conduct was indeed capable of foreclosing an as efficient competitor and was, as a consequence, in violation of Article 102 TFEU. On appeal, the EU General Court upheld the Commission's findings, ruling that the exclusivity rebates constituted an abuse, regardless of the circumstances of the case and, referring to the 1979 *Hoffmann-La Roche* case, that in effect confirmed that exclusivity rebates constituted a per se abuse of dominance.¹³⁰

8. The CJEU *Intel* judgment makes clear that exclusivity rebates (and other types of rebates and pricing conduct) must be evaluated under an "all circumstances" test. Based on this insight, it annulled the judgment of the EU General Court because that court had failed to examine the Commission's analysis of the AEC test, as well as Intel's arguments concerning that test and referred the matter back to the lower court for a new assessment in line with the CJEU's judgment.

9. The remainder of this contribution will discuss in more detail the nature of the investigation by the Commission into price-related conduct under Article 102 TFEU as mandated by the CJEU. Those brief comments will concentrate on two interrelated questions—namely, whether the obligation imposed on the Commission to conduct an AEC test is unconditional and whether there still exists a presumption, albeit a rebuttable presumption, that exclusivity rebates (and similar pricing conduct) are abusive. The answers to these questions are not only of great practical importance because they relate to the allocation of the burden of proof in Article 102 TFEU pricing cases, but also because they have a direct impact on the administrability of that provision.

130 Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, judgment of 13 February 1979.

II. Has the CJEU found that exclusivity rebates by dominant firms remain prima facie abusive? Well, no, it hasn't

10. The CJEU started its analysis by recalling that Article 102 TFEU does not prevent a firm from acquiring, on its own merits, a dominant position on a market, nor does that provision seek to ensure that competitors less efficient than the dominant firm should remain in the market.¹³¹ Referring to *Post Danmark I*, the CJEU then observed that "not every exclusionary effect is necessarily detrimental to competition. Competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalisation of competitors that are less efficient and so less attractive to consumers."¹³² This reference is followed by the observation that pricing practices that have an exclusionary effect on "as efficient" competitors by using methods other than those that are part of competition on the merits are prohibited under Article 102 TFEU and that, as a consequence, not all competition by means of price may be regarded as legitimate. The CJEU then continues by stating that "[i]n that regard" exclusivity rebates have been held abusive and refers to the 1979 judgment in *Hoffmann-La Roche*.¹³³

11. However, while acknowledging the old *Hoffmann-La Roche* case on exclusive dealing and loyalty rebates, the CJEU states that the case law must, however, be "further clarified" in the case where the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects.¹³⁴ The CJEU then states in paragraph 139 of its judgment that: "In that case, the Commission is not only required to analyse, first, the extent of the undertaking's dominant position on the relevant market and, secondly, the share of the market covered by the challenged practice, as well as the conditions and arrangements for granting the rebates in question, their duration and their amount; it is also required to assess the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market (see, by analogy, judgment of 27 March 2012, *Post Danmark*, C-209/10, paragraph 29)."

131 Case C-413/14 P, *Intel*, *supra*, fn. 1, para. 133.

132 *Idem*, para. 134.

133 *Idem*, para. 137.

134 *Idem*, para. 138.

12. How should one interpret these observations?

13. One way would be to consider that the reference to the *Hoffmann-La Roche* jurisprudence is intended to make clear that the *Hoffmann-La Roche* presumption of illegality still applies, but that the “further clarification” in paragraph 138 means that the dominant firm may rebut the presumption by submitting that its conduct was not anticompetitive on the basis of “supporting evidence.”¹³⁵

14. A different interpretation would be that the CJEU has simply wanted to make clear that the appropriate test for pricing conduct under Article 102 TFEU is whether “as efficient competitors” are foreclosed and that the Commission must prove its case. This would imply that the reference to *Hoffmann-La Roche* is merely made to permit the CJEU to deviate from that line of case law. This would make most sense. Indeed, it appears that, in order to “further clarify” that case, it first needed to mention that it existed. In this view the “further clarification” is nothing more than a diplomatic way of making clear that *Hoffmann-La Roche* no longer has authoritative value and that, instead, an effects analysis must be conducted.

15. In sum, there appear stronger arguments for the position that the CJEU has wanted to abandon the *Hoffmann-La Roche* line of case law altogether, rather than turning the non-rebuttable presumption into a rebuttable presumption. Had it wanted that, it would have said so.

16. In practice all this may not matter much because—even if one would assume that there is now a rebuttable presumption of illegality for price conduct under Article 102 TFEU—the dominant firm would be able to shift the burden of proof to the Commission by contesting the Commission’s view and submitting “supporting evidence.” The CJEU specifically does not condition the nature of such evidence and does, in particular, not require that its arguments are “sufficiently serious and substantiated.”¹³⁶ As a result, the mere submission of economic evidence, including analyses not including an AEC test conducted by the dominant company, will shift the burden of proof to the Commission to assess whether “as efficient” competitors are excluded. And since any dominant firm is likely to defend itself by means of (some) economic evidence, there is no meaningful “minimum threshold” below which the Commission would not be required to assess the impact of the conduct on “as efficient competitors.”

17. Finally, does this mean that the Commission must necessarily apply the AEC test? While the judgment itself does not explicitly make clear that the AEC test is the only method to demonstrate that “as efficient” competitors are foreclosed, it is hard to imagine situations involving pricing conduct where the Commission could confidently dispense with that test (especially if the dominant firm has conducted an AEC test itself), not in the least because the Article 102 Guidance Paper makes clear that the Commission considers the AEC test as an important part of its analysis. ■

¹³⁵ J. Laitenberger, Accuracy and administrability go hand in hand, CRA Conference, Brussels, 12 December 2017, p. 9.

¹³⁶ Laitenberger, *supra*, fn. 10, p. 9.

“Re-setting” effects analysis in exclusion cases

Cristina Caffarra

ccaffarra@crai.com

Vice President, Head of European Competition Practice, CRA, London

1. The *Intel* judgment issued last September by the ECJ (in line with the earlier Opinion of Advocate General Wahl) has been widely saluted as “turning the tide” in terms of re-establishing a role for economic analysis in exclusionary abuse cases before DG Competition (and by extension, the national authorities). Some have argued (including AG Wahl himself, in his keynote at the December 2017 CRA Conference) that the judgment can be read as part of an ongoing process (involving *Cartes Bancaires*, and, more recently, *Coty*) of the ECJ essentially changing the nature of various presumptions (“from illegality to legality”), and setting out strong procedural requirements for rebutting such presumptions. But however one looks at it, it is hard to resist the conclusion that this judgment marks a “reset” after a few years when the role of economic analysis in conduct cases had been in a state of suspended animation—in the wake of the General Court’s *Intel* judgment of 2014. This note sets out some (informal) thoughts on the substantive implications of the judgment for future cases from an economic perspective, and on the significance and role of the “as-efficient-competitor test” going forward. Conversely, it does not seek to provide a commentary on the relationship between the ECJ judgment and the existing jurisprudence, nor an exegesis of legal text—a task to which lawyers are, of course, better suited.

I. What is so important in substantive terms about this judgment?

2. First and most clearly, the judgment sweeps away the notion of a purely “form-based” approach to the assessment of pricing conduct, even by a firm with market power. Against the reality that discount schemes which appear formally different can well have equivalent effects, the earlier GC judgment had created a wholly artificial and spurious distinction between categories of rebates, declaring “loyalty rebates” presumptively illegal based on the remarkable construct that they did not constitute a form of “pricing conduct.” This level of

contortion is, thankfully, no longer something we have to confront.

3. Secondly, and also clearly, the ECJ puts “effects analysis” back on the agenda as an effective requirement for a finding of abuse. It does not imply there is no room for presumptions: and indeed it is fine to have priors, which evolve with experience and our understanding of the competitive process, as long as they are rebuttable. But in establishing that presumptions in this area are rebuttable, and putting strong emphasis on “taking all relevant circumstances into account” (a leitmotiv also of AG Wahl’s Opinion) the judgment provides a strong incentive for authorities to anticipate such submissions from the firm, and proactively produce their own analysis of effects.

4. Thirdly, and critically, the judgment goes further: by endorsing competition “on the merits” and an “as efficient” framework (para. 133–136), it strongly affirms foreclosure of efficient rivals as the relevant standard. This recognises that it is mainly (not only, but mainly) when efficient rivals are foreclosed that there can be an effect on competition—which is what we really should care about—and that competition law is not to be used to “prop up” inefficient firms. “Not only but mainly” because there can be, of course, circumstances in which we may care about exclusion of less efficient competitors (see below). But as a first-order screen, the judgment endorses the “as-efficient-competitor” framework as the appropriate one.

5. Note that I am drawing a clear distinction here between the “as-efficient-competitor” test as a specific methodology (with all its paraphernalia) for assessing rebates, and the “as-efficient-competitor” benchmark as a framework. I will discuss the test and its specific role further below, but the first-order principle which the judgment importantly endorses is that we care about not just any foreclosure of competitors, but mostly about foreclosure of competitors that are providing (or can provide) a competitive constraint on the dominant firm. Note also that I described it as a “first-order screen”—not a dogma, but one significant point of reference in the overall assessment. The endorsement of “as efficient competitor” as the relevant framework is especially important at a time when competition authorities are called upon increasingly to pursue investigations to protect competitors, and are at significant danger of complainant capture. The ECJ judgment helps draw a line by focusing on effective competition—because even a dominant firm does not always have incentives

to foreclose rivals and harm consumers. And as a first-order screen, it is important to establish whether the conduct can lead to inefficient foreclosure.

6. This is, of course, very different from the question of whether the “as-efficient-competitor test” (“AECT”) is the right test in all cases. This is not what the judgment prescribes. But it recognises that only someone “as efficient” can in most circumstances constrain the dominant firm, and its foreclosure can in most circumstances harm consumers. How can a small local competitor realistically constrain pricing by a large efficient rival? To translate this in terms of the recent case on alleged exclusionary conduct in the supply of ice cream in Italy,¹³⁷ is it plausible that a small local producer of ice lollies could constrain the prices of Unilever’s Cornetto? And should we limit rebates by the incumbent in order to preserve the small local producer, in a market which has seen multiple new product launches by large rivals (from ice creams based on chocolate bars like Snickers and Mars, to cookies like Oreo, to the wave of “natural” industrial products)? That should be the relevant question, and in endorsing anticompetitive foreclosure as the benchmark the ECJ effectively says so.

II. Do we ever want a less stringent standard than “as efficient competitor”?

7. An alternative position that the dominant firm’s level of efficiency cannot be the right benchmark (and the AECT is prone to type II errors and underenforcement) has been supported by multiple respected antitrust scholars and economists. Professor Salop’s recent article,¹³⁸ for instance, argues that “*limiting the legal standard for exclusionary conduct solely to protecting ‘equally efficient competitors’ is overly permissive and would lead to significant false negatives and underdeterrence.*” There are multiple reasons for this: the incumbent can have inherent advantages in bidding for the customers’ business that a rival cannot match even making zero profit, for instance. Most importantly, he argues that also less efficient competitors can exert procompetitive effects in a market with a dominant firm as their entry can still cause prices to fall as long as the entrants’ costs are less than the monopoly price, and this generates consumer benefits. Further it may be the same foreclosing conduct that actually prevents the entrant from achieving the scale necessary to become an “equally efficient competitor,” as

typical of markets characterised by scale economies or multi-sided markets with network effects (for instance users and advertisers on software platforms). Professor Salop thus advocates a standard based around a “*raising rivals’ costs foreclosure paradigm*” (that is, conduct that has the effect of raising rivals’ costs and may lead to exit or reduce the ability or incentive of rivals to constrain the market power of the dominant firm), and a “rule of reason” standard to “*evaluate the pricing conduct and the likely impact on consumers and competition.*” On the other hand, he accepts that the burden should be on the entrant to explain how its costs were raised, why the conduct led to barriers to entry or expansion or other impediments to competition, and why the entrant was unable to counterbid the offers of the dominant firm.

8. While I understand the spirit in which these suggestions are made, I remain nervous of abandoning the “as-efficient-competitor” framework—at least as a first screen. The first question we want to answer is whether the dominant firm’s rebate scheme is such that it can marginalise even someone as efficient; and then we also want to know what would happen to prices to verify if the rebate scheme can ultimately harm consumers. Is the “coverage” of the market by the dominant firm enough that we can expect prices to increase persistently once the rival is marginalised? We may want to prevent foreclosure of someone who is temporarily less efficient because it can grow over time to become efficient, but this feels slippery: if someone is small and less efficient, how does it constrain the incumbent and how is it going to grow? Supporting less efficient competitors directly interferes with the power of the selection process: firms trying something else, and if they are not successful trying again—a competitive dynamic which, in practice, is clogged up in many markets because smaller less efficient firms are somehow allowed to hang on. Once one is concerned about “less-than-efficient” competitors it can be hard to allow the entry and exit process to play out and we are at risk of losing the perspective of the competitive dynamics and consumer welfare.

9. So while the AEC as dogma does not make sense, if we are going to depart from this standard we need evidence of a coherent economic mechanism whereby the foreclosed firms are a dynamic threat and that they would become as efficient “but for” the conduct. And one should also be highly sceptical of claims that rely 100% on this kind of effect to operate. The ECJ *Intel* judgment is holding the line on efficiency.

10. But what about the cases that are likely to be “coming down the pipes” in the near future—e.g., digital industries with big scale effects, due to machine learning issues or network externalities: what should be the standard if rivals are less efficient today, but might be larger tomorrow and achieve scale and efficiency “but for” the conduct in question? This is not easy, but my view is that the starting point should remain the “as efficient” benchmark: if we know the conduct would be capable of foreclosing even rivals who had achieved scale, then there’s definitely something to worry about. I could be persuaded that there are specific cases in

137 AGCM Case A484 – UNILEVER / DISTRIBUZIONE GELATI, decision of 6 December 2017, available at http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/A484_ch.%20istr.sanz._omi%20x%20pubbl.ne.2.pdf/download.html.

138 See for instance S. C. Salop, The Raising Rivals’ Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices, and the Flawed Incremental Price-Cost Test, *Antitrust Law Journal*, Vol. 81, Issue 2, 2017, pp. 371-421.

which one can show that the conduct itself prevented the emergence of as-efficient rivals and that, in such a case, a somewhat looser benchmark is required. However, we would need to make sure such a conclusion was based on rigorous evidence and a compelling economic mechanism to prevent this standard from being applied across the board.

III. So where does the judgment leave the “as-efficient-competitor test”?

11. The judgment does not specifically endorse the use of the AECT, nor does it prescribe it as an analysis that the Commission should be required to do in each case—or even expected to perform. Of course if the test is put forward by the firm’s advisors, then the Commission must engage with it properly. But there is no further prescription.

12. And of course, it could not be otherwise. There is no totemic value that one should attach to the AECT. It is a test, a diagnostic, a mathematical methodology designed to try and get some concrete numbers around the question of whether a rebate scheme could exclude a rival who was as efficient. Relying on multiple simplifying assumptions, the test recognises that, even well short of predation, the dominant firm can offer retroactive rebates that also an “as efficient” rival cannot match when the customer “needs” to buy some of the dominant firm’s product. Rebates that may seem small in absolute terms but are conditional on total volumes bought can become deep, and difficult for rivals to match, when the customer, for whatever reason, needs to fulfil part of its demand from the dominant firm (i.e., some of the firm’s products are in some sense “must have”). In cases where the customer “must” still buy certain volumes from the dominant firm, the effect of a retroactive rebate is equivalent to a “deep discount” on the portion of the demand which is “contestable”—i.e., the portion which rivals could hope to attract. And if the “contestable” portion is small enough, the discount is deep enough, and the “coverage” of the market by the dominant firm is large enough, the effect can be anticompetitive foreclosure. The test is essentially checking whether the dominant firm would pass a price-cost test for the contestable portion of the customer’s demand—i.e., would it be able to match the offer at that level without pricing below cost? If the “coverage” of the market by the dominant firm is significant enough, even an efficient rival could be foreclosed from a large enough portion of the market that it may not be able to provide a constraint on the dominant firm.

13. The test is, of course, known to have multiple potential pitfalls:

- How does one determine whether any sales are “must have” in practice and, if so, quantify the share of these vs. “contestable” sales?¹³⁹
- What measure of costs should one take into account?
- Over what period?

It is notoriously fiddly to implement, and raises multiple measurement issues which motivate a view that it is “neither prudent nor simple,” and ultimately “unreliable.” But it is only a diagnostic, a mathematical methodology—a tool—in the same way that a margin squeeze test is a tool. And a margin squeeze test is also a pure “as-efficient-competitor” test, with multiple measurement issues and the same questions about whether it is too permissive and leads to underenforcement. Like a margin squeeze test, the AECT is not intended to provide a definitive answer. It is neither a bright line nor a knife edge—it is not meant to operate in this way, nor is it to be applied mechanically. It may lead to type 1 and type 2 errors. All of these circumstances are well understood by economists and the result of the test has to be assessed in light of all the other evidence of the case. It is a question of balance of probabilities: in multiple cases it may well be sufficient to use lighter economic analysis to show that anticompetitive effects are unlikely so there is no need to pursue the test in detail.

14. So, we need some form of benchmark and it is useful to be able to apply some form of a test. Does it need to be the full apparatus each time? No. Before embarking on a full-blown AECT analysis there is always scope for more preliminary work to assess whether a given rebate structure has even the potential to induce foreclosure (e.g., in terms of depth of discount and market coverage) or it can be better explained by alternative procompetitive motives (which the judgment acknowledges need to be traded off against any risk of foreclosure). One also needs to consider whether the critical requirement that there be a share of the dominant firm’s sales that are “must have” is supported by the data. The CMA’s recent “no grounds for action” decision against Unilever in respect of package offers involving impulse ice cream shows it is possible to rule out the prospect of a discount scheme having anticompetitive effects using a combination of quantitative and qualitative evidence without necessarily employing the full AECT apparatus.¹⁴⁰

¹³⁹ A key issue is that the “critical” level of discount required to induce foreclosure will often vary steeply with the level of “must-have” sales such that small changes to this parameter can drastically change the assessment of foreclosure risk. The question of which sales are “must have” in the AECT is pretty stark: what proportion of the dominant firm’s sales would be retained at current prices if an equally efficient rival were to offer its products at cost. In taking this concept to the data one cannot substitute this formal definition with a looser notion of “must-havens.” Even if one of a dominant firm’s products has a strong brand, it would be entirely inappropriate to treat all sales of this brand as “must have” for the purposes of conducting the AECT. To do so would amount to assuming that sales of this product were perfectly price inelastic, which would in turn call into question whether the dominant firm was choosing to “leave money on the table” by setting prices below their profit maximising level. So again, the implementation of the test requires judgment.

¹⁴⁰ See for instance Investigation relating to supplies of impulse ice cream “No grounds for action” decision, Competition and Markets Authority, published 10 August 2017, available at: <https://www.gov.uk/cma-cases/consumable-goods-suspected-anti-competitive-conduct>.

IV. Does the Commission need to apply the test? And do we need more guidance?

15. The ECJ judgment is not prescriptive. It refers to all the right points (e.g., in 138–139): shares, position of the company, strategy to exclude as efficient competitors, magnitudes of the rebates, and a reference to duration of the conduct. But it does not explicitly set out a requirement for the Commission to perform an AECT, nor does it provide specific guidance as to implementation of an AECT (or other test). And rightly so: there cannot be a sensible requirement for an agency to apply any specific price-cost test (or any other diagnostic), other than an expectation that it needs to perform analyses to establish whether foreclosure can ultimately occur. And this requires flexibility in terms of the test, there is no single recipe. What we are trying to establish is if leveraging could occur because rivals could not match the dominant firm's offers—but the reasons they could not match can be varied in practice (capacity constraints, branding, etc.) so there cannot be a prescriptive list of “tests” to be used in all cases.

16. Having said this, the judgment's clear statement that the Commission must respond in full to all evidence put forward by the dominant undertaking is likely to mean that, looking down the “decision tree,” the Commission (and agencies in general) will anticipate it will need to produce and rely on some form of quantitative analysis to pre-empt and rebut the dominant's firm claim that its conduct is not capable of anticompetitive foreclosure.¹⁴¹ There seems to be no ambiguity that this introduces a de facto requirement for some form of quantitative analysis. Do we then need more guidance as to what the analysis could look like? We still have the Guidance Paper, though moot for some time. It is a compendium of economic insights and it is still relatively current. It just makes sense to apply it—flexibly and keeping in mind that there is no “one-size” test or approach.

141 On this point, see the keynote of Johannes Laitenberger at the CRA December Conference: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_24_en.pdf.

V. What implications for future cases?

17. What will the judgment—with emphasis on the central role of foreclosure and the need for the theory of harm to show foreclosure—mean for some of the high-profile pending and future conduct cases?

18. One data point that in fact precedes the judgment, but is inevitably being looked at in that light, is the *Google Shopping* decision. The “shorthand” version of the theory of harm has been rendered in the public discussion as “self-preferencing”—analogous to “discrimination to favour oneself” when rivals complain that a supplier “gives itself a better deal” on an input used to compete downstream. Such discrimination is not typically enough to find foreclosure. In fact, there is more than this in the decision: the claim is that the combination of rival downgrading in search results, together with better placement/visibility accorded to Google's own “vertical” are equivalent to a deterioration of rivals' quality, leading to marginalisation of price comparison rivals across much of Europe. This is in effect an economic foreclosure “story” about using dominance upstream (in search) to harm competition “downstream” (in comparison shopping). Whatever one thinks of the strength of the evidence, “treating others differently from oneself” would not appear to be a fair rendition of the theory of harm as set out in the *Shopping* decision.

19. Elsewhere, we can expect more effort to be spent on evidencing anticompetitive foreclosure. In *Android*, the theory of harm has been known for some time to rely on a notion of dynamic leveraging through tying/bundling. Recent economic contributions have focused on the benefits of tying for a dominant company in a two-sided market (such as app stores for Android devices) in order to foreclose entry of an “as efficient” competitor in another two-sided market (such as search apps for Android devices), even with limits on pricing on one side.¹⁴² *AdSense* may need more work, to the extent that concerns there relied more on the form of exclusivity discounts as being “per se” illegal.

142 See J. P. Choi and D.-S. Jeon, A Leverage Theory of Tying in Two-Sided Markets, *CEPR Discussion Paper* 11484, 2016, and F. Etro and C. Caffarra, On the economics of the Android case, *European Competition Journal*, Vol. 13, Issue 2-3, 2017, pp. 282–313.

20. More generally, if we think that multiple future cases will arise in digital industries—where there are big scale effects—how should an “as-efficient-competitor” benchmark be made operational when the existence of an “as efficient competitor” to the incumbent appears improbable? First, the concept remains useful as a starting point to establish whether the conduct in question would be capable of foreclosing even rivals who had achieved scale (because then we know there is definitely something to worry about, as in the recent contributions on anticompetitive tying mentioned above). Second, if we decide to go beyond this in limited, specific cases where the evidence suggests the conduct itself prevented the emergence of as-efficient rivals, we need clear limiting principles.

21. How would these be defined? There is no fail-safe test (again), but the first question is whether there is a coherent theory of harm. This is not as banal as it may seem. What is often under-appreciated is that a “theory of harm” in the economic sense is not just an assertion of expected effects, but an analytical tool for case analysis. For instance, a statement that a particular practice “will deter entry” does not amount to a useful theory of harm that helps the analysis. Developing an economic theory of harm means specifying a theory that makes clear which

assumptions are necessary to generate the anticompetitive effects. Whether these assumptions can be validated in the market under investigation will then determine whether the theory of harm must be dropped, or can be credibly pursued. A “theory of harm” in the economic sense is a tool to generate the right questions and identify the relevant conditions for an anticompetitive practice and the relevant evidence needed to support the existence of these conditions. As elements of this, we need to ask whether the incumbent currently has a strong position of dominance that realistically could be threatened by the rival(s) allegedly being targeted; and then, whether it is plausible that the conduct in question could have an exclusionary effect on the target (e.g., evidence of targeted discounts designed to dry up the cash flow to a start-up that was dependent on external capital) and finally harm consumers. Price-cost tests (like the AECT) have an important role as part of the diagnostic kit, but their role, interpretation and significance must be contingent on the broader set of evidence and circumstances of the case. ■

Arrêt *Intel*: Quelles conséquences pour l'approche économique des abus?*

Damien Neven

damien.neven@graduateinstitute.ch

Professeur, Institut universitaire des hautes études internationales et du développement, Genève

David Sevy

dsevy@compasslexecon.com

Executive Vice-President, Compass Lexecon, Paris et Bruxelles

I. Introduction

1. La Cour de justice de l'Union européenne (la "Cour") a rendu le 6 septembre 2017 son arrêt ("l'Arrêt") dans l'affaire *Intel*¹⁴³, à la suite du recours introduit par Intel vis-à-vis de l'arrêt de première instance du Tribunal de l'Union européenne (le "Tribunal") rendu le 12 juin 2014 ("l'arrêt attaqué")¹⁴⁴.

2. L'arrêt attaqué confirmait la décision de la Commission européenne du 13 mai 2009 (la "Décision")¹⁴⁵, sanctionnant Intel pour avoir abusé de sa position dominante dans la commercialisation, auprès de fabricants d'ordinateurs, de microprocesseurs de type CPU x86. Les comportements sanctionnés comprenaient notamment la mise en œuvre par Intel, vis-à-vis de quatre fabricants d'ordinateurs personnels, de rabais dont l'octroi était conditionné au fait que ces fabricants réalisent la totalité ou la quasi-totalité de leurs achats de CPU x86 auprès d'Intel.

3. La Décision avait conclu à une infraction au droit de la concurrence de l'Union européenne, à l'article 102 TFEU précisément, sur le fondement de la nature quasi exclusive des rabais visés, en évoquant une interprétation stricte de la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Hoffmann-La*

*Roche*¹⁴⁶. La Décision avait cependant développé une analyse visant à démontrer les effets anticoncurrentiels de ces rabais. Cette analyse reposait en grande partie sur les résultats d'un test de concurrent également efficace (test "AEC") qui aurait montré qu'un concurrent disposant de la même base de coûts de production et de commercialisation qu'Intel n'était pas en mesure de servir profitablement la partie disputable de la demande des fabricants concernés. L'arrêt attaqué avait confirmé l'approche de la Commission. Le Tribunal avait confirmé que le test AEC n'était pas un élément utile d'établissement de l'infraction, la nature (quasi-) exclusive du système de rabais étant suffisante à ce titre.

4. La Cour a notamment cassé l'arrêt attaqué sur ce fondement, en précisant la jurisprudence *Hoffmann-La Roche*. 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"¹⁴⁷, la Commission doit bien "analyser la part du marché couverte par les pratiques litigieuses, les conditions de leur octroi, la durée et le montant, mais aussi l'existence d'une stratégie d'exclusion destinée à évincer des concurrents aussi efficaces"¹⁴⁸. La Cour juge ainsi que "le Tribunal s'est à tort abstenu, dans le cadre de son analyse de la capacité des rabais litigieux de restreindre la concurrence, de prendre en considération l'argumentation d'Intel visant à dénoncer de prétendues erreurs commises par la Commission dans le cadre du test AEC"¹⁴⁹.

* Nous remercions X. Boutin, G. Siotis, J. Padilla et W. Kovacic, ainsi que les participants au séminaire de GCLC du 11 septembre 2017 et au séminaire Concurrences du 6 octobre 2017 pour de nombreuses discussions et commentaires sur une version précédente.

143 Arrêt dans l'affaire C-413/14 P *Intel Corporation Inc. c/ Commission*.

144 Arrêt du 12 juin 2014, *Intel c/ Commission* (T-286/09).

145 European Commission, Decision C(2009) 3726 final relating to a proceeding under Article 82 [EC] and Article 54 of the EEA agreement (Case COMP/C-3/37.990 – Intel).

146 Jugement du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche v. Commission*, 85/76, EU/C/1979/36.

147 Arrêt, § 138.

148 Arrêt, § 139.

149 Arrêt, § 147.

5. Nous commentons dans ce qui suit quelques implications de l'Arrêt sur l'examen futur de possibles abus de position dominante, et en particulier ceux associés à des systèmes de remises.

II. Quelle taxonomie pour les rabais ?

6. Le Tribunal avait introduit de manière explicite une taxonomie des rabais selon laquelle les rabais d'exclusivité auraient présenté des caractéristiques anticoncurrentielles telles qu'il serait inutile de démontrer leur capacité à restreindre la concurrence. Les rabais d'exclusivité étaient ainsi distingués d'autres rabais de fidélité comme ceux considérés par exemple dans l'affaire *Tomra*¹⁵⁰, qui étaient rétroactifs mais conditionnés à des seuils de vente. La Commission était tenue d'analyser la capacité d'éviction de ces rabais, même si leurs effets anticoncurrentiels pouvaient être présumés. Finalement, selon le Tribunal, il n'y avait pas de présomption que les rabais qui ne s'appliquent qu'aux achats incrémentaux avaient des effets anticoncurrentiels, en particulier lorsqu'ils sont justifiés par des économies d'échelle.

7. Cette taxonomie n'était pas satisfaisante dans la mesure où elle repose sur une notion de fidélité qui n'est pas discriminante. En effet, tous les rabais, même les rabais incrémentaux, ont pour effet d'induire une fidélisation des clients.

8. L'Arrêt de la Cour, en mettant l'accent sur la nécessité d'entreprendre une appréciation de la capacité d'éviction pour les rabais d'exclusivité également, invalide donc la distinction entre ce type de rabais d'exclusivité et les autres formes de rabais de fidélité qui avait été introduite par le Tribunal dans l'arrêt attaqué. C'est une évolution bienvenue.

9. L'Arrêt ne contredit cependant pas directement la présomption, établie dans la jurisprudence de la Cour, que des rabais d'exclusivité (et de manière plus générale des rabais de fidélité) emporteraient généralement des effets anticoncurrentiels. On peut trouver un certain confort dans le constat que la Cour n'a pas saisi l'opportunité du présent Arrêt pour réaffirmer cette présomption. En effet, la Cour ne dit pas explicitement que la Commission peut s'abstenir d'entreprendre une analyse des effets (potentiels) dans certains cas. Mais, il semble prudent de conclure que la distinction entre rabais incrémentaux et autres rabais n'est pas définitivement supprimée par l'Arrêt, et qu'une présomption d'illégalité est maintenue pour les rabais qui ne sont pas incrémentaux.

10. C'est une opportunité manquée, dans la mesure où les rabais incrémentaux peuvent avoir des effets de verrouillage comparables à ceux d'autres rabais de fidélité, dès lors qu'ils sont significatifs et concernent

une partie importante du marché. C'est en particulier le cas en présence d'économies d'échelle importantes et lorsqu'existe un segment de la demande qui est non contestable par les concurrents de l'entreprise dominante. D'un point de vue économique, il ne semble donc pas pertinent de maintenir une distinction formelle entre rabais incrémentaux et autres rabais.

11. De manière plus générale, il ne semble pas souhaitable de maintenir une présomption d'illégalité pour les rabais, quelle que soit leur forme. Dans tous les cas de figure, l'examen de la capacité d'éviction d'un système de rabais doit considérer leurs conditions d'octroi, leur durée et la part de marché qu'ils couvrent. Dans tous les cas, cet examen appelle une comparaison entre prix et coûts dont le résultat ne peut être préjugé et dépendra non seulement de la nature même du rabais, mais également des autres paramètres de ces rabais octroyés, ainsi que de caractéristiques de la demande d'une part (l'existence et l'importance d'une part non contestable) et de caractéristiques de l'offre d'autre part (la forme de la fonction de coût et ses implications concernant les niveaux relatifs de coût de l'opérateur dominant et de ses rivaux, ces derniers ne pouvant par construction servir que la part contestable de la demande).

III. Capacité d'éviction et vraisemblance d'une restriction de concurrence

12. Face à une présomption d'illégalité, la Cour a donc affirmé la nécessité d'un examen de la capacité d'éviction des rabais d'exclusivité et de fidélité. Le terme de "capacité d'éviction", qui a souvent été utilisé dans la jurisprudence, prête cependant à confusion. L'interprétation d'une capacité, dans le sens commun, se réfère à un potentiel. De manière générale, tous les rabais ont un potentiel d'exclusion si bien que la discipline imposée par l'examen d'une "capacité d'éviction" pourrait sembler vide de sens.

13. On peut comprendre que la Cour évite de parler directement d'effets, sachant que, selon une jurisprudence constante, il n'est pas nécessaire de montrer que les rabais ont eu des effets sur le marché. Il suffit de montrer que les effets sont vraisemblables ou, en d'autres termes, que des effets d'un ordre de grandeur significatif vont survenir avec une certaine probabilité. La probabilité reflète l'incertitude résiduelle quant à l'inférence que l'on peut effectuer à partir des éléments de preuves disponibles. Elle reflète également le fait que, dans certains cas, une pratique est évaluée alors qu'elle n'a pas encore déployé ses effets sur le marché.

150 *Tomra v. Commission*, T 155/06 et C 549/10

14. Dans son opinion¹⁵¹, l'avocat général Wahl avait clarifié cette ambiguïté en assimilant capacité d'éviction et vraisemblance d'une restriction de concurrence, au prix, il est vrai, d'un abus de langage. On peut regretter que la Cour n'ait pas saisi l'opportunité d'affirmer cette équivalence ou de simplement se référer à la vraisemblance d'une restriction de concurrence. Mais les éléments que la Cour énonce comme faisant partie de l'analyse de la capacité d'éviction (la part du marché couverte par les pratiques, leur durée, leur montant...) ne laissent pas de doute quant à la portée de l'analyse. Il ne s'agit pas d'une capacité au sens commun mais bien d'une vraisemblance d'effets.

IV. La Cour donne-t-elle une place trop importante au test du concurrent aussi efficace?

15. La Cour rappelle¹⁵² le principe déjà énoncé dans *Post Danmark I* selon lequel l'article 102 ne vise pas à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise dominante restent sur le marché. Il est notable que l'Arrêt passe en revanche sous silence *Post Danmark II*, qui posait qu'une stratégie d'éviction pouvait être anti-concurrentielle alors même qu'elle ne produisait l'éviction que de concurrents moins efficaces¹⁵³.

16. La question de savoir si un système de rabais ne conduit pas à l'éviction d'une entreprise au moins aussi efficace acquiert donc un statut tel qu'on peut la considérer comme (vraisemblablement) déterminante pour garantir que le système de rabais n'est pas contraire à l'article 102. La démonstration de l'absence de potentiel d'éviction d'un concurrent également efficace deviendrait alors une condition suffisante de légalité du système de rabais considéré.

17. Dans ce contexte, le test du concurrent aussi efficace prend une importance particulière. Il s'agit d'un instrument naturel pour évaluer ce qui apparaît comme une condition suffisante de légalité selon l'Arrêt. Ce test prend en compte les caractéristiques de la pratique mise en œuvre par l'entreprise dominante – notamment, la force avec laquelle peut s'exercer son caractère fidéliciant

(qui conjugue l'importance de la part non disputable de la demande et l'ampleur de la remise accordée) et l'effet d'éviction qui peut en découler.

18. D'un point de vue économique, il convient cependant de rester mesuré quant à cette évolution.

19. Tout d'abord, comme l'a reconnu la communication de la Commission de 2009 sur les pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, il y a des circonstances dans lesquelles “un concurrent moins efficace peut également exercer une contrainte concurrentielle qui doit être prise en considération”¹⁵⁴. La Commission proposait d'examiner cette contrainte concurrentielle dans une perspective dynamique, notamment si le concurrent ne pouvait, du fait des pratiques, “bénéficier d'avantages liés à la demande, tels que les effets de réseau et d'apprentissage, qui tendront à renforcer son efficacité”¹⁵⁵. On peut donc imaginer que, dans certaines circonstances, des rabais qui préviennent le développement de concurrents qui ne sont pas encore aussi efficaces, tout en n'entravant pas celui de concurrents aussi efficaces, puissent ne pas être considérés comme légaux. Ces circonstances sont probablement exceptionnelles et il serait utile de disposer de principes organisateurs pour les identifier. Mais il n'apparaît pas forcément souhaitable d'éliminer cette possibilité.

20. En deuxième lieu, il faut observer que le test du concurrent aussi efficace n'est pas nécessairement toujours pertinent. Il est particulièrement idoine lorsque l'entreprise dominante bénéficie d'une demande non contestable et que les rabais couvrent à la fois la partie contestable et la partie non contestable. Dans ces circonstances, on peut développer une théorie cohérente d'effets potentiels selon laquelle le pouvoir de marché de l'entreprise dominante sur la partie non contestable sert de levier pour exclure des concurrents au moins aussi efficaces. Le test est alors largement discriminant même s'il peut induire des erreurs de type I (des faux positifs) lorsque les produits vendus sur le marché contestable sont différenciés et que le rabais répond à une opportunité de discrimination¹⁵⁶. Il conduit à des erreurs de type II (des faux négatifs) lorsque les clients sont en concurrence sur le marché aval¹⁵⁷. Dans ces circonstances¹⁵⁸, un concurrent en amont ne peut pas attirer un client en offrant simplement un prix en dessous du prix effectif, car une telle offre provoquerait une réaction de la firme dominante, qui intensifierait la concurrence en aval. Un prix directement en dessous du prix effectif ne

151 Opinion of Advocate General Wahl, Case C 413/14 P, *Intel Corporation Inc. v. European Commission*.

152 Arrêt, § 133.

153 L'arrêt *Post Danmark II* contestait également la pertinence d'un test de concurrent aussi efficace, dès lors qu'il n'y avait pas de concurrent également efficace. Cet argument résulte cependant d'une mauvaise compréhension du test, dont l'objectif n'est pas d'évaluer l'éviction d'un concurrent particulier mais bien celle d'un concurrent hypothétique. C'est bien le caractère hypothétique du concurrent qui donne une valeur normative au test.

154 Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, (2009/C45/02), v. § 24.

155 *Ibid.*

156 V. P. Greenlee, D. Reitman and D. S. Sibley, An Antitrust Analysis of Bundled Loyalty Discounts, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 26, Issue 5, 2008, pp. 1132-1152.

157 V. D. Neven, A structured assessment of rebates contingent on exclusivity, *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 1, No. 1, 2015, pp. 86-96

158 V. P. DeGraba, Naked exclusion by a dominant input supplier: Exclusive contracting and loyalty discounts, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 31, Issue 5, 2013, pp. 516-526.

sera pas suffisant pour attirer le client dont la profitabilité sera détériorée par l'intensification de la concurrence en aval. En dépit de ces erreurs potentielles, le test reste cependant une bonne première mesure du potentiel d'exclusion inefficace des rabais.

21. Le test n'est cependant pas directement pertinent pour évaluer une théorie alternative d'effets d'éviction, qui ne reposerait pas sur l'existence d'une part de la demande qui serait non contestable mais plutôt sur l'offre de rabais aux clients qui se trouvent eux-mêmes en concurrence avec des entreprises qui ont choisi de ne pas se fournir exclusivement auprès de l'entreprise dominante¹⁵⁹.

22. Finalement, il convient de ne pas appliquer le test de manière mécanique et de ne pas lui accorder une attention excessive au détriment d'autres éléments pertinents. En effet, les résultats du test ne seront pas nécessairement dénués d'ambiguïté. Chacun de ses principaux paramètres (importance de la partie non contestable de la demande, niveau de coût évitable moyen (CEM) auquel comparer le prix effectif) appelle une évaluation en propre, qui peut reposer sur des éléments de preuve divergents. La discussion du test dans la Décision illustre déjà ce point. Par exemple, la Commission a évalué la partie non contestable de la demande pour les CPU x86 à partir des contraintes pesant sur la capacité d'AMD à traiter une demande qui se détournerait d'Intel à un horizon temporel cohérent avec l'horizon pertinent de décision de changement de fournisseur, jugé plus court par la Commission que par Intel¹⁶⁰. Également, Intel et la Commission ont eu des opinions divergentes sur les catégories de coûts à prendre en compte dans la détermination du CEM¹⁶¹.

23. Ces débats contradictoires n'ont rien de propre aux rabais de fidélité. De telles divergences de vues sur les périmètres de produits et/ou l'horizon temporel à prendre en compte dans un calcul de CEM ou de coût marginal moyen de long terme (CMMLT) sont monnaie courante dans les cas de pratiques prédatrices, dont la qualification appelle également un test prix-coût. Il ne suffit pas de démontrer que le test n'est pas satisfait sous des configurations spécifiques de paramètres, mais bien qu'il ne l'est pas sous un ensemble de configurations raisonnables.

24. À ce titre, le débat contradictoire sur les paramètres du test n'enlève rien à son utilité, mais aide plutôt à définir les configurations de paramètres envisageables et à examiner s'il est vraisemblable que le test soit satisfait lorsque l'on examine différentes configurations de paramètres.

159 V. p. ex., J. M. Abito and J. Wright, Exclusive dealing with imperfect downstream competition, *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 26, Issue 1, 2008, pp. 227-246.

160 Décision, §§ 1013 à 1035.

161 Décision, §§ 1036 à 1153.

V. La distinction entre la nécessité objective et les effets d'efficacité

25. La Cour rappelle que l'analyse de la capacité d'éviction est également pertinente pour l'examen d'une éventuelle justification objective des rabais considérés¹⁶². Elle rappelle également que ces rabais peuvent avoir des effets d'efficacité, ce qui appelle à une mise en balance globale de leurs effets positifs et de leurs effets négatifs¹⁶³.

26. L'Arrêt suggère que la Cour sépare bien la question de la justification objective de celle des effets d'efficacité : *“En outre, l'effet d'éviction qui résulte d'un système de rabais, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité (...)”*.

27. Cette distinction, qui est présente dans la Communication de 2009¹⁶⁴, est la bienvenue. Une analyse de la justification objective renvoie directement à une appréciation de la situation contrefactuelle : est-ce qu'en l'absence des pratiques litigieuses, le fonctionnement même du marché concerné serait remis en cause, p. ex., parce que les pratiques visées relèvent de modalités nécessaires pour pouvoir opérer sur ce marché ? La justification objective relève du modèle d'affaires des entreprises dans le marché, de l'entreprise dominante en particulier, et de la nécessité des pratiques litigieuses pour animer le jeu concurrentiel. Par exemple, on peut imaginer qu'une condition d'exclusivité soit nécessaire lorsque l'entreprise dominante doit réaliser un investissement spécifique pour servir un client particulier. L'exclusivité permet alors d'éviter un comportement opportuniste de la part du client, qui remettrait en cause cet investissement.

28. Par contraste, les effets d'efficacité, qui relèvent souvent de raisons communes avec la justification objective, mettent l'accent sur les retombées du point de vue des clients des entreprises (de l'entreprise dominante en particulier), pour lesquels il doit être peu probable qu'ils subissent un préjudice net.

29. Les rabais de fidélité ou d'exclusivité n'échappent pas à ces considérations. Ils sont également susceptibles d'emporter des effets d'efficacité. Ces effets peuvent être associés à l'exploitation d'économies d'échelle, mais également à une amélioration des incitations aux efforts de développement des produits par les producteurs, en limitant les occurrences de parasitisme, ainsi qu'aux efforts de distribution des produits entrepris par les

162 Arrêt, § 140.

163 *Ibid.*

164 V. Communication, §§ 28 à 31.

acheteurs. Ces effets peuvent être d'ailleurs d'autant plus importants que les pratiques de l'entreprise dominante sont aptes à préserver sa position, et donc par voie de conséquence à restreindre l'expansion des concurrents. À ce titre, à nouveau, rien ne justifie d'un traitement singulier des rabais d'exclusivité ou de fidélité sous l'angle des effets d'efficacité. Au contraire, la possibilité que ces effets d'efficacité contrebalancent les effets d'une possible éviction de concurrents n'est pas moindre avec ces rabais, qu'elle ne l'est avec des rabais incrémentaux.

VI. Quelle discipline l'Arrêt impose-t-il à la Commission vis-à-vis de la démonstration d'une stratégie d'exclusion ?

30. L'Arrêt met l'accent sur la nécessité d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause¹⁶⁵. L'Arrêt ne spécifie cependant pas les termes de cette appréciation et le standard que la Commission devrait adopter.

31. Est-ce que la stratégie doit simplement se comprendre comme une intention d'exclure ? Cette interprétation rapprocherait l'examen des stratégies associées aux rabais de fidélité ou d'exclusivité, de l'examen entrepris dans la "zone grise" du test *Akzo* dans des dossiers de prédation – c'est-à-dire lorsque le test est insuffisant à conclure par lui-même au caractère anticoncurrentiel

de la pratique tarifaire. Ce sont alors des preuves documentaires qui peuvent éclairer l'objectif que l'entreprise dominante poursuit avec sa stratégie tarifaire.

32. Il convient cependant de noter que, plus encore que dans des pratiques générales de prix bas, un caractère d'éviction est inhérent à la pratique des rabais, à tout le moins auprès des clients auxquels s'appliquent ces rabais. La référence à l'éviction de concurrents aussi efficaces comme élément de la stratégie semble donc plutôt renvoyer aux caractéristiques des rabais. Le test de l'existence d'une stratégie d'exclusion pourrait alors se concentrer sur la question de savoir si les rabais ont été calibrés de manière à exclure des concurrents aussi efficaces, ou si les clients bénéficiant des rabais avaient été choisis à cause du rôle particulier qu'ils jouent dans la concurrence. On peut imaginer par exemple que les choix de certains clients, dont les spécifications sont reconnues par tous comme particulièrement exigeantes, puissent jouer comme une certification de la qualité du produit du point de vue de l'ensemble des clients.

33. Ceci renvoie naturellement à l'utilisation du test du concurrent aussi efficace comme outil d'autodiscipline de la politique tarifaire des entreprises dominantes. En utilisant ce test dans le cadre de l'examen d'une stratégie visant à exclure, la Commission ne ferait alors que vérifier que l'entreprise dominante a bien pris la mesure de sa responsabilité particulière – qui implique en l'espèce de ne pas occasionner d'éviction anticoncurrentielle.

34. En tout état de cause, quelle que soit l'interprétation privilégiée, l'Arrêt replace le test du concurrent également efficace sur le devant de la scène. Partant, elle contribue à réhabiliter, pour les rabais de fidélité, l'approche économique que la Commission a promue dans sa Communication de 2009, privilégiant une analyse des effets (potentiels) à une qualification des pratiques d'entreprises dominantes à partir de la seule forme que prennent ces pratiques. ■

165 Arrêt, § 139.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

> Abonnement Concurrences+

Devis sur demande
Quote on request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

Revue Concurrences | Review Concurrences

HT
Without tax

TTC
Tax included

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 545,00 € | 654,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 595,00 € | 607,50 € |

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 760,00 € | 912,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France