



EUROPA-
KOMMISSIONEN

Bruxelles, den XXX
[...] (2024) XXX draft

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

**Retningslinjer for anvendelsen af artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions
funktionsmåde for så vidt angår virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem
ekskluderende adfærd**

* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

Retningslinjer for anvendelsen af artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde for så vidt angår virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd

Indholdsfortegnelse

1.	Indledning	3
1.1.	Retningslinjernes formål	3
1.2.	Retningslinjernes anvendelsesområder og opbygning	5
1.2.1.	Anvendelsesområde	5
1.2.2.	Opbygning.....	6
2.	Generelle principper for vurderingen af dominans	7
2.1.	Indledning	7
2.2.	Enedominans	8
2.2.1.	Den pågældende dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling .	9
2.2.2.	Ekspansions- eller adgangsbarrierer	10
2.2.3.	Modstående købermagt	12
2.3.	Kollektiv dominans	13
2.3.1.	Etablering af samordningsbetingelser	14
2.3.2.	Evne til at overvåge overholdelsen af samordningsbetingelserne	15
2.3.3.	Tilstedeværelsen af en troværdig repressalieordning.....	15
2.3.4.	Ekstern stabilitet – fravær af pres fra faktiske eller potentielle konkurrenter og fravær af modstående købermagt	15
3.	Generelle principper for vurderingen af, om en dominerende virksomheds adfærd kan udgøre misbrug.....	16
3.1.	Indledning	16
3.2.	Adfærd, der afviger fra konkurrence på ydelser	17
3.2.1.	Begrebet adfærd, der afviger fra konkurrence på ydelser	17
3.2.2.	Relevante forhold i forbindelse med afgørelsen af, om en adfærd afviger fra konkurrence på ydelser	18
3.3.	Evne til at have ekskluderende virkninger	20
3.3.1.	Bevisbyrde for at godtgøre, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger	20

3.3.2.	Materiel retlig standard for at fastslå, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger	23
3.3.3.	Elementer, der kan være relevante for vurderingen af en adfærds evne til at have ekskluderende virkninger	25
3.3.4.	Elementer, der ikke er nødvendige for at godtgøre evnen til at have ekskluderende virkninger	27
4.	Principper for vurderingen af, om bestemte former for adfærd kan udgøre misbrug	28
4.1.	Indledning	28
4.2.	Adfærd, der er underlagt specifikke retlige kriterier.....	29
4.2.1.	Eksklusivaftaler.....	29
4.2.2.	Kombinationssalg og pakkesalg ("tying" og "bundling").....	31
4.2.3.	Leveringsnægtelse.....	35
4.2.4.	Aggressiv prissætning	38
	Anvendelsen af et pris-omkostningskriterie i sager om aggressiv prissætning.....	40
4.2.5.	Avancepres	42
	Anvendelsen af et pris-omkostningskriterie i sager om avancepres	44
4.3.	Adfærd, hvor der ikke findes specifikke retlige kriterier	45
4.3.1.	Betingede rabatter, som ikke er underlagt eksklusive købs- eller leveringsforpligtelser.....	45
4.3.2.	Multiproduktrabatter	49
4.3.3.	Selvbegunstigelse	50
4.3.4.	Adgangsbegrænsning	52
5.	Generelle principper for vurderingen af objektive begrundelser	53

1. INDLEDNING

1.1. Retningslinjernes formål

1. Formålet med Unionens konkurrenceregler er at beskytte ægte, ufordrejet konkurrence ("effektiv konkurrence") i det indre marked. Effektiv konkurrence får markedsdeltagerne til at levere de bedste produkter¹ for så vidt angår udvalg, kvalitet og innovation og til de laveste priser for forbrugerne². Det sikrer, at markederne forbliver åbne og dynamiske og skaber nye muligheder for innovative aktører, herunder små og mellemstore virksomheder (SMV'er) og nyetablerede virksomheder, så de kan operere på lige fod med andre aktører. Det fremmer også innovation og sikrer en effektiv ressourcefordeling, hvilket bidrager til en bæredygtig udvikling og skaber stærke og diversificerede forsyningskæder, hvilket i sidste ende bidrager til Unionens modstandsdygtighed og langsigtede velstand.
2. Det at opnå en dominerende stilling i Unionen er ikke i sig selv ulovligt, men dominerende virksomheder kan udvise en adfærd, der fordrer eller hæmmer den effektive konkurrence til skade for den offentlige interesse, andre markedsaktører og forbrugerne³. Den konkurrencemæssige skade, der følger af en virksomheds misbrug af en dominerende stilling, kan antage forskellige former, f.eks. højere priser, ringere kvalitet af varer og tjenester⁴, mindre innovation eller begrænsning af forbrugernes udvalg⁵.
3. Det er netop for at sætte ind over for sådanne former for konkurrencemæssig skade, at dominerende virksomheder i artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) pålægges et særligt ansvar, idet de forbydes at misbruge deres markedsstilling.
4. I betragtning af den stigende markedsconcentration i flere brancher og digitaliseringen af Unionens økonomi, som skaber stærke netværkseffekter og "winner-takes-all"-dynamikker og gør disse mere udbredte, er det vigtigt, at artikel 102 i TEUF anvendes

¹ Alle henvisninger til "produkt(er)" i disse retningslinjer omfatter også tjenester.

² I disse retningslinjer omfatter begrebet "forbruger" alle direkte eller indirekte brugere af de produkter, der berøres af en dominerende virksomheds adfærd, herunder producenter i mellemløbet, der anvender produkterne som input, samt distributører, engrosforhandlere, detailforhandlere og endelige forbrugere.

³ Dom af 22. oktober 2002, Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, præmis 42; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 22; dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 124; dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), sag T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 1028, og Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – En konkurrencepolitik egnet til nye udfordringer (COM(2021) 713 af 18.11.2021).

⁴ Begrebet "kvalitet" i disse retningslinjer omfatter alle diverse aspekter vedrørende et givet produkts kvalitet, f.eks. dets bæredygtighed, ressourceeffektivitet, holdbarhed, værdien og antallet af anvendelsesmuligheder, muligheden for at integrere produktet med andre produkter, det image, der formidles, eller den sikkerhed og beskyttelse af privatlivets fred, der ydes, samt dets tilgængelighed, herunder med hensyn til leveringstid, forsyningskædernes modstandsdygtighed, forsyningsikkerhed og transportomkostninger. Se punkt 15 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C 1645 af 22.2.2024).

⁵ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 281. Se også dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 133, hvor Domstolen bl.a. henviser til "begrænse produktion, udvikling af alternative produkter eller tjenester".

strengt og effektivt⁶. Samtidig er det vigtigt, at artikel 102 i TEUF anvendes på en forudsigelig og gennemsigtig måde, så virksomhederne kan operere frit i det indre marked, inden for de grænser, der er fastsat i EU-lovgivningen, også i lyset af den decentraliserede anvendelse af artikel 102 i TEUF⁷.

5. I henhold til EU-domstolens retspraksis⁸ gælder artikel 102 i TEUF for alle former for dominerende virksomheders praksis, der direkte eller indirekte kan skade forbrugernes velfærd⁹, herunder praksis, der kan skade forbrugerne ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur¹⁰.
6. Navnlig kan dominerende virksomheder skade forbrugerne ved at anvende andre midler end dem, der regulerer den normale konkurrence, og således hindre opretholdelsen af den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence¹¹. I det følgende henvises der til en sådan adfærd, hvis den ikke er objektivt begrundet, som "ekskluderende misbrug" eller "ekskluderende adfærd" og virkningerne heraf benævnes "ekskluderende virkninger". Disse virkninger vedrører enhver hindring af faktiske eller potentielle konkurrenters evne eller incitament til at udøve et konkurrencepres på den dominerende virksomhed¹², f.eks. fuldstændig udelukkelse eller marginalisering af konkurrenter, forøgelse af barriererne for adgang eller ekspansion¹³, hindring eller fjernelse af den effektive adgang til markeder eller dele deraf¹⁴ eller indførelse af hindringer for konkurrentens potentielle vækst¹⁵.
7. I lyset heraf fastsætter disse retningslinjer principperne for vurderingen af, om en dominerende virksomheds adfærd udgør eksklusiverende misbrug efter artikel 102 i TEUF, med udgangspunkt i EU-domstolens retspraksis.

⁶ Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg og Regionsudvalget – En konkurrencepolitik egnet til nye udfordringer (COM(2021) 713 final af 18.11.2021).

⁷ Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 [i dag artikel 101 og 102 i TEUF] (EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1) (artikel 1, 3, 5 og 6).

⁸ I disse retningslinjer henviser begrebet "EU-domstolene" til EU-Domstolen og Retten.

⁹ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 44 og 46 og den deri citerede retspraksis.

¹⁰ Dom af 21. februar 1973, Europemballage Corporation og Continental Can Company mod Kommissionen, sag 6/72, EU:C:1973:22, præmis 26; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 24; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 44 og den deri citerede retspraksis.

¹¹ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, 85/76, EU:C:1979:36, præmis 91; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 27; dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, C-549/10, EU:C:2012:221, præmis 17; dom af 30. januar 2020, Generics UK m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 148; dom af 25. marts 2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen, sag C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 41 og 42; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 44 og 68; dom af 4. juli 2023, *Meta Platforms m.fl. (almindelige betingelser for anvendelsen af et socialt netværk)*, C-252/21, EU:C:2023:537, præmis 47; dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 131.

¹² Dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 117.

¹³ Dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 154.

¹⁴ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), sag T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 281.

¹⁵ Dom af 8. oktober 1996, Compagnie maritime belge transports og Compagnie maritime belge, Dafa-Lines, Deutsche Afrika-Linien. og Nedlloyd Lijnen mod Kommissionen, forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, EU:T:1996:139, præmis 149; dom af 4. juli 2023, *Meta Platforms m.fl. (almindelige betingelser for anvendelsen af et socialt netværk)*, C-252/21, EU:C:2023:537, præmis 47; dom af 21. december 2023, European Superleague Company, sag C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 131.

8. Med disse retningslinjer ønsker Kommissionen at øge retssikkerheden og hjælpe virksomhederne med selv at vurdere, om deres adfærd udgør ekskluderende misbrug efter artikel 102 i TEUF. Selv om retningslinjerne ikke er bindende, er formålet også at give medlemsstaternes nationale domstole og nationale konkurrencemyndigheder vejledning om anvendelsen af artikel 102 i TEUF.
9. Retningslinjerne tager udgangspunkt i EU-domstolens retspraksis på tidspunktet for vedtagelsen. De foregriber ikke EU-domstolens fortolkning af artikel 102 i TEUF gennem relevant udvikling af retspraksis.

1.2. Retningslinjernes anvendelsesområder og opbygning

1.2.1. Anvendelsesområde

10. De generelle principper i disse retningslinjer skal anvendes på de specifikke forhold og omstændigheder, der gør sig gældende i den enkelte sag. De former for praksis, der er opstillet i artikel 102 i TEUF, skal ikke forstås som en udtømmende liste over de former for misbrug af en dominerende stilling, der er forbudt i henhold til EU-retten¹⁶. Da dominerende virksomheder kan udvise en ekskluderende adfærd på mange forskellige måder, og en sådan adfærd kan forekomme i mange forskellige markedssituationer, er det ikke muligt at give specifik vejledning for hvert tænkeligt scenario.
11. Selv om retningslinjerne kun vedrører ekskluderende adfærd, er principperne vedrørende vurderingen af dominans (afsnit 2) og begrundelsen om objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster (afsnit 5) også relevante for vurderingen af andre former for ekskluderende adfærd såsom udnyttende misbrug¹⁷.
12. Disse retningslinjer berører ikke anvendelsen af andre bestemmelser i EU-retten på de samme forhold, navnlig artikel 101 i TEUF og reglerne for dens anvendelse¹⁸.
13. Artikel 102 i TEUF kan også finde anvendelse på adfærd, som falder ind under anvendelsesområdet for andre forskrifter, enten på EU-plan eller på nationalt plan, og som vedrører virksomhedernes adfærd på markedet¹⁹ og forfølger andre formål end

¹⁶ Dom af 21. februar 1973, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, 6/72, EU:C:1973:22, præmis 26; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 26, og dom af 16. marts 2023, Towercast, C-449/21, EU:C:2023:207, præmis 46.

¹⁷ For at undgå tvivl kan en dominerende virksomheds adfærd have både ekskluderende og udnyttende virkninger.

¹⁸ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, sag 85/76, EU:C:1979:36, præmis 116; dom af 21. december 2023, European Superleague Company, sag C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 119 og den deri citerede retspraksis. Hvad angår anvendelsen af fusionsforordningen (Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1) fastslog Domstolen, at "artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004 skal fortolkes således, at denne bestemmelse ikke er til hinder for, at en virksomhedsfusion, som ikke har fællesskabsdimension som omhandlet i den denne forordnings artikel 1, som ligger under de tærskler for obligatorisk forudgående kontrol, der er fastsat i national ret, og som ikke har givet anledning til en henvisning til Kommissionen i henhold til nævnte forordnings artikel 22, af en medlemsstats konkurrencemyndighed anses for at udgøre et misbrug af dominerende stilling, der er forbudt i henhold til artikel 102 TEUF, henset til konkurrencestrukturen på et nationalt marked" (dom af 16. marts 2023, Towercast, C-449/21, EU:C:2023:207, præmis 53).

¹⁹ Dom af 4. juli 2023, Meta Platforms m.fl. (almindelige betingelser for anvendelsen af et socialt netværk), C-252/21, præmis 47-54; og dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 88.

konkurrencereglerne²⁰. Det forhold, at en dominerende virksomheds adfærd anses for at være i strid med anden lovgivning, er ikke til hinder for, at den samme virksomhed under visse omstændigheder også kan sanktioneres for en overtrædelse af artikel 102 i TEUF for den samme adfærd²¹. Samtidig gælder også, at det forhold, at en dominerende virksomheds adfærd anses for at være i overensstemmelse med anden lovgivning – eller oven i købet tilskyndes til at udvise en sådan adfærd – ikke er til hinder for, at den samme virksomhed under visse omstændigheder kan sanktioneres for en overtrædelse af artikel 102 i TEUF for den samme adfærd²².

1.2.2. Opbygning

14. Følgende trin indgår i vurderingen af, om en virksomhed har overtrådt artikel 102 i TEUF. Som hovedregel er det for det første nødvendigt at afgrænse det relevante produktmarked og geografiske marked (eller markeder)²³. Meddelelsen om markedsafgrænsning indeholder vejledning om de regler, kriterier og beviser, som Kommissionen anvender i forbindelse med markedsafgrænsningen²⁴. For det andet skal det vurderes, om den pågældende virksomhed indtager en dominerende stilling på det eller de relevante marked(er). For det tredje skal det vurderes, om den dominerende virksomheds adfærd kan udgøre misbrug, dvs. at der ikke er tale om konkurrence på ydelser, og at adfærden kan have ekskluderende virkninger²⁵. For det fjerde kan det være nødvendigt at vurdere, om den pågældende adfærd er objektivt begrundet, herunder på grundlag af effektivitetsgevinster.
15. Disse retningslinjer er derfor opbygget som følger:

²⁰ Dom af 22. marts 2022, bpost, C-117/20, EU:C:2022:202, præmis 47; dom af 4. juli 2023, Meta Platforms m.fl. (almindelige betingelser for anvendelsen af et socialt netværk), C-252/21, præmis 48. Se også dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, sag T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 366, hvor Domstolen fastslog, at eksistensen af retsmidler, der er specifikke for det andet regelsæt (i dette tilfælde patentsystemet), ikke ændrer betingelserne for anvendelsen af bestemmelserne i konkurrenceretten.

²¹ Det er kun muligt, hvis: i) der forelægger klare og præcise regler, der gør det muligt at forudse, hvilke handlinger og undladelser der kan gøres til genstand for en kumulation af retsforfølgelse og sanktioner, og at der vil ske koordinering mellem de to kompetente myndigheder, ii) de to procedurer er blevet ført tilstrækkeligt koordineret og i nær tidsmæssig tilknytning, og iii) alle de pålagte sanktioner står i forhold til overtrædelsens grovhed. Se dom af 22. marts 2022, bpost, C-117/20, EU:C:2022:202, præmis 58.

²² Dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, præmis 81-84; dom af 10. juli 2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 133; dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 813-817 og 864. Hvis en virksomhed ved lov pålægges en bestemt adfærd, eller hvis lovgivningen skaber en retlig ramme, som fjerner enhver mulighed for konkurrence, finder artikel 102 i TEUF ikke anvendelse. I dette tilfælde kan den ekskluderende adfærd ikke henføres til den dominerende virksomhed, da det fremgår implicit af artikel 102 i TEUF, at virksomheden skal handle uafhængigt. Artikel 102 i TEUF kan imidlertid finde anvendelse, hvis lovgivningen fortsat giver mulighed for konkurrence, men hvor denne konkurrence kan hindres, begrænses eller fordrejes ved virksomhedernes uafhængige adfærd. Dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, præmis 80 og den deri citerede retspraksis.

²³ Markedsafgrænsning gør det muligt systematisk at identificere det umiddelbare konkurrencepres, som den pågældende virksomhed vil være underlagt, når den udbyder produkter i et bestemt område. Dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 127 og 128.

²⁴ Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C 1645 af 22.2.2024). Spørgsmålet om markedsafgrænsning drøftes ikke nærmere i disse retningslinjer.

²⁵ I disse retningslinjer henviser udtrykkene "kan udgøre misbrug" og "kan udgøre ekskluderende misbrug" til en adfærd, der afviger fra konkurrence på ydelser og kan have ekskluderende virkninger, uanset om det på et senere tidspunkt i analysen fastslås, at den pågældende adfærd er objektivt begrundet eller ej.

- i afsnit 2 redegøres der for de generelle principper for vurderingen af dominans
- i afsnit 3 redegøres der for de generelle principper for vurderingen af, om en dominerende virksomheds adfærd kan udgøre ekskluderende misbrug
- i afsnit 4 redegøres der for principperne for vurderingen af, om bestemte former adfærd udvist af dominerende virksomheder kan udgøre misbrug
- i afsnit 5 redegøres der for de generelle principper for vurderingen af objektive begrundelser og effektivitetsgevinster, som under visse omstændigheder kan begrunde eller opveje for virkningerne af den adfærd, der kan udgøre misbrug.

16. For fuldstændighedens skyld mindes der om, at en adfærd, der ikke kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart, falder uden for anvendelsesområdet for artikel 102 i TEUF. Kommissionen har udarbejdet vejledning om vurderingen af påvirkningen af samhandelen i retningslinjerne vedrørende begrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82²⁶.

2. GENERELLE PRINCIPPER FOR VURDERINGEN AF DOMINANS

2.1. Indledning

17. Artikel 102 i TEUF forhindrer ikke en virksomhed i ved egen fortjeneste, navnlig på grundlag af dens kompetencer og evner, at opnå en dominerende stilling på et givet marked²⁷. Det er alene forbudt at misbruge en sådan dominerende stilling.
18. En virksomhed indtager en dominerende stilling, når dens økonomiske magtposition sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd i forhold til sine konkurrenter, kunder og i sidste instans forbrugerne²⁸.
19. En dominerende stilling udelukker ikke, at der er en vis konkurrence på et givet marked, så længe den pågældende virksomhed i betydeligt omfang kan handle uden at skulle tage hensyn til denne konkurrence i sin markedsstrategi og således uden at måtte acceptere skadevirkninger som følge af en sådan adfærd²⁹. Det forhold, at markedet er præget af en vis konkurrence, er en relevant, men ikke afgørende faktor ved afgørelsen af, om der foreligger en dominerende stilling³⁰.

²⁶ EUT C 101 af 27.4.2004, s. 81.

²⁷ Dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 37; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 73.

²⁸ Dom af 14. februar 1978, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, sag 27/76, EU:C:1978:22, præmis 65.

²⁹ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, sag 85/76, EU:C:1979:36, præmis 70.

³⁰ Dom af 30. januar 2007, France Télécom mod Kommissionen, sag T-340/03, EU:C:2007:22, præmis 101. Se også Kommissionens afgørelse af 10. februar 2021 i sag AT.40394 – Aspen, betragtning 63.

20. For at kunne vurdere, om der foreligger dominans, er det normalt nødvendigt at afgrænse de relevante marked³¹. Markedsafgrænsning indebærer, at der foretages en systematisk identifikation af det konkurrencepres, som de berørte virksomheder vil være underlagt, når de udbyder produkter i et bestemt område. Ved afgrænsningen af det relevante marked kan det være nødvendigt, at Kommissionen tager hensyn til, at de berørte virksomheder allerede har markedsstyrke³². Afgrænsningen af det relevante marked og vurderingen af, hvorvidt de berørte virksomheder indtager en dominerende stilling på dette relevante marked, kan derfor være indbyrdes forbundne.
21. Hvis det fastslås, at der foreligger en dominerende stilling, finder artikel 102 i TEUF anvendelse, mens graden af dominans ikke som sådan er afgørende for fastlæggelsen af artiklens anvendelsesområde. Graden af dominans kan imidlertid bl.a. være relevant i forbindelse med analysen af, om den pågældende virksomheds adfærd kan have ekskluderende virkninger³³.
22. En dominerende stilling kan indtages enten af en enkelt virksomhed (enedominans) eller af to eller flere virksomheder (kollektiv dominans) som forklaret nedenfor.

2.2. Enedominans

23. Der foreligger enedominans, når en enkelt virksomhed³⁴ har magt til i betydeligt omfang at handle uafhængigt af sine konkurrenter, sine kunder og i sidste ende af forbrugerne på det relevante marked³⁵.
24. En dominerende stilling skyldes typisk en kombination af flere forskellige faktorer, som ikke nødvendigvis er afgørende hver for sig³⁶. De følgende afsnit illustrerer nogle af

³¹ Dom af 21. februar 1973, Europemballage Corporation og Continental Can Company mod Kommissionen, C-6/72, EU:C:1973:22, præmis 32; dom af 30. januar 2020, Generics UK m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 127.

³² Et af de spørgsmål, der muligvis vil skulle tages stilling til i forbindelse med markedsafgrænsningen i artikel 102-sager, er, om den pris, den pågældende virksomhed opkræver, er blevet hævet over konkurrenceniveauet. I et sådant scenario er det muligvis ikke hensigtsmæssigt at anvende den såkaldte SSNIP-test ("small but significant and non-transitory increase in price") til at afgrænse det relevante marked, da markedsafgrænsningen skal baseres på substitution ved konkurrencedygtige priser og ikke ved priser, der allerede er blevet hævet over konkurrenceniveauet. Risikoen for, at en analyse på grundlag af en SSNIP-test, der foretaget på en allerede oppustet pris, giver anledning til en fejlagtig konklusion om et bredere relevant marked, omtales som "cellofanparadokset". Hvis SSNIP-testen anvendes, skal den derfor anvendes med stor forsigtighed i artikel 102-sager. Se f.eks. Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014 i sag AT.39253 – Slovak Telekom, betragtning 158-171. Se også punkt 18, litra c), og fodnote 55 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C 1645 af 22.2.2024).

³³ Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 80 og 81; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 139, og dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), sag T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 183. Se også Kommissionens afgørelse i sag COMP/C-1/36915, Deutsche Post AG, betragtning 103.

³⁴ De særlige forhold på et marked kan gøre det muligt, at mere end én virksomhed på det samme marked individuelt kan have en dominerende stilling. Se f.eks. Kommissionens afgørelse af 26. november 2008 i sag AT.39388 – German Electricity Wholesale Market og sag AT.39389 – German Electricity Balancing Market, betragtning 13.

³⁵ Jf. i denne retning dom af 14. februar 1978, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, Case 27/76, EU:C:1978:22, præmis 65.

disse faktorer på en ikkeudtømmende måde. Forskellige faktorer kan være relevante for vurderingen af dominans afhængigt af de specifikke omstændigheder i hver enkelt sag³⁷.

2.2.1. Den pågældende dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling

25. Analysen af den pågældende virksomheds og dennes konkurrenters markedsstilling i den betragtede periode³⁸ giver indsigt i det konkurrencepres, som virksomhederne udsættes for som følge af den faktiske konkurrence på det relevante produktmarked og geografiske marked.
26. En vigtig faktor er tilstedeværelsen af meget store markedsandele, som i sig selv – medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder – er bevis for, at der foreligger en dominerende stilling³⁹. Det er navnlig tilfældet, hvis en virksomhed har en markedsandel på 50 % eller derover⁴⁰. Der kan også foreligge en dominerende stilling, når en virksomhed har en markedsandel på under 50 %⁴¹. Generelt er både salgs- eller købsværdi og salgs- eller købsmængde relevante oplysninger i forbindelse med vurderingen af markedsmagt. Typisk vil markedsandelen målt på salgsværdi være den bedst egnede indikator, men i andre tilfælde kan salgsmængde eller andre indikatorer være bedre egnede til at afspejle en virksomheds konkurrencemæssige styrke⁴².

³⁶ Dom af 14. februar 1978, *United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen*, sag 27/76, EU:C:1978:22, præmis 66; dom af 15. december 1994, *Gøttrup-Klim u.a. Grov vareforeninger / Dansk Landbrugs Grov vareselska*, C-250/92, EU:C:1994:413, præmis 47.

³⁷ I forbindelse med flersidede platforme med to forskellige brugergrupper kan begrænsninger af platformoperatørens markedsmagt over for den ene side f.eks. også komme fra brugergruppen på den anden siden af platformen; se Kommissionens afgørelse af 4. marts 2024 i sag AT.40437 – *Apple – App Store* (musikstreaming), betragtning 335 og afsnit 8.2.2.5. I forbindelse med eftermarkeder kan effektiv konkurrence på det primære marked begrænse en virksomheds markedsmagt på det sekundære marked; se Kommissionens afgørelse af 20. maj 2009 om at afvise klagen i sag C-3/39.391 – *EFIM*, som stadfæstet i sag T-296/09, *European Federation of Ink and Ink Cartridge Manufacturers (EFIM) mod Kommissionen*, EU:T:2011:693, præmis 60, 90 og 91 og sag C-56/12, EU:C:2013:575, præmis 12 og 36 ff.

³⁸ Se også punkt 18, litra b), i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C 1645 af 22.2.2024).

³⁹ Dom af 13 februar 1979, *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, sag 85/76, EU:C:1979:36, præmis 41.

⁴⁰ Dom af 3. juli 1991, *Akzo mod Kommissionen*, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 60. I dom af 12. december 1991, *Hilti mod Kommissionen*, T-30/89, EU:T:1991:70, præmis 92, blev en markedsandel på mellem 70 % og 80 % f.eks. betragtet som en klar indikation af tilstedeværelsen af en dominerende stilling på et relevant marked.

⁴¹ Dom af 14. februar 1978, *United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen*, 27/76, EU:C:1978:22, præmis 108 og 109, hvor der blev konstateret dominans ved en markedsandel på mellem 40 % og 45 %. I et sådant scenario skal der tages hensyn til andre faktorer end blot den pågældende virksomheds markedsandel, f.eks. konkurrenternes styrke og antal; se også dom af 17. december 2003, *British Airways mod Kommissionen*, T-219/99, EU:T:2003:343, præmis 211 og 224, og dom af 15. december 1994, *Gøttrup-Klim u.a. Grov vareforeninger / Dansk Landbrugs Grov vareselska*, C-250/92, EU:C:1994:413, præmis 48. En markedsandel på under 10 % udelukker eksistensen af en dominerende markedsstilling, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder; se dom af 22. oktober 1986, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen*, sag 75/84, præmis 85 og 86.

⁴² For yderligere oplysninger henvises til punkt 111 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C 1645 af 22.2.2024). I forbindelse med nulprismarkeder kan andre forhold såsom antallet af brugere eller transaktioner eller indikatorer for brugsintensitet udgøre et bedre grundlag for vurderingen af dominans; se f.eks. Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017 i sag AT. 39740 – *Google Shopping*, betragtning 275 ff.

27. Det er også vigtigt at sammenligne den pågældende virksomheds markedsandele med konkurrenternes markedsandele⁴³. Hvis en virksomhed har en langt større markedsandel end sine konkurrenter, er det f.eks. en relevant faktor i vurderingen af, om den pågældende virksomhed indtager en dominerende stilling⁴⁴.
28. Markedsandele bør fortolkes på grundlag af forholdene på det relevante marked, markedsdynamikken og produkternes differentieringsgrad. Navnlig er det ofte hensigtsmæssigt at tage hensyn til udviklingen i markedsandele over tid⁴⁵. På markeder kendetegnet ved hurtig vækst med korte innovationscyklusser kan store markedsandele i sig selv være en mindre nyttig indikator for markedsmagt, da disse markedsandele kan vise sig at være kortvarige⁴⁶. En markedsandel, der forbliver stabil over tid, kan dog stadig være en relevant indikator for en dominerende stilling på sådanne markeder⁴⁷.

2.2.2. *Ekspansions- eller adgangsbarrierer*

29. Den anden relevante faktor, når det skal afgøres, om der foreligger en dominerende stilling, er tilstedeværelsen af barrierer for markedseksponering eller for markedsadgang, som forhindrer faktiske konkurrenter i at udvide deres aktiviteter på markedet eller potentielle konkurrenter i at få adgang til markedet⁴⁸. Gode muligheder for ekspansion på og let adgang til et marked begrænser en virksomheds mulighed for at handle uafhængigt på det pågældende marked, da anvendelsen af priser eller andre vilkår over konkurrenceniveauet vil tilskynde konkurrenterne til at ekspandere eller tiltrække nye konkurrenter. Til gengæld øger tilstedeværelsen af ekspansions- eller adgangsbarrierer den pågældende virksomheds evne til at handle uafhængigt og udvise markedsmagt.
30. Ekspansions- og adgangsbarrierer kan skyldes forskellige faktorer. Retlige og reguleringsmæssige hindringer kan f.eks. omfatte told eller kvoter, regler for fysisk planlægning⁴⁹, licenskrav og godkendelseskrav⁵⁰, lovbestemte monopoler⁵¹ og intellektuelle ejendomsrettigheder⁵². I forbindelse med tidligere sager er der også

⁴³ Dom af 17. december 2003, *British Airways mod Kommissionen*, T-219/99, EU:T:2003:343, præmis 211. Se også Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014 i sag AT.39523 – *Slovak Telekom*, betragtning 312.

⁴⁴ Dom af 14. februar 1978, *United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen*, sag 27/76, EU:C:1978:22, præmis 112.

⁴⁵ Dom af 14. december 2005, *General Electric mod Kommissionen*, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 151; se også Kommissionens afgørelse af 13. maj 2019 i sag AT.40134 – *AB InBev beer trade restrictions*, betragtning 69 og 70.

⁴⁶ Dom af 11. december 2013, *Cisco Systems og Messagenet mod Kommissionen*, T-79/12, EU:T:2013:635, præmis 69.

⁴⁷ Dom af 30. januar 2007, *France Telecom mod Kommissionen*, EU:T:2007:22, T-340/03, præmis 107-108.

⁴⁸ Dom af 14. februar 1978, *United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen*, Case 27/76, EU:C:1978:22, præmis 122 og 124; dom af 13. februar 1979, *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, sag 85/76, EU:C:1979:36, præmis 48.

⁴⁹ Forskrifter med henblik på at styre eller regulere opførelsen, nedrivningen, ændringen eller brugen af jord eller bygninger.

⁵⁰ På lægemiddelmarkederne skal potentielle markedsdeltagere typisk indhente markedsføringstilladelser og forhandle pris- og godtgørelsesbetingelser med de nationale myndigheder; se Kommissionens afgørelse af 10. februar 2021 i sag AT.40394 – *Aspen*, betragtning 67. Se også Kommissionens afgørelse af 4. marts 2024 i sag AT.40437 – *Apple – App Store (musikstreaming)* betragtning 341 og 342. Det omfatter f.eks. også forskrifter, hvorved udførelsen af visse aktiviteter er forbeholdt personer med særlige faglige kvalifikationer.

⁵¹ Jf. f.eks. dom af 23. april 1991, *Höfner mod Macrotron*, C-41/90 P, EU:C:1991:161, præmis 28; se også Kommissionens afgørelse af 2. oktober 2017 i sag AT.39813 – *Baltic rail*, betragtning 162.

⁵² Simpel besiddelse af IP-rettigeheder kan ikke i sig selv anses for at give en dominerende stilling, men det kan under visse omstændigheder skabe en dominerende stilling ved at sætte en virksomhed i stand til at forhindre

konstateret andre ekspansions- eller adgangsbarrierer, der følger af visse fordele, herunder i) et etableret distributions- eller salgsnet⁵³, ii) stordrifts⁵⁴- og samdriftsfordele⁵⁵, iii) vertikal integration og eksklusiv eller præferentiel adgang til input eller kunder⁵⁶, iv) adgang til kritiske råstoffer⁵⁷, v) træghed i lægers ordineringspraksis⁵⁸, vi) brand-image og brand-effekt⁵⁹, vii) datadrevne fordele⁶⁰ og viii) first mover-fordele⁶¹. Andre forhold, der kan skabe ekspansions- eller adgangsbarrierer, er betydelige startomkostninger og høje irreversible omkostninger ("sunk costs")⁶² såvel som omkostninger og andre ulemper ved at skifte til en konkurrent⁶³, herunder adfærdsmæssige tilbøjeligheder⁶⁴.

effektiv konkurrence på markedet; se dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10, EU:C:2012:770, præmis 186 ff. Selv om ejerskab over et standardessentielt patent ikke i sig selv er lig med en dominerende stilling, kan det ikke desto mindre på grundlag af alle relevante faktorer fastslås, at et standardessentielt patent giver anledning til en dominerende stilling i forhold til markedsdeltagerne. Se i den forbindelse Kommissionens afgørelse af 29. april 2014 i sag AT.39985 – Motorola, betragtning 223 og 241, og Kommissionens afgørelse af 29. april 2014 i sag AT.39939 – Samsung, betragtning 46.

⁵³ Dom af 13. februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, sag 85/76, EU:C:1979:36, præmis 48, og Kommissionens afgørelse af 13. maj 2019 i sag AT.40134 – AB InBev beer trade restrictions, betragtning 74.

⁵⁴ Dom af 14. februar 1978, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, sag 27/76, EU:C:1978:22, præmis 122; Kommissionens afgørelse af 22. juni 2011 i sag COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, betragtning 656.

⁵⁵ Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014 i sag AT.39523 – Slovak Telekom, betragtning 332.

⁵⁶ Dom af 14. februar 1978, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, sag 27/76, EU:C:1978:22, præmis 70 ff.; Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014 i sag AT.39523 – Slovak Telekom, betragtning 291. Når størsteparten af virksomhederne i en branche er vertikalt integrerede, kan det være nødvendigt for potentielle nye markedsdeltagere at indtræde markederne på alle niveauer for at kunne konkurrere, hvilket øger de finansielle og ledelsesmæssige ressourcer, der skal til for at kunne indtræde og konkurrere. Vertikal integration kan også give den pågældende virksomhed mulighed for at vanskeliggøre markedsadgang ved at give sig selv fordele, som kun kan duplikeres af andre virksomheder, der er tilsvarende integrerede.

⁵⁷ Kommissionens afgørelse af 24. maj 2018 i sag AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe, betragtning 34.

⁵⁸ Dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, præmis 105; se også dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10-P, præmis 50.

⁵⁹ Dom af 14. februar 1978, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, sag 27/76, EU:C:1978:22, præmis 91-94. Se også Kommissionens afgørelse af 18. juli 2018 i sag AT.40099 – Google Android, betragtning 709 ff., stadfæstet ved dom af 14. september 2022, Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 489; Kommissionens afgørelse af 13. maj 2019 i sag AT.40134 – AB InBev beer trade restrictions, betragtning 74, og Kommissionens afgørelse af 20. december 2022 i sag AT.40462 – Amazon Marketplace og sag AT.40703 – Amazon Buy Box, betragtning 89.

⁶⁰ Dom af 14. september 2022, Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 115; Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017 i sag AT.39740 – Google Search (Shopping), betragtning 287 ff. Datadrevne fordele, som kan skabe adgangsbarrierer, omfatter eksempelvis adgang til unikke data, stordrifts- og samdriftsfordele i forbindelse med data eller datadrevne netværkseffekter.

⁶¹ Dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 278; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2018 i sag AT.40099 – Google Android, betragtning 637.

⁶² Kommissionens afgørelse af 22. juni 2011 i sag COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska, betragtning 648 ff. Kommissionens afgørelse af 20. marts 2019 i sag AT.40411 – Google Search (AdSense), betragtning 242, og Kommissionens afgørelse af 20. december 2022 i sag AT.40462 – Amazon Marketplace og sag AT.40703 – Amazon Buy Box, betragtning 89.

⁶³ Dom af 11. december 2013, Cisco Systems og Messagenet mod Kommissionen, T-79/12, EU:T:2013:635, præmis 73; dom af 14. september 2022, Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 115 og præmis 202 ff.. Se også Kommissionens afgørelse af 4. maj 2017 i sag AT.40153 – E-book MFNs and related matters (Amazon), betragtning 65.

⁶⁴ Dom af 14. september 2022, Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 115 og præmis 184 ff.

31. Navnlige på platformsmarkedene kan netværkseffekter skabe ekspansions- eller adgangsbarrierer. Det skyldes, at en konkurrerende platform, som ønsker at trænge ind på markedet, muligvis vil skulle overbevise en kritisk masse af brugere om at skifte platform. Ved direkte netværkseffekter afhænger brugernes villighed til at skifte til en ny platform af brugerne på den samme side af platformens villighed til at skifte, hvorimod en gruppe brugeres villighed til at skifte til en ny platform ved indirekte netværkseffekter afhænger af gruppen af brugere på den anden side af platformens villighed til at skifte. En ny markedsdeltager kan således have vanskeligt ved at tiltrække et tilstrækkeligt antal brugere til begge sider af platformen på samme tid⁶⁵. Adgangsbarriererne som følge af netværkseffekter kan være endnu større, når brugerne kun benytter én platform ("single-homing")⁶⁶.
32. Hvis de pågældende virksomheder har vedvarende store markedsandele over en længere periode, kan det i sig selv være tegn på tilstedeværelsen af ekspansions- eller adgangsbarrierer⁶⁷.

2.2.3. Modstående købermagt

33. Det er ikke nødvendigvis kun den pågældende virksomheds faktiske eller potentielle konkurrenter, der kan udøve et konkurrencepres, men også kunder med modstående købermagt. Selv en virksomhed med store markedsandele kan forhindres i i betydeligt omfang at handle uafhængigt af kunderne på grund af modstående købermagt⁶⁸. En sådan købermagt kan skyldes kundernes størrelse eller deres kommercielle betydning for den pågældende virksomhed. Modstående købermagt adskiller sig fra almindelig forhandlingsstyrke, som vedrører evnen til at påvirke resultatet af en forhandling i positiv retning⁶⁹. Modstående købermagt henviser til kundernes mulighed for hurtigt at skifte til konkurrerende leverandører, fremme tilgang af nye virksomheder eller foretage vertikal integration eller i det mindste deres mulighed for at fremsætte overbevisende trusler derom. Hvis den modstående købermagt er tilstrækkelig stor, kan den afskrække eller forhindre den pågældende virksomhed i at udøve markedsmagt. Købermagt, der kun sikrer, at en bestemt eller en begrænset del af kunderne beskyttes mod den pågældende virksomheds markedsmagt, kan ikke betragtes som et tilstrækkeligt effektivt pres til at udelukke dominans⁷⁰. Tilstedeværelsen af modstående købermagt er mindre

⁶⁵ Se Kommissionens afgørelse af 4. marts 2024 i sag AT.40437 – Apple – App Store (musikstreaming), betragtning 344 og 345; Kommissionens afgørelse af 20. marts 2019, AT.40411 — Google Search (AdSense), betragtning 249, 250 og 251; Kommissionens afgørelse af 20. december 2022 i sag AT.40462 – Amazon Marketplace og sag AT.40703 – Amazon Buy Box, betragtning 90. Jf. i denne retning dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 171.

⁶⁶ "Single homing" henviser til forbrugernes brug af én platform for et givet produkt i modsætning til brug af flere platforme parallelt for det samme produkt ("multihoming"). Se fodnote 131 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C 1645 af 22.2.2024).

⁶⁷ Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017 i sag AT. 39740 – Google Shopping, præmis 300.

⁶⁸ Dom af 7. oktober 1999, Irish Sugar mod Kommissionen, T-228/97, EU:T:1999:246, præmis 97-104, hvor det blev undersøgt, om virksomhedens angivelige manglende uafhængighed i forhold til kunderne skulle betragtes som en usædvanlig omstændighed, der udelukkede dominans, til trods for at virksomheden tegnede sig for en meget stor del af afsætningen på markedet for industrisukker i Irland. Se også Kommissionens afgørelse af 17. oktober 2013 i sag COMP/39.866 – Ryanair/DAA-Aer Lingus, betragtning 78.

⁶⁹ Kommissionens afgørelse af 29. april 2014, AT.39985 – Motorola, betragtning 242, 243 og 257.

⁷⁰ Kommissionens afgørelse af 29. april 2014 i sag AT.39985 – Motorola Telekom, betragtning 244; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 322.

sandsynlig, når den pågældende virksomhed står over for mange spredte kunder⁷¹, eller når det er meget vanskeligt at skifte væk fra virksomheden⁷².

2.3. Kollektiv dominans

34. Kollektiv dominans kræver, at to eller flere økonomiske enheder, som er juridisk uafhængige af hinanden, økonomisk set fremtræder eller handler samlet på et bestemt marked som en kollektiv enhed⁷³. Hvis dette er tilfældet, bygger vurderingen af dominans generelt på de samme faktorer som ved enedominans⁷⁴. Kollektiv dominans kræver ikke nødvendigvis, at de pågældende virksomheder slet ikke konkurrerer, at de pågældende virksomheder udviser den samme adfærd på markedet i alle henseender, eller at alle de pågældende virksomheder udviser i den misbrugende adfærd⁷⁵. Det er tilstrækkeligt, at den handling, der udgør misbrug, kan identificeres som et udtryk for en kollektiv dominerende stilling⁷⁶.
35. Ved afgørelsen af, om der foreligger kollektiv dominans, er det nødvendigt at undersøge de økonomiske relationer eller faktorer, der giver anledning til en forbindelse mellem de pågældende virksomheder⁷⁷, og som sætter dem i stand til i fællesskab at handle uafhængigt af deres konkurrenter, kunder og forbrugerne⁷⁸. En sådan forbindelse kan være resultatet af karakteren eller ordlyden af en aftale mellem de pågældende virksomheder eller af gennemførelsen af en sådan aftale, eller den kan være resultatet af strukturelle eller andre relationer (f.eks. personlige relationer), forudsat at disse får virksomhederne til at fremstå eller handle i fællesskab som en kollektiv enhed⁷⁹. Det kan være tilfældet, hvis virksomhederne har indgået samarbejdsaftaler, i henhold til hvilke de samordner deres aktiviteter på markedet, eller hvis krydsejerskab, deltagelse i joint

⁷¹ Kommissionens afgørelse af 4. marts 2024 i sag AT.40437 – Apple – App Store (musikstreaming), betragtning 353; Kommissionens afgørelse af 20. december 2012 i sag AT.39230 – Rio Tinto, betragtning 48.

⁷² Kommissionens afgørelse af 20. december 2012 i sag AT.39654 – Reuters Instrument Codes, betragtning 36, Kommissionens afgørelse af 18. juli 2018 i sag AT.40099 – Google Android, betragtning 644 ff., og Kommissionens afgørelse af 10. februar 2021 i sag AT.40394 – Aspen, betragtning 70.

⁷³ Dom af 16. marts 2000, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2000:132, forenede sager C-395/96 P og 396/96 P, præmis 36.

⁷⁴ En kollektiv markedsandel på over 50 % er – i mangel af beviser for det modsatte – et stærkt tegn på den kollektive enheds mulighed for i betydeligt omfang at handle uafhængigt af konkurrenterne, kunderne og i sidste instans forbrugerne; se dom af 30. september 2003, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, EU:T:2003:245, forenede sager T-191/98 og T-212/98 til T-214/98, præmis 932 ff. og dom af 25. marts 1999, Gencor mod Kommissionen, T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 206. Det skal bemærkes, at begrebet "kollektiv dominans" har udviklet sig sideløbende inden for retspraksis vedrørende artikel 102 i TEUF og retspraksis vedrørende fusioner i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 139/2004, og at der i begge henseender anvendes et ensartet begreb; se dom af 26. januar 2005, Laurent Piau mod Kommissionen, T-193/02, EU:T:2005:22, præmis 109, 110 og 111.

⁷⁵ Dom af 30. september 2003, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, EU:T:2003:245, forenede sager T-191/98 og T-212/98 til T-214/98, præmis, 632, 633 og 653 ff.

⁷⁶ Dom af 7. oktober 1999, Irish Sugar mod Kommissionen, T-228/97, EU:T:1999:246, præmis 66. Se også Kommissionens afgørelse af 26. november 2008 i sag COMP/39388 – German Electricity Wholesale Market og sag COMP/39.389 – German Electricity Balancing Market, betragtning 27.

⁷⁷ Dom af 16. marts 2000, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2000:132, forenede sager C-395/96 P og 396/96 P, præmis 41.

⁷⁸ Dom af 16. marts 2000, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2000:132, forenede sager C-395/96 P og 396/96 P, præmis 42.

⁷⁹ Dom af 16. marts 2000, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2000:132, forenede sager C-395/96 P og 396/96 P, præmis 44 og 45.

ventures eller fælles ledelse⁸⁰ eller andre retlige relationer leder til samordning mellem de pågældende virksomheder.

36. Tilstedeværelsen af en aftale eller af strukturelle relationer mellem virksomheder er imidlertid ikke en nødvendig forudsætning for at kunne fastslå, at der foreligger kollektiv dominans⁸¹. Konstateringen af kollektiv dominans kan også ske på grundlag af andre faktorer eller på grundlag af en økonomisk vurdering af strukturen på det berørte marked⁸² og den måde, hvorpå de pågældende virksomheder interagerer på markedet. Når markedets kendetegn gør det lettere for de pågældende virksomheder at vedtage en fælles politik, kan det også fastslås, at der foreligger kollektiv dominans, uden at der foreligger en aftale eller strukturelle relationer⁸³.
37. I de følgende underafsnit redegøres der for de elementer, der er relevante for at fastslå, om der foreligger kollektiv dominans på grundlag af (stiltiende) samordning mellem de pågældende virksomheder⁸⁴. Det første underafsnit vedrører virksomhedernes mulighed for at fastsætte samordningsbetingelser, mens de tre andre underafsnit vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en sådan samordning er holdbar over tid.

2.3.1. Etablering af samordningsbetingelser

38. Sandsynligheden for stiltiende samordning er større, hvis konkurrenterne med lethed kan opnå en fælles forståelse af, hvordan samordningen skal fungere, bl.a. hvilke parametre, der skal være genstand for den påtænkte samordning⁸⁵. Jo enklere og mere stabile de økonomiske forhold er, desto lettere er det generelt for virksomhederne at opnå en fælles forståelse af samordningsbetingelserne, da de har mulighed for at samordne deres adfærd på markedet ved blot at observere og reagere på hinandens adfærd⁸⁶. Hvorvidt et marked kan give anledning til samordning afhænger af det relevante markeds kendetegn. Det er typisk lettere at foretage samordning, når kun få virksomheder er involveret, mens det er vanskeligere, hvis mange virksomheder er involveret⁸⁷. Etablering af samordning kan også være lettere mellem virksomheder, der er forholdsvis ensartede for så vidt angår f.eks. markedsandele⁸⁸, omkostningsstruktur, produktionskapacitet, produktudbud (f.eks. med hensyn til pris eller kvalitet), markedspositionering (f.eks. grad af mærkegenkendelse) og omfang af vertikal integration⁸⁹.

⁸⁰ Der er tale om fælles ledelse, et eller flere medlemmer af ledelsen af en virksomhed også er medlemmer af ledelsen af en anden virksomhed.

⁸¹ Dom af 16. marts 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen*, EU:C:2000:132, forenede sager C-395/96 P og 396/96 P, præmis 45 og dom af 25 marts 1999, *Gencor mod Kommissionen*, T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 273 ff.

⁸² Dom af 16. marts 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen*, EU:C:2000:132, forenede sager C-395/96 P og 396/96 P, præmis 45.

⁸³ Dom af 25. marts 1999, *Gencor mod Kommissionen*, T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 273 og 276.

⁸⁴ Se også dom af 6. juni 2002, *Airtours mod Kommissionen*, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 61 ff., og dom af 26. januar 2005, *Laurent Piau mod Kommissionen*, sag T-193/02, EU:T:2005:22, præmis 111.

⁸⁵ Dom af 10. juli 2008, *Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, C-413/06, EU:C:2008:392, præmis 123.

⁸⁶ Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser ("horisontale retningslinjer") (EUT C 31 af 5.2.2004, s. 45).

⁸⁷ De horisontale retningslinjer, punkt 45.

⁸⁸ Dom af 25. marts 1999, *Gencor mod Kommissionen*, T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 134.

⁸⁹ De horisontale retningslinjer, punkt 48. Forretningsmæssige relationer såsom krydsejerskab eller deltagelse i joint ventures kan også bidrage til en tilpasning af incitamenter og fremme parallel adfærd; se

2.3.2. *Evne til at overvåge overholdelsen af samordningsbetingelserne*

39. Alle virksomhederne skal have mulighed for at vide, om de andre virksomheder vedtager og følger og opretholder den samme strategi⁹⁰. Der skal derfor være tilstrækkelig gennemsigtighed på markedet, til at de virksomheder, der deltager i samordningen, kan få tilstrækkelig præcist og hurtigt kendskab til udviklingen i de andre deltageres adfærd på markedet. Det er lettere at opretholde samordning, når virksomhederne kan holde øje med hinandens adfærd for så vidt angår samordningsparametrene, eller når virksomhederne let kan indhente oplysninger herom⁹¹. Det sikrer, at de andre virksomheder let kan konstatere eventuelle afvigelser fra fokuspunktet og reagere herpå.

2.3.3. *Tilstedeværelsen af en troværdig repressalieordning*

40. For at den fælles praksis skal kunne opretholdes over tid, skal der være et incitament for hver af de deltagende virksomheder til ikke at afvige fra den fælles praksis på markedet⁹². Det kan være tilfældet, når hver virksomhed er klar over, at konkurrencemæssige tiltag fra deres side for at øge deres markedsandel, vil føre til lignende tiltag fra de andre, så der ikke vil være nogen fordel ved et sådant tiltag⁹³. Samordningen vil ikke være holdbar, medmindre en eventuel afvigelse har tilstrækkelig alvorlige og hurtige konsekvenser til at overbevise de samordnende virksomheder om, at det er i deres bedste interesse at overholde den fælles praksis. I dette tilfælde er det truslen om repressalier, der gør samordningen holdbar. Det er tilstrækkeligt, at der findes en troværdig repressalieordning, og der er ikke behov for at fremføre beviser for hverken en trussel om eller den faktiske anvendelse af en repressalieordning⁹⁴.

2.3.4. *Ekstern stabilitet – fravær af pres fra faktiske eller potentielle konkurrenter og fravær af modstående købermagt*

41. For at samordningen kan lykkes, skal faktiske eller potentielle konkurrenters eller kunders handlinger ikke kunne forhindre det forventede resultat med samordningen⁹⁵. Med andre ord må konkurrencepresset fra konkurrenterne eller den modstående købermagt ikke være af et sådant omfang, at det kan forhindre de pågældende virksomheders samordning i at lykkes. Det kræver, at der foretages en undersøgelse af de ikkedeltagende konkurrenters markedsstilling og styrke, af købernes markedsstilling og styrke samt af potentialet for nye markedsdeltagere i lyset af størrelsen af adgangsbarriererne (se afsnit 2).

Kommissionens afgørelse af 13. juni 2000 i sag COMP/M.1673 – VEBA/VIAG, betragtning 226, og Kommissionens afgørelse af 8. november 2011 i sag COMP/M.2567 – Nordbanken/Postgirot, betragtning 54.

⁹⁰ Se dom af 6. juni 2002, Airtours mod Kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 62, første led.

⁹¹ Gennemsigtigheden på markedet afhænger ikke kun af tilgængeligheden af oplysninger, men også af oplysningernes art, dvs. alder, variation og aggregeringsgrad, samt af mulige forsinkelser i indsamlingen af oplysninger.

⁹² Dom af 6. juni 2002, Airtours mod Kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 62, andet led.

⁹³ Dom af 25. marts 1999, Gencor mod Kommissionen, T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 134.

⁹⁴ Dom af 6. juni 2002, Airtours mod Kommissionen, T-342/99, EU:T:2002:146, præmis 195; dom af 13. juli 2006, Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) mod Kommissionen, T-464/04, EU:T:2006:216, præmis 466.

⁹⁵ Se også de horisontale retningslinjer, punkt 56.

42. Analysen af de fire elementer, der er beskrevet i afsnit 2.3.1-2-3.4 bør ikke være rent mekanisk eller foretages på isoleret og abstrakt basis, men bør tage hensyn til en generel ordning med hypotetisk stiltiende samordning⁹⁶.

3. GENERELLE PRINCIPPER FOR VURDERINGEN AF, OM EN DOMINERENDE VIRKSOMHEDS ADFÆRD KAN UDGØRE MISBRUG

3.1. Indledning

43. Dette afsnit indeholder vejledning om de generelle principper, der anvendes ved vurderingen af, om en dominerende virksomheds adfærd kan udgøre misbrug⁹⁷.
44. Dominerende virksomheder har et særligt ansvar for ikke at udvise adfærd, der skader den effektive konkurrence⁹⁸. Dette gælder, uanset om dominerende virksomheder udviser en sådan adfærd direkte eller gennem tredjemands handlinger⁹⁹. Eftersom begrebet misbrug er objektivt, er det normalt ikke nødvendigt at godtgøre, at en virksomhed havde til hensigt at skade den effektive konkurrence, for at fastslå, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling¹⁰⁰.
45. For at afgøre, om en dominerende virksomheds adfærd kan udgøre ekskluderende misbrug er det normalt nødvendigt at fastslå, om adfærden afviger fra konkurrence på ydelser (jf. afsnit 3.2), og om den kan have ekskluderende virkninger (afsnit 3.3)¹⁰¹.
46. Selv om vurderingen af, om en adfærd afviger fra konkurrence på ydelser, adskiller sig begrebsmæssigt fra vurderingen af, om adfærden kan have ekskluderende virkninger, kan visse faktuelle elementer være relevante for begge vurderinger. Afhængigt af sagens omstændigheder kan det være nødvendigt at foretage en forholdsvis mere detaljeret vurdering af, om adfærden afviger fra konkurrence på ydelser, eller om adfærden kan have ekskluderende virkninger.
47. Der er i forbindelse med EU-domstolens praksis blevet udviklet en særlig analytisk ramme til at fastslå, om visse former for adfærd udvist af dominerende virksomheder

⁹⁶ Dom af 10. juli 2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Independent Music Publishers and Labels Association (Impala), C-413/06, EU:C:2008:392, præmis 125 ff.

⁹⁷ Selv om der i afsnit 3, 4 og 5 i disse retningslinjer generelt henvises til en enkelt virksomheds dominerende stilling, gælder alle betragtninger tilsvarende for virksomheder med en kollektiv dominerende stilling.

⁹⁸ Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 135. Det materielle anvendelsesområde for det særlige ansvar skal vurderes under hensyn til de specifikke omstændigheder i den enkelte sag. Se dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen, C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 24.

⁹⁹ Tredjemands handlinger (f.eks. en dominerende virksomheds distributører) kan tilregnes en dominerende virksomhed, hvis det godtgøres, at de pågældende handlinger ikke blev vedtaget uafhængigt af denne tredjemand, men er en del af en politik, som ensidigt er blevet besluttet af den dominerende virksomhed (dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 33).

¹⁰⁰ Se dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 21; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 60-62 og den deri citerede retspraksis; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 45; dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 254-257; dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 359. Bevis for forsæt kan imidlertid udgøre en relevant faktor, der skal tages i betragtning ved vurderingen af misbrug, jf. punkt 70, litra f), i disse retningslinjer.

¹⁰¹ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl. C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 68 og 103, dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 129-131.

udgør en overtrædelse af artikel 102 i TEUF (herefter benævnt "specifikke retlige kriterier")¹⁰². Disse specifikke retlige kriterier er et udtryk for anvendelsen af de generelle principper, der er omhandlet i dette afsnit, på den konkrete adfærd. Når en given adfærd opfylder de specifikke retlige kriterier, anses den således for at kunne udgøre misbrug, fordi den ikke udgør konkurrence på ydelser og kan have ekskluderende virkninger. De specifikke retlige kriterier vedrører fem former for adfærd, som er nærmere beskrevet i afsnit 4.2.

48. Hvis det godtgøres, at en adfærd udvist af en virksomhed i en dominerende stilling kan udgøre misbrug, er det stadig muligt for den pågældende virksomhed at godtgøre, at adfærden enten er objektivt begrundet og står i et rimeligt forhold til denne begrundelse eller opvejes, endog overvindes, af fordele i form af effektivitetsgevinster, der også kommer forbrugerne til gode¹⁰³. Den relevante vurderingsramme i den forbindelse er beskrevet i afsnit 5.

3.2. Adfærd, der afviger fra konkurrence på ydelser

3.2.1. Begrebet adfærd, der afviger fra konkurrence på ydelser

49. Virksomheder i en dominerende stilling har et særligt ansvar for, at deres adfærd ikke kommer til at skade den effektive konkurrence i det indre marked. Samtidig udelukker det forhold, at en virksomhed indtager en dominerende stilling, ikke, at virksomheden ikke må beskytte sine egne forretningsmæssige interesser, hvis de bliver angrebet. En sådan virksomhed kan træffe rimelige og forholdsmæssigt afpassede foranstaltninger, som den finder hensigtsmæssige for at beskytte sine forretningsmæssige interesser, forudsat at formålet hermed ikke er at styrke sin dominerende stilling eller misbrug den¹⁰⁴.
50. Selv om virksomheder i en dominerende stilling altså kan beskytte sig selv mod deres konkurrenter, skal de gøre dette ved hjælp af midler, der kan karakteriseres som konkurrence på ydelser¹⁰⁵. Derfor har EU-domstolene fastslået, at kun adfærd, der ikke udgør konkurrence på ydelser, kan kvalificeres som ekskluderende misbrug i henhold til artikel 102 i TEUF¹⁰⁶.
51. Begrebet konkurrence på ydelser omfatter adfærd, der falder ind under normal konkurrence på grundlag af de erhvervsdrivendes præstationer¹⁰⁷, og som i princippet

¹⁰² Dom af 21. december 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 130.

¹⁰³ Dom af 12. maj 2022, *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.*, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 103.

¹⁰⁴ Dom af 14. februar 1978, *United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen*, sag 27/76, EU:C:1978:22, præmis 189; dom af 2. april 2009, *France Télécom mod Kommissionen*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 46; dom af 30. januar 2020, *Generics UK m.fl.*, C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 149-151; og dom af 30. september 2003, *Atlantic Container Line AB m.fl. mod Kommissionen*, forenede sager T-191/98, T-212/98 til T-214/98, EU:T:2003:245, præmis 1120.

¹⁰⁵ Dom af 12. maj 2022, *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.*, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 74-75.

¹⁰⁶ Dom af 12. maj 2022, *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.*, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 103.

¹⁰⁷ Dom af 17. juli 1998, *ITT Promedia mod Kommissionen*, T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183, præmis 138; dom af 12. maj 2022, *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.*, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 75; dom af 27. marts 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 24 og den deri citerede retspraksis; dom af 12. januar 2023, *Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 107. Se også dom af 3. juli 1991, *Akzo mod Kommissionen*, sag C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 70, og dom af 2. april 2009, *France Telecom mod Kommissionen*, EU:T:2009:214, sag C-202/07 P, præmis 106, hvori der henvises til begrebet "konkurrence på ydelser".

henviser til en konkurrencesituation, hvor forbrugerne drager fordel af lavere priser, bedre kvalitet og større udvalg af nye eller forbedrede varer og tjenester¹⁰⁸. Artikel 102 i TEUF er ikke til hinder for, at konkurrenter, som er mindre effektive end den dominerende virksomhed og dermed mindre interessante for forbrugerne, når det kommer til f.eks. pris, udvalg, kvalitet eller innovation, forsvinder fra eller marginaliseres på markedet som følge af konkurrence på ydelser¹⁰⁹.

52. På den anden side har EU-domstolene fremhævet, at selv om det er godtgjort, at en dominerende virksomhed havde til hensigt at konkurrere på ydelser, er dette ikke tilstrækkeligt til at bevise, at der ikke foreligger misbrug¹¹⁰. Samtidig kan en dominerende virksomhed være nødsaget til at afstå fra at anvende visse former for praksis, der ikke ville kunne anfægtes, hvis de blev anvendt af ikkedominerende virksomheder. Den blotte omstændighed, at adfærden også udvises af ikkedominerende virksomheder på markedet, er ikke tilstrækkelig til at udelukke en afvigelse fra konkurrence på ydelser¹¹¹.

3.2.2. *Relevante forhold i forbindelse med afgørelsen af, om en adfærd afviger fra konkurrence på ydelser*

53. Det fremgår af punkt (47), at en adfærd, der opfylder visse specifikke retlige kriterier, anses for ikke at udgøre konkurrence på ydelser. Det er navnlig tilfældet for de former for adfærd, der beskrives i afsnit 4.2, dvs. eksklusivaftaler¹¹², kombinations- og pakkesalg¹¹³, leveringsnægtelse¹¹⁴, aggressiv prissætning¹¹⁵ og avancepres¹¹⁶, som opfylder de gældende specifikke retlige kriterier.
54. På samme måde anses en adfærd, der ikke følger af en økonomisk interesse hos den dominerende virksomhed andet end at begrænse konkurrencen (såkaldte ikkeskulte begrænsninger, jf. punkt 60, litra c)), også for ikke at udgøre konkurrence på ydelser¹¹⁷.

¹⁰⁸ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 85.

¹⁰⁹ Dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 37; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 45 og 73; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 134; dom af 27. marts 2012, post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 21 og 22.

¹¹⁰ Se dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 22.

¹¹¹ Dom af 17. juli 1998, ITT Promedia mod Kommissionen, T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183, præmis 139; dom af 23. oktober 2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, T-65/98, EU:T:2003:281, præmis 159; dom af 9. september 2009, Clearstream Banking and Clearstream International mod Kommissionen, T-301/04, EU:T:2009:317, præmis 133; dom af 30. september 2003, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, sag T-191/98 og T-212/98 til T-214/98, EU:T:2003:245, præmis 1124 og 1460.

¹¹² Dom af 13. februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 89-91; dom af 23. oktober 2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, T-65/98, EU:T:2003:281, præmis 157-159. Jf. afsnit 4.2.1 i disse retningslinjer.

¹¹³ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 1046-1047 og 1069-1070. Jf. afsnit 4.2.2 i disse retningslinjer.

¹¹⁴ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 79 og 83. Jf. afsnit 4.2.3 i disse retningslinjer.

¹¹⁵ Dom af 3. juli 1991, Akzo mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 70-72. Jf. afsnit 4.2.4 og punkt 56 i disse retningslinjer.

¹¹⁶ Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 43. Jf. afsnit 4.2.5 og punkt 56 i disse retningslinjer.

¹¹⁷ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 77; dom af 26. januar 2022, Intel Corp. mod Kommissionen, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, præmis 96, med stadfæstelse

55. Hvad angår anden adfærd skal det godtgøres, at den afviger fra konkurrence på ydelser på grundlag af sagens specifikke omstændigheder. EU-domstolene har fastslået, at følgende faktorer er relevante for vurderingen¹¹⁸:
- a) om den dominerende virksomhed forhindrer forbrugerne i at udøve deres valg på basis af produkternes ydelser, herunder produktkvalitet¹¹⁹
 - b) om den dominerende virksomhed giver vildledende oplysninger til administrative eller retslige myndigheder eller organer¹²⁰ – eller misbruger lovbestemte procedurer – med henblik på at forhindre eller vanskeliggøre konkurrenternes indtræden på markedet¹²¹
 - c) om den dominerende virksomhed overtræder regler på andre områder (f.eks. databeskyttelseslovgivningen) og dermed påvirker et væsentligt konkurrenceparameter, som f.eks. pris, udvalg, kvalitet eller innovation¹²²
 - d) om den dominerende virksomheds adfærd består i eller muliggør tendentiøs eller diskriminerende behandling, der begunstiger den selv på bekostning af dens konkurrenter¹²³
 - e) om den dominerende virksomhed ændrer sin hidtidige adfærd på en måde, der betragtes som unormal eller urimelig i lyset af de pågældende markedsforhold, f.eks. en uberettiget afbrydelse af en eksisterende forretningsforbindelse¹²⁴
 - f) om en hypotetisk konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, ikke har mulighed for at udvise samme adfærd, bl.a. fordi en sådan adfærd kræver udnyttelse af ressourcer eller midler, som følger af den dominerende stilling, navnlig for at udbrede eller styrke denne stilling på det samme eller et andet marked¹²⁵.
56. I forbindelse med visse former for prispraksis, navnlig aggressiv prissætning (afsnit 4.2.4) og avancepres (afsnit 4.2.5), skal der anvendes et pris-omkostningskriterie for at

af konstateringen i dom af 12. juni 2014, Intel mod Kommissionen, T-286/09, EU:T:2014:547, præmis 210; dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 131.

¹¹⁸ Dette er ikke en udtømmende liste over alle de faktorer, der kan være relevante for afgørelsen af, om en given adfærd afviger fra konkurrence på ydelser. Samtidig kan en enkelt faktor være tilstrækkelig til at fastslå, at en given adfærd afviger fra konkurrence på ydelser i lyset af sagens specifikke omstændigheder.

¹¹⁹ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, især præmis 1046-1047, 1057-1058 og 1069-1070. Se også dom af 23. oktober 2023, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, T-65/98, EU:T:2003:281, præmis 148, 152 og 157.

¹²⁰ Dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 98.

¹²¹ Dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 134; dom af 17. juli 1998, ITT Promedia mod Kommissionen, T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183, præmis 72.

¹²² Dom af 4. juli 2023, Meta Platforms m.fl. (almindelige betingelser for anvendelsen af et socialt netværk), C-252/21, EU:C:2023:537, præmis 47 og 51.

¹²³ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 96-99; dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 131 og 135.

¹²⁴ Dom af 6. marts 1974, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen, forenede sager C-6/73 og C-7/73, EU:C:1974:18, præmis 25; dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 179 og 616.

¹²⁵ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 78, 91 og 92.

fastslå, om en dominerende virksomheds adfærd afviger fra konkurrence på ydelser¹²⁶. Når der anvendes et pris-omkostningskriterie for at fastslå, om en adfærd afviger fra konkurrence på ydelser, kan resultatet heraf også være relevant for vurderingen af, hvorvidt den pågældende adfærd kan have ekskluderende virkninger¹²⁷. Til gengæld er pris-omkostningskriteriet normalt ikke egnet i forbindelse med vurderingen af, om ikkeprismæssige former for praksis afviger fra konkurrence på ydelser¹²⁸.

57. En adfærd, der ved første øjekast ikke afviger fra konkurrence på ydelser (f.eks. prisfastsættelse over de gennemsnitlige samlede omkostninger), og som derfor normalt ikke er i strid med artikel 102 i TEUF, kan under særlige omstændigheder anses for at afvige fra konkurrence på ydelser ud fra en analyse af alle retlige og faktuelle elementer, herunder i) markedsdynamikken, ii) den dominerende stillings omfang og iii) de specifikke kendetegn ved den pågældende adfærd.
58. Hvis en dominerende virksomhed hævder, at dens adfærd svarer til konkurrence på ydelser, fordi de faktiske eller potentielle ekskluderende virkninger, som den pågældende adfærd medfører i den konkrete sag opvejes af fordele med hensyn til effektivitetsgevinster, som kommer forbrugerne til gode, undersøges dette argument som led i vurderingen af de objektive begrundelser (se afsnit 5)¹²⁹.

3.3. Evne til at have ekskluderende virkninger

3.3.1. Bevisbyrde for at godtgøre, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger

59. EU-domstolene har fastsat regler vedrørende bevisbyrden, når det skal godtgøres, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger, som afhænger af typen af adfærd, sandsynligheden for, at den vil have ekskluderende virkninger og de relevante omstændigheder.
60. Der er navnlig tale om følgende former for adfærd:
- a) *adfærd, hvor det er nødvendigt at godtgøre, at den kan have ekskluderende virkninger*: Som hovedregel er det for at fastslå, at en adfærd kan udgøre misbrug, nødvendigt på grundlag af specifikke og konkrete analysepunkter og beviser at

¹²⁶ Dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 55; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 80-82.

¹²⁷ Navnlig kan den omstændighed, at pris-omkostningskriteriet er opfyldt, føre til en formodning om, at den pågældende adfærd kan have ekskluderende virkninger i tilfælde af aggressiv prissætning (se punkt 111 og 112) og avancepres, hvis der er et negativt spænd (se punkt 128). I forbindelse med rabatter og avancepres med et positivt spænd vil anvendelsen af et pris-omkostningskriterie, der viser, at selv en hypotetisk lige så effektiv konkurrent ikke vil kunne matche den dominerende virksomheds adfærd, være en relevant faktor for undersøgelsen af, hvorvidt den pågældende adfærd kan have ekskluderende virkninger (se især punkt 129 og 145, litra f)).

¹²⁸ Dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 57; dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 539. Ikke desto mindre kan relevansen af pris-omkostningskriteriet ikke automatisk udelukkes, når det er muligt på pålidelig vis at kvantificere de ikkeprismæssige elementer af den pågældende adfærd, jf. dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 59.

¹²⁹ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 85 og 86; dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 188 og 266. Jf. også afsnit 5 i disse retningslinjer.

godtgøre, at den pågældende adfærd kan have ekskluderende virkninger¹³⁰. En dominerende virksomhed kan også forelægge tilstrækkeligt bevis for, at adfærden er objektivt begrundet (se afsnit 5).

- b) *adfærd, der formodes at have ekskluderende virkninger*: Visse former for adfærd anses typisk for at have stort potentiale til at have ekskluderende virkninger. De er derfor omfattet af en formodning for så vidt angår deres evne til at have ekskluderende virkninger¹³¹. Som nærmere beskrevet i afsnit 4.2, gælder denne formodning for i) eksklusive leverings- eller købsaftaler¹³² ii) rabatter, som er afhængige af eksklusivitet¹³³ iii) aggressiv prissætning¹³⁴ iv) avancepres med negative spreads¹³⁵ og v) visse former for kombinationssalg¹³⁶. Når det fastslås, at en virksomhed faktisk har udvist en bestemt adfærd, om nødvendigt med udgangspunkt i de specifikke retlige kriterier, kan det formodes, at adfærden har ekskluderende virkninger.

En virksomhed i en dominerende stilling kan forsøge at afkræfte formodningens bevisværdi i det konkrete tilfælde ved at fremsætte dokumentation for, at adfærden ikke kan have ekskluderende virkninger¹³⁷. Afhængigt af sagens konkrete omstændigheder er der forskellige måder, hvorpå det kan godtgøres, at en adfærd ikke kan have ekskluderende virkninger. Virksomheden kan f.eks. forsøge at afkræfte formodningen ved at fremlægge dokumentation for, at sagens omstændigheder adskiller sig væsentligt fra de baggrundsantagelser, som formodningen bygger på, og at enhver potentiel virkning dermed er rent hypotetisk.

Den dokumentation, som den dominerende virksomhed fremlægger som led i den administrative procedure, er bestemmende for omfanget af Kommissionens undersøgelsesforpligtelse, dvs. at Kommissionen vil undersøge, om formodningen kan afkræftes som følge af de argumenter og den dokumentation, den dominerende virksomhed fremlægger som led i proceduren.

Det fastslås, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger, hvis Kommissionen enten:

- i) godtgør, at de argumenter og den dokumentation, som den dominerende virksomhed har fremlagt, ikke er tilstrækkelige til at rejse tvivl om

¹³⁰ Dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:120, præmis 41-42, og dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 130.

¹³¹ Selv om EU-domstolene ikke altid udtrykkeligt har anvendt begrebet "formodning" for hver af disse former for praksis, er Kommissionen af den opfattelse, at der i forbindelse med retspraksis er blevet udviklet værktøjer, der i forbindelse med disse retningslinjer kan beskrives og konceptualiseres som "formodninger". Derfor anvendes begrebet "formodning" (eller "formodes") i disse retningslinjer til at fordele den bevisbyrde, der følger af anvendelsen af de specifikke retlige kriterier, som EU-domstolene har fastlagt.

¹³² Jf. afsnit 4.2.1 i disse retningslinjer.

¹³³ Jf. afsnit 4.2.1 i disse retningslinjer.

¹³⁴ Jf. afsnit 4.2.4 i disse retningslinjer.

¹³⁵ Jf. afsnit 4.2.5 i disse retningslinjer.

¹³⁶ Der kan foreligge en formodning afhængigt af de berørte markeders og produkters særlige kendetegn. Jf. punkt 95 og fodnote 234.

¹³⁷ Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 138; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 47-48.

formodningen, f.eks. på grund af bevisernes utilstrækkelige bevisværdi eller det forhold, at argumenterne vedrører teoretiske antagelser og ikke de faktiske konkurrenceforhold på markedet¹³⁸, eller

- ii) fremlægger beviser for, at den pågældende adfærd kan have ekskluderende virkninger. Omfanget og arten af undersøgelsen vil nødvendigvis afhænge af omfanget og arten af de argumenter og den dokumentation, som den dominerende virksomhed forelægger.

Selv i det scenario, der er beskrevet i litra ii), skal Kommissionens undersøgelse, eftersom den pågældende adfærd har stort potentiale til at have ekskluderende virkninger, tage fornødent hensyn til en formodnings bevisværdi, i forbindelse med den overordnede vurdering af alle beviserne i lyset af alle de relevante retlige og økonomiske omstændigheder.

En dominerende virksomhed kan også søge at godtgøre, at adfærden er objektivt begrundet. I forbindelse med den afvejning, der foretages i den forbindelse, skal der lægges tilstrækkelig vægt på det forhold, at adfærden har stort potentiale til at have ekskluderende virkninger (se afsnit 5).

- c) *Ikkeskjulte begrænsninger*: Visse former for adfærd udvist af en dominerende virksomhed har ingen anden økonomisk interesse for den pågældende virksomhed end at begrænse konkurrencen. Disse former for adfærd kan i sagens natur begrænse konkurrencen¹³⁹. Kun i ganske særlige tilfælde vil en dominerende virksomhed kunne godtgøre, at adfærden henset til sagens specifikke omstændigheder ikke kan have ekskluderende virkninger. Ikkeskjulte begrænsninger kan være: i) betalinger fra den dominerende virksomhed til kunder, som er betingede af, at kunderne udsætter eller annullerer lanceringen af produkter, som er baseret på produkter, der udbydes af den dominerende virksomheds konkurrenter¹⁴⁰, ii) at den dominerende virksomhed aftaler med sine distributører, at de vil skifte et konkurrerende produkt ud med virksomhedens eget produkt under trusler om, at den vil trække de rabatter, de ellers har modtaget, tilbage¹⁴¹, eller iii) at den dominerende virksomhed aktivt demonterer infrastruktur, der benyttes af en konkurrent¹⁴².

¹³⁸ Jf. i denne retning dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 428.

¹³⁹ Jf. i denne retning dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 131, 148 og 185; Kommissionens afgørelse af 22. september 2009 i sag AT.37990 – Intel, betragtning 10, og dom af 26. januar 2022, Intel Corp. mod Kommissionen, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, præmis 96, med stadfæstelse af konstateringen i dom af 12. juni 2014, Intel mod Kommissionen, T-286/09, EU:T:2014:547, præmis 210.

¹⁴⁰ Dom af 26. januar 2022, Intel Corp. mod Kommissionen, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, præmis 96. Rettens konstateringer vedrørende ulovligheden af ikkeskjulte begrænsninger har fået retskraft. – Se dom af 26. januar 2022, Intel Corp. mod Kommissionen, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, præmis 531, og Kommissionens afgørelse af 22. september 2009 i sag AT.37990 – Intel, præmis 6.

¹⁴¹ Jf. i denne retning dom af 7. oktober 1999, Irish Sugar mod Kommissionen, T-228/97, EU:T:1999:246, præmis 228-234.

¹⁴² Jf. i denne retning dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21, EU:C:2023:12, præmis 83-84 og 89-91.

Selv om det i princippet står den dominerende virksomhed frit for at forsøge at godtgøre, at den ikkeskjulte begrænsning er objektivt begrundet, er det meget usandsynligt, at en sådan adfærd kan begrundes (se afsnit 5).

3.3.2. Materiel retlig standard for at fastslå, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger

61. I henhold til den retlige standard, der anvendes i de tilfælde, hvor bevisbyrden ikke i første omgang kan løftes på grundlag af punkt 60, litra b) og c), skal Kommissionen godtgøre, at en adfærd i det mindste har evnen til at have ekskluderende virkninger¹⁴³. Selv om de pågældende virkninger skal være mere end blot af hypotetisk karakter¹⁴⁴, er det for at fastslå, at en adfærd kan udgøre misbrug, ikke nødvendigt at godtgøre, at den pågældende adfærd rent faktisk har haft ekskluderende virkninger¹⁴⁵.
62. Vurderingen af, om en adfærd kan have ekskluderende virkninger, skal baseres på de faktiske forhold og omstændigheder, der forelå på det tidspunkt, hvor adfærden blev udvist¹⁴⁶. I den forbindelse er det tilstrækkeligt at godtgøre, at adfærden havde evnen til at fjerne den forretningsmæssige uvished om, hvorvidt de konkurrenter, der eksisterede på det tidspunkt, hvor den pågældende adfærd blev udvist, ville indtræde eller ekspandere på markedet¹⁴⁷. Hvis det fastslås, at en adfærd objektivt set kan begrænse konkurrencen¹⁴⁸, kan dette desuden ikke drages i tvivl af tredjemands reaktion¹⁴⁹.
63. Hvis en adfærd har eksisteret tilstrækkelig længe, kan det ved at identificere den markedsudvikling, der har været efter adfærden, være muligt at godtgøre, at den har haft ekskluderende virkninger. Dette kan på sin side bekræfte, at adfærden rent faktisk kunne have ekskluderende virkninger.
64. Det forhold, at en adfærd ikke har haft *faktiske* ekskluderende virkninger, kan ikke i sig selv afkræfte dens *evne* til at have ekskluderende virkninger. Fraværet af faktiske ekskluderende virkninger kan skyldes flere forhold, f.eks. ændringer, der er opstået på det relevante marked, efter at den pågældende adfærd begyndte at blive udvist, men som ikke er relateret til adfærden, det forhold, at den dominerende virksomhed ikke var i

¹⁴³ For begrebet "ekskluderende virkninger" henvises til punkt 6 i disse retningslinjer samt til dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 50. Se også dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 77, og dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 68.

¹⁴⁴ Dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 65; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 98; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 42. En praksis kan ikke kvalificeres som misbrug, hvis den er forblevet i forberedelsesfasen (jf. dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 43).

¹⁴⁵ Dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 41 og den deri citerede retspraksis.

¹⁴⁶ Dom af 6. december 2012, AstraZeneca mod Kommissionen, C-457/10 P, EU:C:2012:770, præmis 110.

¹⁴⁷ Se i forbindelse med artikel 101 i TEUF dom af 8. september 2016, Lundbeck mod Kommissionen, T-472/13, EU:T:2016:449, præmis 363.

¹⁴⁸ Domstolen har også henvist til adfærdens "iboende evne" til at skabe virkninger; se dom af 6. september 2017, C-413/14 P, Intel mod Kommissionen, EU:C:2017:632, præmis 140; dom af 14. september 2022, T-604/18, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), EU:T:2022:541, præmis 640-641.

¹⁴⁹ Dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 360.

stand til fuldt ud at gennemføre den strategi, der lå til grund for adfærden¹⁵⁰, eller det forhold, at tredjeparter ikke reagerede som ventet¹⁵¹. Fraværet af faktiske ekskluderende virkninger er ikke tilstrækkeligt til at udelukke anvendelsen af artikel 102 i TEUF, og kan kun betragtes som et indicium på, at den pågældende adfærd ikke havde evnen til at have ekskluderende virkninger¹⁵². Den berørte virksomhed skal understøtte alle indicier med dokumentation, der godtgør, at fraværet af faktiske virkninger rent faktisk skyldes, at adfærden ikke kunne have sådanne virkninger¹⁵³.

65. De faktiske eller potentielle ekskluderende virkninger, der konstateres i forbindelse med analysen, skal kunne tilskrives den pågældende adfærd¹⁵⁴. Den pågældende adfærd behøver dog ikke nødvendigvis være den eneste årsag til de ekskluderende virkninger¹⁵⁵. Det er tilstrækkeligt at godtgøre, at adfærden er med til at øge sandsynligheden for de ekskluderende virkninger på markedet¹⁵⁶.
66. Rent konceptuelt kræver analysen af en adfærds evne til at have ekskluderende virkninger, at der foretages en sammenligning af den situation, hvor adfærden gjorde sig gældende, med en situation uden adfærden. Det kan typisk gøres ved at sammenligne markedssituationen henholdsvis før og efter den pågældende adfærd¹⁵⁷.
67. I nogle tilfælde kan det være hensigtsmæssigt at tage udgangspunkt i et alternativt hypotetisk scenario, hvor adfærden ikke udvises, og hvor der også tages udgangspunkt i visse sandsynlige markedsudviklinger¹⁵⁸. Da det er vanskeligt at fastlægge troværdige antagelser, er det ikke nødvendigt at tage højde for alle mulige ændringer og kombinationer af resultater og omstændigheder, der kunne være opstået uden adfærden. Det er tilstrækkeligt at fastslå et plausibelt udfald blandt forskellige mulige udfald¹⁵⁹. En sådan sammenligning er under alle omstændigheder ikke altid nødvendig, navnlig når virksomhedens adfærd har gjort det meget vanskeligt eller umuligt at fastslå de objektive årsager til den konstaterede markedsudvikling¹⁶⁰.

¹⁵⁰ Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 65; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 54-55.

¹⁵¹ Dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 602.

¹⁵² Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 56.

¹⁵³ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 56.

¹⁵⁴ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 441.

¹⁵⁵ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 412.

¹⁵⁶ Jf. i denne retning dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 412. Det forhold, at andre faktiske omstændigheder eller anden adfærd også kan være med til at øge sandsynligheden for de foreliggende ekskluderende virkninger, er ikke til hinder for, at det fastslås, at en given adfærd udgør misbrug.

¹⁵⁷ Jf. i denne retning dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 377 og 452-454.

¹⁵⁸ Dette vil f.eks. være hensigtsmæssigt i tilfælde, hvor der har været en udvikling på markedet, som med tilstrækkelig sandsynlighed ville have fundet sted uafhængigt af adfærden.

¹⁵⁹ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 377 og 378.

¹⁶⁰ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 98-99. Se også dom af 14. september 2022, T-604/18, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), EU:T:2022:541, præmis 893, hvor Retten fandt, at det ikke er nødvendigt at foretage en kontrafaktisk analyse "for at vurdere de hypotetiske konsekvenser, der i mangel af [...] misbrug kunne være set", hvis der med andre midler eller anden dokumentation er ført tilstrækkeligt bevis for virkningerne.

3.3.3. *Elementer, der kan være relevante for vurderingen af en adfærds evne til at have ekskluderende virkninger*

68. En adfærd kan finde sted og have ekskluderende virkninger på såvel de dominerede markeder som de ikkedominerede markeder¹⁶¹. Den materielle retlige standard for at påvise, at en adfærd har ekskluderende virkninger, er den samme, uanset om virkningerne finder sted på det dominerede marked eller på et andet marked, som er relateret til det dominerede marked¹⁶². Ved vurderingen af virkningerne på et domineret marked kan der desuden tages hensyn til, at konkurrencen på et sådant marked allerede er svækket som følge af den dominerende virksomheds tilstedeværelse.
69. Ved vurderingen af, om en adfærd kan have ekskluderende virkninger, skal der tages hensyn til alle de faktiske forhold og omstændigheder, der er relevante for den pågældende adfærd¹⁶³. Formålet med vurderingen bør være på grundlag af specifikke og konkrete analysepunkter og beviser at fastslå, at adfærden i det mindste har evnen til at have ekskluderende virkninger¹⁶⁴.
70. De relevante faktiske forhold og omstændigheder, der skal tages i betragtning i analysen, og deres relative betydning kan variere afhængigt af den konkrete sag. De kan bl.a. omfatte følgende:
- a) *den dominerende virksomheds stilling*. Jo større en dominerende stilling en virksomhed har, jo mere sandsynligt er det normalt, at dens adfærd kan have ekskluderende virkninger¹⁶⁵.
 - b) *forholdene på det relevante marked*. Dette omfatter adgangs- og ekspansionsbetingelser såsom stordrifts- eller samdriftsfordele og netværkseffekter¹⁶⁶. Stordriftsfordele indebærer, at det er mindre sandsynligt, at konkurrenter vil komme ind på markedet eller blive på markedet, hvis den dominerende virksomhed sidder på en væsentlig del af det relevante marked. På samme måde kan den dominerende virksomheds adfærd give den mulighed for at

¹⁶¹ Jf. i denne retning dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 163-164; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 84-87.

¹⁶² Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 437.

¹⁶³ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 51 og 72; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 40; dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 154; dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 42.

¹⁶⁴ Dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 42, 51 og 52, og dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 130.

¹⁶⁵ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 183; dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 39; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 81.

¹⁶⁶ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 226; dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 562, 1061 og 1062.

"tipe" et marked, der er karakteriseret ved netværkseffekter, over til sin egen fordel eller at konsolidere sin stilling yderligere på et sådant marked¹⁶⁷.

- c) *den stilling, den dominerende virksomheds konkurrenter indtager.* Dette omfatter de faktiske eller potentielle konkurrenters betydning for opretholdelsen af en effektiv konkurrence. En bestemt konkurrent kan, selv med blot en beskeden markedsandel, spille en væsentlig konkurrencemæssig rolle i forhold til andre konkurrenter. Selv om den kun har en beskeden markedsandel, kan en konkurrent f.eks. i) være en nær konkurrent til den dominerende virksomhed, ii) være en særligt innovativ konkurrent, eller iii) have ry for systematisk at sætte priserne ned. Selv om konkurrenternes stilling er relevant for vurderingen, kan en adfærd evne til at have ekskluderende virkninger ikke drages i tvivl af de handlinger, som disse konkurrenter har – eller kunne have – udført for at begrænse virkningerne af den dominerende virksomheds adfærd¹⁶⁸.
- d) *omfanget af det påståede misbrug af en dominerende stilling.* Jo større en andel af den samlede afsætning på det relevante marked, der påvirkes af den pågældende virksomheds adfærd, desto længere vil denne adfærd normalt vare, og jo mere regelmæssigt virksomheden har udvist den pågældende adfærd, desto større er dens evne til at have ekskluderende virkninger¹⁶⁹. Samtidig kan selv en adfærd, der kun påvirker en lille andel af den samlede afsætning på det relevante marked, have ekskluderende virkninger, f.eks. hvis de kunder eller det markedssegment, som adfærden er rettet mod, har strategisk betydning med hensyn til adgang eller ekspansion (se litra e))¹⁷⁰
- e) *kundernes eller inputleverandørernes stilling.* Den dominerende virksomhed kan udvise sin adfærd udelukkende over for udvalgte kunder eller leverandører af input, der kan være af særlig betydning for konkurrenternes markedsadgang eller ekspansion¹⁷¹. Disse kunder eller leverandører i) kan anvende særlige metoder til distribution af produktet, der ville være yderst egnede for en ny virksomhed, ii) kan være beliggende i et geografisk område, der er velegnet til ny markedsadgang, eller iii) ville formodentlig kunne påvirke andre kunders adfærd. Hvad angår kunder kan det f.eks. være de kunder, der lettest og med størst sandsynlighed kan støtte alternative upstream-konkurrenters markedsadgang eller ekspansion. Hvad angår inputleverandører kan det være dem, der lettest og med størst sandsynlighed kan støtte konkurrenters markedsadgang eller ekspansion på et downstream-marked, eller dem, der producerer det produkt – eller har deres produktion på et sted – der er særlig velegnet for en ny virksomhed.

¹⁶⁷ Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019 i sag AT.40608 – Motorola, betragtning 475 og 478.

¹⁶⁸ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 102.

¹⁶⁹ Dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 68; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 139; dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 640; og dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 44 og 48.

¹⁷⁰ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 696.

¹⁷¹ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 904, 1038 og 1049 ff., Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 399-406 og 1218.

- f) *bevis på en ekskluderende strategi.* Selv om misbrug af en dominerende stilling er et objektivt begreb, hvor det ikke er nødvendigt at godtgøre en hensigt om eksklusion (se punkt 44)¹⁷², kan det stadig være relevant at påvise en sådan hensigt, når det skal fastslås, om der er tale om misbrug¹⁷³. Beviser herfor kan omfatte i) interne dokumenter, der beskriver en strategi om at ekskludere faktiske eller potentielle konkurrenter, f.eks. planer om at udvise en bestemt adfærd for at udelukke en konkurrent, forhindre markedsadgang eller forhindre, at der opstår et nyt marked, eller ii) konkrete trusler om ekskluderende tiltag¹⁷⁴.
- g) *bevis vedrørende den faktiske markedsudvikling.* Selv om det ikke er nødvendigt at godtgøre, at den pågældende adfærd har haft faktiske ekskluderende virkninger (se punkt 61), kan den dominerende virksomheds og dens konkurrenters resultater på markedet efter gennemførelsen af den pågældende adfærd – hvis denne adfærd er blevet udvist i tilstrækkelig lang tid – påvise adfærdens evne til at have ekskluderende virkninger¹⁷⁵. Navnlig i) kan den dominerende virksomheds markedsandel være steget, ii) kan et hurtigere og større fald i den dominerende virksomheds markedsandel være blevet forhindret, iii) kan faktiske konkurrenter være blevet marginaliseret eller have forladt markedet, iv) kan potentielle konkurrenter have forsøgt at komme ind på markedet og fejlet, eller v) kan faktiske eller potentielle konkurrenters evne eller incitament til at udsætte den dominerende virksomhed for et konkurrencepres være blevet mindsket¹⁷⁶.

3.3.4. *Elementer, der ikke er nødvendige for at godtgøre evnen til at have ekskluderende virkninger*

71. Som forklaret i punkt 61 er det for at fastslå, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger, ikke nødvendigt at påvise en faktisk konkurrencemæssig skade, dvs. at den dominerende virksomheds adfærd rent faktisk har haft ekskluderende virkninger. For at fastslå, at en adfærd kan begrænse konkurrencen, er det heller ikke nødvendigt at fastslå

¹⁷² Se imidlertid punkt 111, litra b), i disse retningslinjer for så vidt angår det specifikke retlige kriterium for at påvise en hensigt i forbindelse med aggressiv prissætning på prisniveauer mellem de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) og de gennemsnitligt samlede omkostninger (ATC).

¹⁷³ Dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 162 og den deri nævnte retspraksis; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 63; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 45; dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 359; dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 254.

¹⁷⁴ Dom af 9. december 2010, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, T-155/06, EU:T:2010:370, præmis 35; dom af 22. marts 2012, Slovak Telekom mod Kommissionen, T-458/93 og T-171/93, EU:T:2012:145, præmis 61; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 1118-1119 ff.

¹⁷⁵ Jf. i denne retning dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08, EU:T:2010:603, præmis 258-259; dom af 29. marts 2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen T-336/07, EU:T:2012:172, præmis 402; dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 1078 ff. Se punkt 63 og 64.

¹⁷⁶ Jf. punkt 6 i disse retningslinjer. Se endvidere dom af 15. marts 2007, British Airways mod Kommissionen, sag T-219/99 P, EU:T:2003:343, præmis 297-298, dom af 8. oktober 1996, Compagnie maritime belge transports og Compagnie maritime belge, Dafa-Lines, Deutsche Afrika-Linien og Nedlloyd Lijnen mod Kommissionen, forenede sager T-24/93, T-25/93, T-26/93 og T-28/93, EU:T:1996:139, præmis, 149; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 55-56.

den pågældende adfærds rentabilitet, da det ville indebære, at det skal påvises, at adfærden rent faktisk har ekskluderende virkninger¹⁷⁷.

72. Det er heller ikke nødvendigt at bevise, at adfærden direkte har skadet forbrugerne, dvs. at den dominerende virksomhed rent faktisk har påvirket priserne eller andre konkurrenceparametre såsom produktion, innovation, udvalg eller kvalitet af produkterne eller tjenesterne til skade for forbrugerne¹⁷⁸.
73. Ved vurderingen af, om en adfærd kan have ekskluderende virkninger, skal det heller ikke godtgøres, at de faktiske eller potentielle konkurrenter, som påvirkes af adfærden, er lige så effektive som den dominerende virksomhed¹⁷⁹.
74. Ved vurderingen af, om en adfærd kan have ekskluderende virkninger, skal det heller ikke godtgøres, at adfærden muliggøres som følge af den dominerende stilling¹⁸⁰.
75. Endelig er der ingen bagatelgrænse for at fastslå, om en adfærd er i strid med artikel 102 i TEUF¹⁸¹. Enhver faktisk eller potentiel ekskluderende virkning af en adfærd, som afviger fra konkurrence på ydelser, vil yderligere svække konkurrencen, og vil derfor være omfattet af artikel 102 i TEUF. Når det er fastslået, at der foreligger en faktisk eller potentiel virkning, er det ikke nødvendigt at godtgøre, at den er alvorlig eller mærkbar¹⁸². På samme måde kan en dominerende virksomheds adfærd, som påvirker en væsentlig del af markedet, ikke begrundes ved, at det godtgøres, at den resterende del af markedet stadig er tilstrækkeligt til at skabe plads til et begrænset antal konkurrenter¹⁸³.

4. PRINCIPPER FOR VURDERINGEN AF, OM BESTEMTE FORMER FOR ADFÆRD KAN UDGØRE MISBRUG

4.1. Indledning

76. Dette afsnit indeholder vejledning om visse kategorier af adfærd, der har været genstand for domme afsagt af EU-domstolene, dvs. adfærd, der er underlagt specifikke retlige kriterier (afsnit 4.2) og adfærd, der ikke er underlagt specifikke retlige kriterier (afsnit 4.3).

¹⁷⁷ Domstolen har som svar på argumenter fremsat af parterne i forbindelse med f.eks. aggressiv prissætning afvist, at der påligger en pligt for Kommissionen til at påvise, at et misbrug har medført en økonomisk gevinst. Jf. dom af 2. april 2009, France Télécom mod Kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 110-113.

¹⁷⁸ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 44 og 47; dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 443.

¹⁷⁹ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 540-541.

¹⁸⁰ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 91; dom af 21. februar 1973, Europemballage Corporation og Continental Can Company mod Kommissionen, C-6/72, EU:C:1973:22, præmis 27. Se også dom af 1. juli 2010, AstraZeneca mod Kommissionen, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 354. Det forhold, at en adfærd kræver udnyttelse af ressourcer eller midler, som er en følge af den dominerende stilling, kan imidlertid være tegn på, at adfærden afviger fra konkurrence på ydelser, jf. punkt 55, litra f).

¹⁸¹ Jf. i denne retning dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 72-73.

¹⁸² Jf. i denne retning dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 74.

¹⁸³ Dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, præmis 42; dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 161.

4.2. Adfærd, der er underlagt specifikke retlige kriterier

77. I dette afsnit behandles fire former for misbrug, for hvilke der er udviklet et specifikt retligt kriterium som beskrevet i punkt 47.

4.2.1. Eksklusivaftaler

78. Eksklusivaftaler henviser til forskellige former for forpligtelse af kunder eller leverandører til at dække hele eller en væsentlig del¹⁸⁴ af deres behov ved at købe fra eller sælge til den dominerende virksomhed eller til incitamentsordninger, som er betingede af, at kunden eller leverandøren dækker hele eller en væsentlig del af sit behov ved at købe fra eller sælge til den dominerende virksomhed.
79. Eksklusivaftaler kan følge af arrangementer, som skaber en formel eksklusivitetsforpligtelse, eller af arrangementer, som ikke eksplicit, men i praksis svarer til en eksklusivitetsforpligtelse, eller en blanding heraf. Eksklusivaftaler kan udgøre misbrug, også selv om de indgås efter anmodning fra den dominerende virksomheds aftaleparter¹⁸⁵.
80. Eksklusivaftaler, der følger af formelle kontraktlige aftaler, kan antage forskellige former: i) en "eksklusiv købsforpligtelse", der pålægger kunden en forpligtelse eller indebærer et løfte fra dennes side¹⁸⁶ om udelukkende at købe fra den dominerende virksomhed, ii) en "eksklusiv leveringsforpligtelse", der pålægger leverandøren en forpligtelse eller indebærer et løfte fra dennes side om udelukkende at sælge til den dominerende virksomhed, eller iii) en incitamentsordning, hvor der ydes rabat eller andre fordele¹⁸⁷ på betingelse af, at kunden eller leverandøren udelukkende køber fra eller leverer til den dominerende virksomhed, selv uden en formel kontraktlig aftale ("eksklusivetsrabatter")¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Alle henvisninger til "eksklusiv", "eksklusivitet" eller "udelukkende" i dette afsnit gælder tilsvarende i de tilfælde, hvor købs- eller leveringsforpligtelsen eller incitamentsordningerne vedrører *en væsentlig del* og ikke *hele* kundens efterspørgsel eller leverandørens udbud (se dom af 13. februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 89, dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 137). F.eks. blev det fastslået, at en rabat ydet på betingelse af, at kunderne købte 75 % af deres behov fra den dominerende virksomhed, udgjorde en eksklusivetsrabatter, jf. dom af 13. februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 83.

¹⁸⁵ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 89; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 137.

¹⁸⁶ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 89.

¹⁸⁷ Sådanne fordele kan bestå i prisfordele, som f.eks. nedslag, rabatter, betalinger eller bonusser, og ikkeprismæssige fordele, som f.eks. teknisk bistand, gratis opdatering eller installation eller tidlig adgang til en teknologi. Kommissionens afgørelse af 29. marts 2006, sag COMP/E-1/38.113 – Prokent-Tomra, betragtning 317; Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019 i sag AT.40608 – Broadcom, betragtning 364, litra b), nr. 2) og 3), og fodnote 269.

¹⁸⁸ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 89; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 137; Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 46.

81. En række andre forpligtelser såsom lagerføringsforpligtelser eller mængdeforpligtelser¹⁸⁹, som umiddelbart ikke indebærer eksklusivitet, kan i praksis have samme virkning og kan derfor betragtes som de facto-eksklusivitet¹⁹⁰.
82. En dominerende virksomheds eksklusivaftaler har stort potentiale for at have ekskluderende virkninger og kan formodes at forhindre eller begrænse kundernes eller sælgernes mulighed for frit at vælge deres forsynings- eller efterspørgselskilder¹⁹¹. Derfor formodes eksklusivaftaler at kunne have ekskluderende virkninger (se punkt 60, litra b)¹⁹².
83. Hvis den dominerende virksomhed godtgør, at den pågældende adfærd ikke kan have ekskluderende virkninger, vil Kommissionen undersøge den pågældende dokumentation¹⁹³. Hvis der foretages en vurdering af en eksklusivaftales evne til at have ekskluderende virkninger, omfatter de relevante elementer, der skal tages i betragtning, typisk¹⁹⁴:
- a) omfanget af virksomhedens dominerende stilling på markedet, dvs. den dominerende virksomheds markedsmagt¹⁹⁵ og det forhold, at den dominerende virksomhed kan være en uomtvistelig handelspartner til dækning af en bestemt del af efterspørgslen¹⁹⁶
 - b) den andel af markedet, der er berørt af adfærden: jo større en andel af markedet, eksklusivitetsforpligtelserne vedrører (for så vidt angår antal kunder og andel af efterspørgslen hos de enkelte kunder)¹⁹⁷, jo større sandsynlighed vil der normalt være for, at adfærden har ekskluderende virkninger¹⁹⁸. Imidlertid

¹⁸⁹ Lagerføringsforpligtelser henviser til en forpligtelse til at afsætte en bestemt plads udelukkende til den dominerende virksomheds produkter, således at konkurrenternes mulighed for at få vist deres produkter til kunderne i praksis udelukkes.

¹⁹⁰ Dom af 23. oktober 2003, Van den Bergh Foods mod Kommissionen, T-65/98, EU:T:2003:281. I denne sag blev forpligtelsen til kun at anvende fryserne til den dominerende virksomheds produkter anset for at påtvinge forretningerne de facto eksklusivitet.

¹⁹¹ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 90; dom af 9. september 2010, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, T-155/06, EU:T:2010:370, præmis 209.

¹⁹² Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 89-90; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 137; dom af 26. januar 2022, Intel Corp. mod Kommissionen, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, præmis 124; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 46.

¹⁹³ Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 138; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 50-52 og 60.

¹⁹⁴ Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 139. Afhængigt af omstændighederne kan andre af de elementer, der er anført i punkt 70 i disse retningslinjer, også være relevante.

¹⁹⁵ Dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2012:221, C-549/10 P, præmis 39.

¹⁹⁶ Dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 41 og 133; dom af 9. september 2010, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, T-155/06, EU:T:2010:370, præmis 269, stadfæstet ved dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2012:221, C-549/10 P, præmis 79. Se også Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019 i sag AT.40608 – Broadcom, betragtning 365; Kommissionens afgørelse af 20. marts 2019 i sag AT.40411 – Google Search (AdSense), betragtning 364.

¹⁹⁷ På samme måde vil det relevante element i forbindelse med en eksklusiv leveringsforpligtelse være det antal leverandører og den samlede andel af leverancerne, som forpligtelsen dækker.

¹⁹⁸ Dom af 19. april 2012, Tomra m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2012:221, C-549/10 P, præmis 43-46; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 139. Se også Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019 i sag AT.40608 – Broadcom, betragtning 366 og 385-389;

kan selv en adfærd, der kun påvirker en lille del af markedet, være egnet til at have ekskluderende virkninger, især hvis de kunder eller det markedssegment, adfærden er rettet mod, er af strategisk betydning for markedsadgang eller ekspansion¹⁹⁹

- c) de nærmere betingelser og aftaler vedrørende eksklusivetsforpligtelserne, f.eks. deres varighed²⁰⁰, eller om aftalen direkte eller indirekte vedrører mængder købt hos konkurrenter (f.eks. ved at fastlægge bestemte andele eller tærskler, som skal være opfyldt for at modtage rabatten). I forbindelse med eksklusivetsrabatter kan størrelsen eller værdien af de fordele, der gives for eksklusiviteten, være særlig relevante. Det at give en strategisk fordel eller yde rabat med tilbagevirkende kraft kan f.eks. styrke de ekskluderende virkninger væsentligt²⁰¹
- d) muligheden for, at der findes en strategi om at ekskludere den dominerende virksomheds faktiske eller potentielle kunder²⁰². Det er ikke et krav, at der findes en sådan eksklusionsstrategi, for at fastslå, at en adfærd kan have ekskluderende virkninger, men det kan spille en vigtig rolle i vurderingen, hvis det er tilfældet.

4.2.2. *Kombinationssalg og pakkesalg ("tying" og "bundling")*

- 84. Kombinationssalg består i at udbyde et bestemt produkt (det primære produkt) udelukkende i kombination med et andet produkt (det sekundære produkt)²⁰³.
- 85. Kombinationssalg kan være baseret på tekniske²⁰⁴ eller aftalemæssige²⁰⁵ forhold. Der er f.eks. tale om teknisk kombination, når det primære produkt og det sekundære produkt er fysisk eller teknisk integrerede. Aftalemæssig kombination forekommer, når en kunde, der køber eller benytter det primære produkt, også er nødsaget til at købe eller benytte det sekundære produkt. De retlige kriterier, der skal være opfyldt for at godtgøre, at en dominerende virksomheds kombinationssalg udgør misbrug, er de samme, uanset om der er tale om teknisk eller aftalemæssig kombination.
- 86. Pakkesalg består i at tilbyde to produkter sammen i en enkelt pakke. Ved rent pakkesalg sælges de to produkter udelukkende samlet og kan ikke købes særskilt²⁰⁶. Ved blandet

Kommissionens afgørelse af 20. marts 2019 i sag AT.40411 – Google Search (AdSense), betragtning 381-385.

¹⁹⁹ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 696.

²⁰⁰ Se Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019, sag AT.40608 – Broadcom, betragtning 68, hvor en varighed på 1-3 år blev betraget som lang i lyset af industriens kendetegn og tilstedeværelsen af bestemmelser om stiltiende videreførelse.

²⁰¹ Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019 i sag AT.40608 – Broadcom, betragtning 364, litra b), 367, 382, 383, 384, 390 og 391.

²⁰² Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 139; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 48 og 50. Se også Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019 i sag AT.40608 – Broadcom, betragtning 293, 368 og 370.

²⁰³ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 283.

²⁰⁴ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, sag T-229/04, EU:T:2007:289.

²⁰⁵ Dom af 6. oktober 1994, Tetra Pak International mod Kommissionen, T-83/91, EU:T:1994:246.

²⁰⁶ Ved kombinationssalg udbydes det sekundære til gengæld måske også alene.

pakkesalg (eller "multiproduktrabatter"), kan de to produkter købes særskilt, men sælges også samlet typisk til en lavere pris, end summen af priserne på de enkeltstående produkter.

87. Kombinationssalg og pakkesalg er almindelig praksis, der kan give kunderne bedre produkter eller tilbud på mere omkostningseffektive måder²⁰⁷. En sådan praksis kan dog også begrænse kundernes valgmuligheder og skade konkurrencen, hvis en dominerende virksomhed udnytter det som løftestang til at udvide sin dominerende stilling til et andet marked.
88. Eftersom to produkter ved rent pakkesalg er bundet til hinanden, således at ingen af produkterne kan købes særskilt, er vurderingen af en dominerende virksomheds pakkesalg underlagt de samme retlige kriterier som kombinationssalg og drøftes ikke nærmere i dette underafsnit. En dominerende virksomheds blandede pakkesalg undersøges ud fra andre retlige kriterier og behandles i afsnit 4.3.2.
89. Kombinationssalg kan udgøre misbrug, når følgende betingelser er opfyldt²⁰⁸:
- a) det primære produkt og det sekundære produkt er to særskilte produkter
 - b) den berørte virksomhed har en dominerende stilling på markedet for det primære produkt²⁰⁹
 - c) den berørte virksomhed giver ikke kunderne mulighed for at vælge kun at erhverve det primære produkt uden det sekundære produkt (såkaldt "tvang")
 - d) kombinationssalget kan have ekskluderende virkninger²¹⁰.
90. I forbindelse med undersøgelsen af betingelsen i punkt 89, litra a), er det normalt relevant at vurdere, om der er en særskilt kundeefterspørgsel efter det sekundære produkt. Det kan være tilfældet, hvis et betydeligt antal kunder vil købe eller ville have købt det sekundære produkt særskilt, dvs. uden at købe det sammen med det primære produkt fra den samme leverandør. Hvorvidt det er tilfældet, kan afhænge af flere forhold²¹¹, herunder i) det pågældende produkts art og tekniske egenskaber, ii) de forhold, som kan iagttages på markedet²¹², iii) produkternes udviklingshistorie og iv)

²⁰⁷ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 283.

²⁰⁸ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 284; dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, især præmis 842, 859, 862, 864, 867, 869 og 1144-1167.

²⁰⁹ Jf. afsnit 2. I sager om pakkesalg skal virksomheden være dominerende på et af de berørte markeder. I det særlige tilfælde, hvor der er tale om kombinationssalg på eftersalgsmarkeder, er det en betingelse, at virksomheden er dominerende på det primære marked og/eller på det sekundære eftersalgsmarked.

²¹⁰ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 842, 859, 862, 864, 867, 869 og 1144-1167. Se også afsnit 3.3 om begrebet "evne til at have ekskluderende virkninger". Se desuden dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen, C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 27, for den særlige omstændighed, hvor der er tale om nært forbundne markeder.

²¹¹ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, sag T-229/04, EU:T:2007:289, præmis 925.

²¹² F.eks. beviser for, at kunderne køber de primære og de sekundære produkter særskilt fra forskellige forsyningskilder, eller at der findes virksomheder, som specialiserer i fremstilling og salg af det sekundære produkt på uafhængig basis, jf. dom af 12. december 1991, Hilti mod Kommissionen, T-30/89, EU:T:1991:70, præmis 67, dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen, C-333/94 P,

den dominerende virksomheds handelspraksis²¹³. Det forhold, at det primære og det sekundære produkt tilhører to særskilte produktmarkeder²¹⁴ (henholdsvis "det primære marked" og "det sekundære marked") er normalt tegn på, at de er særskilte produkter²¹⁵. Komplementære produkter kan udgøre særskilte produkter, da kunderne måske ønsker at erhverve dem samlet, men fra forskellige kilder²¹⁶. Desuden betyder den tekniske integration af en produkt i et andet produkt ikke, at de to produkter ikke længere kan betragtes som særskilte²¹⁷. Selv i de tilfælde, hvor kombinationen af to produkter stemmer overens med handelssædvane, eller hvor der er en naturlig forbindelse mellem de to produkter, kan de ikke desto mindre være særskilte produkter²¹⁸.

91. Betingelsen i punkt 89, litra b), vedrører en virksomheds dominans på det relevante marked for det primære produkt, som skal vurderes med udgangspunkt i de principper, der er fastsat i afsnit 2. Det er ikke en betingelse, at virksomheden også skal have en dominerende stilling på markedet for det sekundære produkt.
92. Hvad angår betingelsen i punkt 89, litra c), kan de kunder, som ikke har mulighed for at erhverve det primære produkt uden det sekundære produkt, enten være den dominerende virksomheds kunder²¹⁹ eller et mellemlid, som anvender tvang over for de endelige forbrugere²²⁰. Der kan stadig være tale om tvang, hvis den part, der accepterer det sekundære produkt, ikke skal betale en særskilt pris for produktet²²¹. Da tvang alene kræver, at kunderne ikke gives mulighed for at erhverve det primære produkt uden det sekundære produkt, kan der stadig være tale om tvang, hvis den part, der accepterer det sekundære produkt, ikke er tvunget til at benytte det eller forhindres i at benytte et tilsvarende produkt, der udbydes af en af den dominerende virksomheds konkurrenter²²². Der kan også være tale om tvang, hvis den dominerende virksomhed i praksis nægter at tilbyde det primære produkt uden det sekundære produkt²²³.
93. Hvad angår betingelsen i punkt 89, litra d), kan kombinationssalg have ekskluderende virkninger på markedet for det sekundære produkt²²⁴ eller på markederne for både det

EU:C:1996:436, præmis 36, og dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 927.

²¹³ Dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen, EU:T:2007:289, præmis 925 ff.

²¹⁴ Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Unionens konkurrenceret (EUT C 1645 af 22.2.2024).

²¹⁵ Dom af 12. december 1991, Hilti mod Kommissionen, T-30/89, EU:T:1991:70, præmis 66.

²¹⁶ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 921-922 og 932.

²¹⁷ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, sag T-229/04, EU:T:2007:289, præmis 935.

²¹⁸ Dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen, C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 37, og dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 942.

²¹⁹ Dom af 12. december 1991, Hilti mod Kommissionen, T-30/89, EU:T:1991:70, præmis 16 og 100.

²²⁰ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 962.

²²¹ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 967, 968 og 969.

²²² Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, sag T-229/04, EU:T:2007:289, præmis 970. Ved kombinationssalg er det således ikke nødvendigt at godtgøre, at kunderne er tvunget til at købe eller udelukkende anvende det sekundære produkt. Denne tvang kan desuden styrkes ved at gøre det umuligt at afinstallere det sekundære produkt, se dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, sag T-229/04, EU:T:2007:289, præmis 963.

²²³ Dom af 12. december 1991, Hilti mod Kommissionen, T-30/89, EU:T:1991:70, præmis 4.

²²⁴ Dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen, C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 25.

primære og det sekundære produkt²²⁵. Navnlig kan kombinationssalg have ekskluderende virkninger på det sekundære marked, hvis en sådan praksis anvendes som løftestang til at udbrede den dominerende stilling på det primære marked til det sekundære marked. Det kan være tilfældet, hvis kombinationssalg giver den dominerende virksomhed en betydelig konkurrencemæssig fordel på det sekundære marked, som ikke er forbundet med kvaliteten af det sekundære produkt, og hvor denne fordel sandsynligvis ikke vil blive modsvaret af konkurrenterne²²⁶. I nogle tilfælde kan kombinationssalg have til formål – eller være objektivt egnet til – at beskytte virksomhedens dominerende stilling på det primære marked ved at have ekskluderende virkninger på det sekundære marked.

94. Foruden de elementer, der er nævnt i afsnit 3.3, kan følgende elementer være relevante for vurderingen af de ekskluderende virkninger afhængigt af sagens specifikke omstændigheder:

- a) hvorvidt den dominerende virksomhed også har en dominerende stilling eller markedsmagt på det sekundære marked²²⁷
- b) betydningen af forbindelsen mellem det primære produkt og det sekundære produkt. Denne forbindelse kan f.eks. skyldes produkternes komplementaritet²²⁸ eller den andel kunder på det sekundære marked, som også køber det primære produkt²²⁹
- c) tilstedeværelsen af adgangs- eller ekspansionsbarrierer på det sekundære marked (f.eks. nødvendigheden af at opnå betydelige stordrifts- eller samdriftsfordele²³⁰ eller tilstedeværelsen af netværkseffekter f.eks. på digitale markeder)²³¹
- d) graden af passivitet eller andre tilbøjeligheder hos forbrugerne på det sekundære marked²³².

²²⁵ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 283.

²²⁶ Det er f.eks. tilfældet, når det sekundære produkt som følge af distributionen gennem det primære produkt opnår en sådan grad af markedsudbredelse, at konkurrenterne ikke kan opveje for eller modsvare med alternative midler til at nå ud til kunderne, se dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 1036-1039; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2018 i sag AT.40099 – Google Android, betragtning 805 og 811; dom af 14. september 2022, Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 559 og 1087.

²²⁷ Kommissionens afgørelse af 20. december 2012 i sag AT.39230 – Rio Tinto, betragtning 68 og 69. Når den dominerende virksomhed også har en dominerende stilling på markedet for det sekundære produkt, kan kombinationssalg være med til at opretholde og styrke den dominerende stilling på sidstnævnte marked, se Kommissionens afgørelse af 18. juli 2018 i sag AT.40099 – Google Android, betragtning 858.

²²⁸ Hvis kombinationssalget vedrører to vidt forskellige produkter, er forbindelsen mellem det primære og det sekundære produkt til gengæld svag, og der er mindre sandsynlighed for ekskluderende virkninger.

²²⁹ Kommissionens afgørelse af 20. december 2012 i sag AT.39230 – Rio Tinto, betragtning 73.

²³⁰ Kommissionens afgørelse af 20. december 2012 i sag AT.39230 – Rio Tinto, betragtning 70-72; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2018 i sag AT.40099 – Google Android, betragtning 859 og 860.

²³¹ Kommissionens afgørelse af 21. april 2004 i sag COMP/C-3/37.792 – Microsoft, betragtning 878 ff. og 980; Kommissionens afgørelse af 16. december 2009 i sag COMP/39.530 – Microsoft (Tying), betragtning 55-56.

²³² Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, sag T-229/04, EU:T:2007:289, præmis 1041-1042; dom af 14. september 2022, Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 583 og 593; Kommissionens afgørelse af 16. december 2009 i sag COMP/39.530 – Microsoft Tying), betragtning 47-54.

95. Omfanget af den analyse, der kræves for at godtgøre, at kombinationssalg kan have ekskluderende virkninger, afhænger af sagens specifikke omstændigheder. I nogle tilfælde kan det være muligt at fastslå, at kombinationssalget som følge af de særlige kendetegn ved de berørte markeder og produkter har stort potentiale til at have ekskluderende virkninger, og der kan derfor bestå en formodning herom.²³³ I andre tilfælde kan det være nødvendigt at undersøge de faktiske markedsvilkår nærmere. Det er typisk tilfældet, når i) det sekundære produkt udbydes gratis, og ii) det er let at finde alternativer til det sekundære produkt²³⁴. Når den pågældende praksis med kombinationssalg har været anvendt længe, kan Kommissionen have et mere fuldstændigt bevisgrundlag for vurderingen af, om denne praksis kan have ekskluderende virkninger²³⁵. Når der foretages en sådan nærmere undersøgelse af den faktiske markedsudvikling, er formålet at finde bevis for, at kombinationssalget kunne have ekskluderende virkninger i form af f.eks. faktisk marginalisering af konkurrenter på eller deres udtræden af det sekundære marked, eller en faktisk forøgelse af adgangs- og ekspansionsbarriererne på dette marked.

4.2.3. Leveringsnægtelse

96. Leveringsnægtelse henviser til en situation, hvor en dominerende virksomhed har udviklet et input²³⁶ udelukkende eller hovedsagelig til eget brug, og afviser at give en anden part (typisk en faktisk eller potentiel konkurrent) adgang hertil på dennes anmodning²³⁷.
97. Leveringsnægtelse er en selvstændig form for misbrug, som adskiller sig fra adgangsbegrænsning, der er beskrevet i afsnit 4.3.4. Hvis det fastslås, at en dominerende virksomhed har misbrugt sin dominerende stilling ved at nægte at levere et input til en faktisk eller potentiel konkurrent, forpligtes den pågældende virksomhed til at give konkurrenten adgang til det ønskede input. Denne forpligtelse griber direkte ind i

²³³ Det er navnlig tilfældet i de situationer, hvor konkurrenternes manglende evne til at trænge ind på eller ekspandere på det sekundære marked kan formodes at være en direkte følge af kombinationssalget, da der ikke foreligger klart identificerbare faktorer, som kan modsvare de ekskluderende virkninger: se dom af 12. december 1991, Hilti mod Kommissionen, T-30/89, EU:T:1991:70, for så vidt angår kravet om, at brugere af Hiltis patenterede boltpatroner også skulle købe bolte; og dom af 6. oktober 1994, Tetra Pak International mod Kommissionen, T-83/91, EU:T:1994:246, for så vidt angår Tetra Paks krav om, at købere af emballeringsmaskiner også skulle købe kartoner og vedligeholdelsestjenester. Se også Kommissionens afgørelse af 21. april 2004 i sag COMP/C-3/37.792 – Microsoft, betragtning 841, som blev stadfæstet ved dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 1035 og 1036. Hvis den dominerende virksomhed godtgør, at den pågældende adfærd ikke kan have ekskluderende virkninger, vil Kommissionen undersøge den pågældende dokumentation (se punkt 60, litra d)).

²³⁴ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 292-295.

²³⁵ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 295 og 296.

²³⁶ Begrebet "input" henviser i denne forbindelse til forskellige former for aktiver, f.eks. varer, tjenester, infrastruktur, netværk eller intellektuelle ejendomsrettigheder. I nogle tilfælde kan adgangen til det pågældende input kræve, at den dominerende virksomhed træffer visse foranstaltninger, da det pågældende input ikke nødvendigvis er direkte tilgængeligt "som sådan" på markedet. Disse foranstaltninger kan f.eks. omfatte udfærdigelse af interoperabilitetsoplysninger, som ikke ellers var umiddelbart tilgængelige (dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 249 og 807), eller ændringer af computersystemer, indgående forberedelser og en række test (dom af 9. september 2009, Clearstream Banking and Clearstream International v Commission, T-301/04, EU:T:2009:317, præmis 106).

²³⁷ Dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 45, og dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 79.

den dominerende virksomheds aftalefrihed og ejendomsret. Den kan også påvirke konkurrenternes incitament til at udvikle konkurrerende input såvel som den dominerende virksomheds incitament til at investere i input²³⁸. Derfor har EU-domstolene opstillet forholdsvis strenge betingelser for, hvornår det kan fastslås, at leveringsnægtelse kan udgøre misbrug, og dermed hvornår en virksomhed kan forpligtes til at give adgang.

98. I forbindelse med afgørelsen af, om leveringsnægtelse udgør misbrug, er det tilstrækkeligt, at der kan afgrænses et potentielt marked eller blot et hypotetisk marked for det pågældende input, hvilket kan være tilfældet, når der er en efterspørgsel efter inputtet fra potentielle købere²³⁹.
99. Leveringsnægtelse kan udgøre misbrug, når følgende betingelser er opfyldt²⁴⁰:
- a) inputtet er en nødvendig forudsætning for, at den virksomhed, der ønsker adgang hertil, kan konkurrere med den dominerende virksomhed på et downstream-marked
 - b) nægtelsen kan have ekskluderende virkninger, som i denne specifikke sammenhæng indebærer, at enhver konkurrence fra den anmodende virksomheds side udelukkes²⁴¹.
100. Formålet med betingelsen i punkt 99, litra a), er at afgøre, om den dominerende virksomhed reelt har et stramt greb om det berørte marked som følge af inputtet, og om det derfor er passende at tvinge den dominerende virksomhed til at give adgang til inputtet²⁴².
101. I den forbindelse betragtes et input som en nødvendig forudsætning, hvis der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ hertil²⁴³. Det betyder mere specifikt, at
- i. inputtet af tekniske, juridiske eller økonomiske årsager ikke kan duplikeres realistisk og på en levedygtig måde
 - ii. der ikke kan skaffes et tilsvarende input fra andre kilder, og
 - iii. inputtet er en nødvendigt forudsætning for, at den anmodende virksomhed effektivt kan forblive på markedet og udgøre et reelt konkurrencepres.

²³⁸ Dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 46 og 47.

²³⁹ Dom af 29. april 2004, IMS mod NDC Health, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, præmis 43 og 44.

²⁴⁰ Dom af 26. november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 41; dom af 9. september 2009, Clearstream mod Kommissionen, sag T-229/04, EU:T:2009:317, præmis 147; dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 44, og dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 79.

²⁴¹ Det præciseres også i EU-domstolens praksis, at nægtelsen skal være objektivt begrundet. I den forbindelse henvises til afsnit 5.

²⁴² Dom af 25. marts 2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 48 og 49; dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 48 og 49.

²⁴³ Dom af 26. november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 41 og 44-46; dom af 9. september 2009, Clearstream mod Kommissionen, T-301/04, EU:T:2009:317, præmis 147, og dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom, C-165/19 P, præmis 49. Se også Kommissionens afgørelse af 17. januar 2024 i sag AT.40735 – Online rail ticket distribution in Spain, betragtning 107.

102. Hvis der findes et reelt eller potentielt alternativ til det pågældende input, om end med mindre fordelagtig adgang hertil for den anmodende virksomhed, kan inputtet normalt ikke betragtes som en nødvendig forudsætning²⁴⁴.
103. Hvad angår betingelsen i punkt 99, litra b), skal dette fortolkes som evnen til at udelukke al *effektiv* konkurrence fra den anmodende virksomheds side²⁴⁵. I den forbindelse er det forhold, at den dominerende virksomheds konkurrenter fortsat er marginalt til stede på markedet inden for bestemte "nicher", ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger effektiv konkurrence²⁴⁶.
104. En rettighedshavers anvendelse af en eksklusiv intellektuel ejendomsret kan også anses for at kunne udgøre misbrug. Det er f.eks. tilfældet ved afslag på udstedelse af licens til intellektuelle ejendomsrettigheder²⁴⁷, herunder når en sådan licens er nødvendig for at give grænsefladeoplysninger²⁴⁸, eller ved sagsanlæg for krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed²⁴⁹.
105. I disse tilfælde kan nægtelse af levering af et input, der er beskyttet af en intellektuel ejendomsret, anses for at kunne udgøre misbrug, hvis de specifikke retlige kriterier for leveringsnægtelse er opfyldt (se punkt 99), og endvidere, hvis der er tale om en begrænsning af den tekniske udvikling på markedet²⁵⁰.
106. Leveringsnægtelse kan begrænse den tekniske udvikling på markedet, hvis det f.eks. forhindrer den anmodende virksomhed i at købe nye produkter, der ikke udbydes af den dominerende virksomhed, og for hvilke der er en potentiel forbrugerefterspørgsel (begrænsning af produktion eller markeder)²⁵¹, selv om disse varer eller tjenester

²⁴⁴ Dom af 26. november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 43, og dom af 29. april 2004, IMS mod NDC Health, C-418/01, EU:C:2004:257, præmis 28.

²⁴⁵ Dom af 26. november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 41; dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 79, og dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 229 og 332. Se også Kommissionens afgørelse af 17. januar 2024 i sag AT.40735 – Online rail ticket distribution in Spain, betragtning 115, 116, 118 og 119.

²⁴⁶ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 563.

²⁴⁷ Dom af 5. oktober 1988, AB Volvo mod Erik Veng, C-238/87, EU:C:1988:477; dom af 6. april 1995, RTE mod Kommissionen, C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, og dom af 29. april 2004, IMS mod NDC Health, C-418/01, EU:C:2004:257.

²⁴⁸ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289.

²⁴⁹ Dom af 16. juli 2015, Huawei Technologies mod ZTE og ZTE Deutschland, C-170/13, EU:C:2015:477.

²⁵⁰ Dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04 P, EU:T:2007:289, præmis 647-656, hvor Retten fandt, at Microsofts afslag på at fremlægge interoperabilitetsoplysninger forhindrede selskabets konkurrenter i at udvikle operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der kunne opnå en tilstrækkelig grad af interoperabilitet med Windows-domænearkitekturen, hvilket resulterede i, at kundernes købsbeslutninger vedrørende arbejdsgruppeservere blev ledt i retning af Microsofts produkter. Uden et sådant afslag ville Microsofts konkurrenter kunne tilbyde operativsystemer til arbejdsgruppeservere, der ikke blot var reproduktioner af de Windows-systemer, der allerede fandtes på markedet, men som ville adskille sig fra disse for så vidt angår parametre, som forbrugerne finder væsentlige (f.eks. sikkerhed og pålidelighed). Retten præciserede også, at det forhold, at den dominerende virksomheds konkurrenter fortsat var marginalt til stede på markedet inden for bestemte nicher, ikke var tilstrækkeligt til at konkludere, at der forelå effektiv konkurrence (dommens præmis 563).

²⁵¹ Dom af 6. april 1995, C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, EU:C:1995:98, præmis 54, hvor Retten fastslog, at den dominerende virksomheds nægtelse af at stille grundlæggende oplysninger til rådighed under henvisning til nationale regler om ophavsret forhindrede, at der blev skabt et nyt produkt – et komplet ugentligt tv-program – som den dominerende virksomhed ikke udbød, og som der var en potentiel efterspørgsel på.

konkurrerer med den dominerende virksomheds. Under disse omstændigheder bør den virksomhed, der anmodede om licens, med andre ord ikke begrænse sig til i det væsentlige at reproducere de varer eller tjenester, der allerede udbydes på det sekundære marked af indehaveren af den intellektuelle ejendomsret²⁵².

4.2.4. Aggressiv prissætning

107. Aggressiv prissætning henviser til en praksis, hvor en dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end omkostningerne hertil (underbudspriser). Aggressiv prissætning kan forekomme på det marked, som virksomheden har en dominerende stilling på, eller på tilknyttede markeder²⁵³. Det kan også finde sted i et markedssegment, f.eks. med henblik på at gøre den dominerende virksomheds samlede portefølje på markedet mere attraktiv eller have ekskluderende virkninger ved at forhindre faktiske eller potentielle konkurrenter i at få et solidt fodfæste på markedet²⁵⁴.
108. Hvis der selektivt anvendes underbudspriser over for bestemte kunder, kan dette også være i strid med artikel 102 i TEUF²⁵⁵. En prispraksis, der er rettet mod bestemte markeder, markedssegmenter eller kunder, kan være et effektivt aggressionsmiddel set ud fra den dominerende virksomheds synspunkt. Sammenlignet med en generel lavprispolitik giver selektiv aggression nemlig den dominerende virksomhed mulighed for at begrænse underbudsprisernes negative virkninger for fortjenesten²⁵⁶.
109. For at afgøre, om en prispraksis er aggressiv, skal der med udgangspunkt i et pris-omkostningskriterie foretages en sammenligning af den dominerende virksomheds anvendte gennemsnitlige priser og gennemsnitlige omkostninger i forbindelse med de pågældende produkter²⁵⁷. De relevante omkostningsbenchmarks omfatter de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC), dvs. omkostninger, der varierer afhængigt af den producerede mængde, og de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC), som er summen af virksomhedens faste og variable omkostninger²⁵⁸.

²⁵² Dom af 29. april 2004, IMS mod NDC Health, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, præmis 49.

²⁵³ Dom af 3. juli 1991, Akzo mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 35-45; Kommissionens afgørelse af 14. december 1985 i sag IV/30.698 – ECS/AKZO, betragtning 85.

²⁵⁴ Dom af 3. juli 1991, Akzo mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 126; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 399-401.

²⁵⁵ Jf. i denne retning dom af 7. oktober 1999, Irish Sugar mod Kommissionen, T-228/97, EU:T:1999:246, præmis 117-120; dom af 27. marts 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 29; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 402-406.

²⁵⁶ Dom af 3. juli 1991, Akzo mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 43 og 115.

²⁵⁷ Dom af 3. juli 1991, Akzo mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 71-73; dom af 27. marts 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 27-28. Hvad angår en prispraksis, der kan betragtes som misbrug uden anvendelsen af et pris-omkostningskriterie, henvises til dom af 16. marts 2000, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mod Kommissionen, C-395/96 P, EU:C:2000:132, præmis 120, som stadfæster dom af 8. oktober 1996, Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen, EU:T:1996:139, præmis 139-153.

²⁵⁸ Dom af 3. juli 1991, Akzo mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 71-72; dom af 2. april 2009, France Télécom mod Kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 108. Ved afgørelsen af, i en konkret sag, om et omkostningselement er af variabel eller fast karakter, er det relevant at betragte referenceperioden, dvs. den relevante periode som omkostningerne skal undersøges for. I den forbindelse er hovedreglen, at jo længere referenceperioden er, desto mere sandsynligt er det, at omkostningerne skal klassificeres som variable.

110. Selv om AVC og ATC er blevet anvendt som relevante omkostningsbenchmarks til at fastsætte de specifikke retlige kriterier for vurderingen af lovligheden af en potentiel aggressiv prispraksis, kan begreberne gennemsnitlige undgåelige omkostninger (AAC) og langsigtede gennemsnitlige inkrementelle omkostninger (LRAIC) afhængigt af omstændighederne måske give et bedre billede af den dominerende virksomheds omkostninger²⁵⁹.
111. Afhængigt af resultatet af anvendelsen af pris-omkostningskriteriet skelnes der mellem følgende to scenarier:
- a) hvis priserne er under AVC eller AAC, kan prisadfærden betragtes som aggressiv, da en virksomhed, der anvender sådanne priser, formodes ikke at forfølge andre økonomiske målsætninger end at udelukke sine konkurrenter²⁶⁰
 - b) Hvis priserne er under ATC eller LRAIC, men over AVC eller AAC, kan prisadfærden betragtes som aggressiv, hvis den indgår i en plan om at udelukke eller begrænse konkurrencen på det relevante marked²⁶¹. Formålet med planen kan være at udelukke eller marginalisere en eller flere specifikke konkurrenter²⁶² eller at udelukke eller begrænse konkurrencen som sådan²⁶³. For at påvise eksistensen af en sådan plan, kan der henvises til direkte beviser²⁶⁴, indirekte beviser²⁶⁵ eller begge dele, for så vidt som beviserne er alvorlige og samstemmende²⁶⁶.

²⁵⁹ Jf. i denne retning dom af 27. marts 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 31-39; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – *Qualcomm* (predation), betragtning 780-796.

²⁶⁰ Dom af 3. juli 1991, *Akzo mod Kommissionen*, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 71; dom af 14. november 1996, *Tetra Pak mod Kommissionen*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 41; dom af 2. april 2009, *France Télécom mod Kommissionen*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 109; dom af 27. marts 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 27.

²⁶¹ Dom af 3. juli 1991, *Akzo mod Kommissionen*, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 72; dom af 14. november 1996, *Tetra Pak mod Kommissionen*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 41; dom af 2. april 2009, *France Télécom mod Kommissionen*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 109; dom af 27. marts 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 27.

²⁶² Dom af 3. juli 1991, *Akzo mod Kommissionen*, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 75, 82 og 109; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – *Qualcomm* (predation), betragtning 1118.

²⁶³ Dom af 30. januar 2007, *France Télécom mod Kommissionen*, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 199 og 206-208.

²⁶⁴ Direkte bevis på en hensigt om udelukkelse omfatter navnlig samtidige interne erklæringer fra den dominerende virksomhed såsom e-mails, breve, præsentationer, referater og mødenotater samt eksterne erklæringer i form af f.eks. trusler mod konkurrenter. Se dom af 3. juli 1991, *Akzo mod Kommissionen*, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 76-82; dom af 8. oktober 1996, *Compagnie maritime belge transports m.fl. mod Kommissionen*, T-24/93, EU:T:1996:139, præmis 147; dom af 30. januar 2007, *France Télécom mod Kommissionen*, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 199-209; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – *Qualcomm* (predation), betragtning 1120-1137.

²⁶⁵ Indirekte beviser kan beskrives som en række vigtige og samstemmende faktorer, der dokumenterer eksistensen af en hensigt om udelukkelse, og som navnlig kan vedrøre varigheden, kontinuiteten og omfanget af underbudspriserne samt den målrettede natur og betydningen af det marked (eller markedssegment), som underbudspriserne forekommer på. Se dom af 30. januar 2007, *France Télécom mod Kommissionen*, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 210-215; dom af 6. oktober 1994, *Tetra Pak mod Kommissionen*, EU:T:1994:246, præmis 151 og 190; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – *Qualcomm* (predation), betragtning 1138-1146.

²⁶⁶ Dom af 30. januar 2007, *France Télécom mod Kommissionen*, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 197 med henvisning til dom af 6. oktober 1994, *Tetra Pak mod Kommissionen*, EU:T:1994:246, præmis 151.

112. Aggressiv prissætning har stort potentiale til at have ekskluderende virkninger og der består derfor en formodning herom (se punkt 60, litra b)²⁶⁷. Hvis den dominerende virksomhed godtgør, at den pågældende adfærd ikke kan have ekskluderende virkninger, vil Kommissionen undersøge den pågældende dokumentation²⁶⁸.
113. Selv om anvendelsen af underbudspriser kan sætte den dominerende virksomhed i stand til efterfølgende at øge sine priser ved at udnytte sin dominerende stilling og dermed sin markedsmagt²⁶⁹, er det under alle omstændigheder ikke nødvendigt at godtgøre, at den dominerende virksomhed har mulighed for at genvinde sine tab²⁷⁰.

Anvendelsen af et pris-omkostningskriterie i sager om aggressiv prissætning

114. Følgende elementer bør under anvendelse af et pris-omkostningskriterie tages i betragtning ved afgørelsen af, om de priser, en dominerende virksomhed anvender, kan betragtes som underbudspriser.

a) Omkostningsbenchmarks

115. AAC er gennemsnittet af de omkostninger, som virksomheden kunne have undgået at skulle afholde, hvis den ikke havde produceret den givne mængde (ekstra) produkter, som er omfattet af misbruget af dominans. AAC og AVC vil ofte være ens, da det på kort til mellemlang sigt kun er muligt at undgå variable omkostninger. Sammenlignet med AVC kan AAC imidlertid omfatte ikke alene de variable omkostninger, men også faste omkostninger, der enten kan undgås, herunder omkostninger, som bliver irreversible, når de er afholdt, eller kan dækkes, f.eks. ved salg af aktiver, der ikke længere er nødvendige.
116. LRAIC er gennemsnittet af alle variable og faste omkostninger, der afholdes i forbindelse med produktionen af et bestemt produkt i dets livscyklus, og omfatter derfor produktspecifikke faste omkostninger, der er afholdt forud for den periode, hvor det påståede misbrug af dominerende stilling fandt sted, inklusive irreversible omkostninger. LRAIC omfatter ikke kun alle variable omkostninger og faste omkostninger, som direkte kan henføres til produktionen af den samlede produktionsmængde for det pågældende produkt, men også stigningen i alle fællesomkostninger, i det omfang stigningen skyldes produktionen af det pågældende

²⁶⁷ Jf. analogt dom af 13 februar 1979, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 89-90; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 137; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 46.

²⁶⁸ Jf. analogt dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 138; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 50-52 og 60.

²⁶⁹ Dom af 3. juli 1991, Akzo mod Kommissionen, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 71.

²⁷⁰ Dom af 14. november 1996, Tetra Pak mod Kommissionen, C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 44; dom af 2. april 2009, France Télécom mod Kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 37 110 og 113. Denne fortolkning er ikke til hinder for, at Kommissionen kan anse en sådan mulighed for genvinding af tab for en relevant faktor ved afgørelsen af, om den pågældende praksis har karakter af misbrug, idet den f.eks. kan medvirke til i tilfælde af anvendelse af priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, at udelukke andre økonomiske begrundelser end elimineringen af en konkurrent, eller til i tilfælde af anvendelse af priser, der er lavere end de samlede omkostninger, men højere end de gennemsnitlige variable omkostninger, at godtgøre, at der foreligger en plan, der har til formål at eliminere en konkurrent. Se dom af 2. april 2009, France Télécom mod Kommissionen, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 111.

produkt²⁷¹. Hvad angår fællesomkostninger indebærer det forhold, at en bestemt omkostning er fælles for flere operationer, ikke nødvendigvis, at LRAIC som følge af aktiviteten er lig med nul for et enkelt produkt²⁷². Det er nødvendigt at undersøge, om sådanne fællesomkostninger ville være blevet afholdt, helt eller delvist²⁷³, hvis virksomheden havde besluttet ikke at levere det pågældende produkt²⁷⁴.

b) *Pris- og omkostningsdata, der skal tages i betragtning og muligvis justeres*

117. Pris-omkostningskriteriet anvendes normalt med udgangspunkt i pris- og omkostningsdata for den dominerende virksomhed og ikke pris- og omkostningsdata for faktiske eller potentielle konkurrenter²⁷⁵. Dette er i overensstemmelse med princippet om retssikkerhed, så virksomhederne har mulighed for at vurdere lovligheden af deres adfærd²⁷⁶.
118. I den forbindelse bør dataene i den dominerende virksomheds regnskaber analyseres²⁷⁷. Hvis disse ikke foreligger eller ikke er tilstrækkeligt pålidelige²⁷⁸, kan der anvendes andre indikatorer eller lignende oplysninger, f.eks. data for den dominerende virksomheds kunder, som viser de tilbudte priser og ydede rabatter²⁷⁹. Afhængigt af sagens omstændigheder kan det være nødvendigt at justere dataene for den dominerende virksomhed med henblik på at fastslå de faktisk betalte priser (f.eks. de faktiske priser eksklusive rabatter) eller omkostninger, der er afholdt under den gældende omkostningsstandard (f.eks. ved at sprede omkostningerne over en bestemt periode i overensstemmelse med princippet for afskrivning af aktiver)²⁸⁰. Det kan også være hensigtsmæssigt at tage hensyn til den dominerende virksomheds imputerede omkostninger. I tilfælde af to-sidede markeder kan det i forbindelse med vurderingen også være nødvendigt at se på indtægterne og omkostningerne på begge sider samtidig.

²⁷¹ Kommissionens afgørelse af 4. juli 2007 i sag COMP/38784 – *Wanadoo España vs. Telefónica*, betragtning 319.

²⁷² Kommissionens afgørelse af 4. juli 2007 i sag COMP/38784 – *Wanadoo España vs. Telefónica*, betragtning 320; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – *Qualcomm (predation)*, betragtning 780.

²⁷³ Jf. i denne retning dom af 27. marts 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 33-35, navnlig metoden med at henføre fællesomkostninger som procentdele.

²⁷⁴ Et eksempel kunne være et hypermarked, der fører to kategorier af produkter (f.eks. bøger og elektronik). Hvis butikken kun førte bøger, ville den pådrage sig visse fællesomkostninger (f.eks. betaling af den administrerende direktør), mens andre ville blive reduceret i forhold til mængden af elektronikvarer (f.eks. ville butikkens areal være mindre, der ville være færre betalingskasser osv.). Hvis en andel af fællesomkostningerne således kan undgås, er denne andel med andre ord inkrementel.

²⁷⁵ Dom af 17. februar 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 41, med henvisning til dom af 3. juli 1991, *AKZO mod Kommissionen*, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 74; dom af 2. april 2009, *France Télécom mod Kommissionen*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, præmis 108.

²⁷⁶ En dominerende virksomhed kender sine egne omkostninger og gebyrer, men den har som regel ikke kendskab til sine konkurrenters omkostninger og gebyrer, jf. dom af 17. februar 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 44, dom af 14. oktober 2010, *Deutsche Telekom mod Kommissionen*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 202.

²⁷⁷ Dom af 30. januar 2007, *France Télécom mod Kommissionen*, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 131 og 154.

²⁷⁸ Dom af 30. januar 2007, *France Télécom mod Kommissionen*, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 131 og 154.

²⁷⁹ Dom af 3. juli 1991, *Akzo mod Kommissionen*, C-62/86, EU:C:1991:286, præmis 99-100; dom af 6. oktober 1994, *Tetra Pak mod Kommissionen*, EU:T:1994:246, præmis 201-202.

²⁸⁰ Dom af 30. januar 2007, *France Télécom mod Kommissionen*, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 131-132 og 137.

c) *Omfang og referenceperiode*

119. Afhængigt af sagens omstændigheder kan pris-omkostningskriteriet anvendes for alle de produkter og kunder, der er berørt af den påståede aggressive prispolitik, eller særskilt for hvert produkt eller hver kunde²⁸¹.
120. Hvad angår den referenceperiode, som pris- og omkostningstesten anvendes for, omfatter de relevante faktorer bl.a. tidspunktet for den konkurrencemæssige interaktion og prisfastsættelsesintervallerne for hvert af de undersøgte produkter²⁸².

4.2.5. *Avancepres*

121. Avancepres henviser til den situation, hvor en virksomhed, der er aktiv på et upstream-marked for et bestemt input og et tilknyttet downstream-marked²⁸³, fastsætter sine priser på henholdsvis upstream- eller downstream-markedet på et niveau, der forhindrer konkurrenter på downstream-markedet, som er afhængige af det pågældende input, i på varig basis at operere på rentabel vis²⁸⁴.
122. Avancepres anses for at kunne udgøre misbrug, når følgende betingelser er opfyldt:
- a) den berørte virksomhed er vertikalt integreret og er dominerende på upstream-markedet
 - b) forskellen mellem priserne på upstream- og downstream-markederne forhindrer lige så effektive konkurrenter, som er afhængige af den dominerende virksomheds input, i at drive varig rentabel forretning på downstream-markedet
 - c) adfærden kan have ekskluderende virkninger.
123. Betingelsen i punkt 122, litra a), kræver, at en vertikalt integreret virksomhed, uanset den konkrete form for integration²⁸⁵, sælger et produkt til virksomheder på et upstream-marked, hvor den har en dominerende stilling, og at den konkurrerer med de samme virksomheder på et downstream-marked, hvor produktet anvendes som input. Det er

²⁸¹ Kommissionens afgørelse af 14. december 1985 i sag IV/30.698 – ECS/AKZO, betragtning 82-87; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 399-401.

²⁸² Dom af 30. januar 2007, France Télécom mod Kommissionen, T-340/03, EU:T:2007:22, præmis 131 og 137; Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 630-632. Hvor det er relevant kan der foretages robusthedskontroller for at undersøge rigtigheden af resultatet af anvendelsen af pris-omkostningskriteriet, se Kommissionens afgørelse af 18. juli 2019 i sag AT.39711 – Qualcomm (predation), betragtning 1007-1033.

²⁸³ Det omfatter også en situation, hvor inputtet er på samme niveau eller i et efterfølgende led fra det marked, hvor det benyttes. Det kan f.eks. være tilfældet, når én virksomhed kontrollerer distributionen i et downstream-led, som er nødvendigt for at få adgang til kunderne.

²⁸⁴ Dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 70.

²⁸⁵ Den konkrete form for integration for så vidt angår den vertikalt integrerede virksomhed (enligt vertikalt integreret virksomhed, forskellige afdelinger, særskilte virksomheder, der kontrolleres af den samme koncern, osv.) er ikke relevant.

ikke nødvendigt, at virksomheden også har en dominerende stilling på downstream-markedet, for at der er tale om misbrug i form af avancepres²⁸⁶.

124. Betingelsen i punkt 122, litra b), kræver, at det ved anvendelsen af et prisomkostningskriterie fastslås, at spændet mellem den pris, som den dominerende virksomhed opkræver af konkurrenter på upstream-markedet, og den pris, som den opkræver af kunderne på downstream-markedet, enten er negativt eller ikke er tilstrækkeligt til, at konkurrenter, der ikke er lige så effektive som den dominerende virksomhed, kan dække de specifikke omkostninger, som den pågældende virksomhed har afholdt i forbindelse med leveringen af downstream-produkterne²⁸⁷. Første trin i analysen består i at bestemme størrelsen af spændet²⁸⁸. Hvis spændet er negativt, er prisomkostningskriteriet ikke opfyldt, og det er ikke nødvendigt at se nærmere på omkostningerne i downstream-leddet. Hvis spændet til gengæld er positivt, indledes det andet trin i analysen for at fastslå, om spændet er tilstrækkeligt til at dække den dominerende virksomheds produktspecifikke omkostninger i downstream-leddet. Hvis spændet ikke er tilstrækkeligt (dvs. det skaber en negativ avance), er prisomkostningskriteriet ikke opfyldt²⁸⁹.
125. Det er ikke nødvendigt at fastslå, at upstream-priserne på inputtet i sig selv er for høje, eller at downstream-priserne i sig selv er for aggressive, for at et avancepres kan betragtes som misbrug²⁹⁰.
126. Det er heller ikke nødvendigt at godtgøre, at den dominerende virksomhed har mulighed for at genvinde eventuelle tab, som den lider ved at presse konkurrenternes avancer²⁹¹.
127. Betingelsen i punkt 122, litra c), kræver, at avancepresset kan have ekskluderende virkninger²⁹², f.eks. ved at gøre det vanskeligere eller umuligt for konkurrenter at trænge ind på markedet²⁹³. I den forbindelse er det ikke nødvendigt at fastslå, at et input på upstream-markedet er en nødvendig forudsætning for at kunne konkurrere på downstream-markedet²⁹⁴. Jo større betydning upstream-inputtet har for at kunne

²⁸⁶ Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 89; dom af 29. marts 2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, T-336/07 P, EU:C:2012:172, præmis 146.

²⁸⁷ Dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 169; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 32; og dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 73.

²⁸⁸ Spændet svarer til downstream-prisen minus upstream-prisen.

²⁸⁹ Spændet svarer til downstream-prisen minus upstream-prisen minus downstream-omkostningerne. Beregningen af avancen tager hensyn til kapitalomkostningerne.

²⁹⁰ Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 34; og dom af 29. marts 2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, T-336/07 P, EU:C:2012:172, præmis 187.

²⁹¹ Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 100.

²⁹² Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 61.

²⁹³ Dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 253; dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 63.

²⁹⁴ Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 55, 56 og 72; dom af 10. juli 2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 75 og 96; dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 52.

konkurrere effektivt på downstream-markedet, jo mere sandsynligt er det, at den pågældende adfærd er egnet til at have ekskluderende virkninger²⁹⁵.

128. I de tilfælde, hvor anvendelsen af pris-omkostningskriteriet peger i retning af et negativt spænd, har avancepresset desuden stort potentiale til at have ekskluderende virkninger, og der består derfor en formodning om sådanne virkninger (se punkt 60, litra b))²⁹⁶. Hvis den dominerende virksomhed godtgør, at den pågældende adfærd ikke kan have ekskluderende virkninger, vil Kommissionen undersøge den pågældende dokumentation²⁹⁷.
129. Hvis spændet er positivt, men ikke tilstrækkeligt til at dække den dominerende virksomheds produktspecifikke omkostninger i downstream-leddet, kan dette element være relevant ved vurderingen af adfærdens evne til at have ekskluderende virkninger²⁹⁸.

Anvendelsen af et pris-omkostningskriterie i sager om avancepres

130. Et avancepres kan normalt godtgøres ved at anvende et pris-omkostningskriterie til at påvise, at den dominerende virksomheds virksomhedsgren på downstream-markedet ikke ville kunne drive rentabel virksomhed med udgangspunkt i den upstream-pris, der opkræves af downstream-konkurrenterne, og den downstream-pris, som den dominerende virksomheds virksomhedsgren på downstream-markedet opkræver²⁹⁹.
131. Flere faktorer og parametre kan påvirke resultatet af anvendelsen af pris-omkostningskriteriet, navnlig a) pris- og omkostningsbenchmarksene og b) omfanget af produktaggregering. Valget af relevante faktorer og parametre foretages fra sag til sag, navnlig afhængigt af markedet, konkurrencevilkårene og sagens øvrige omstændigheder.

a) Pris- og omkostningsbenchmarks

132. Pris-omkostningskriteriet tager normalt udgangspunkt i forskellen mellem på den ene side den faktiske downstream-pris, som den dominerende virksomhed opkræver, og på den anden side summen af den engrospris, som den dominerende virksomhed opkræver af sine downstream-konkurrenter og LRAIC³⁰⁰ for den dominerende virksomheds grene på downstream-markedet.
133. Som hovedregel og af de samme årsager, som dem der er nævnt i punkt 117, tager anvendelsen af pris-omkostningskriteriet udgangspunkt i den dominerende virksomheds priser og omkostninger, eftersom dette kan hjælpe med at vise, om den dominerende virksomhed selv ville have kunnet udbyde sine downstream-produkter på rentabel vis,

²⁹⁵ Se i den forbindelse dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 70 og 71.

²⁹⁶ Se i den forbindelse dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 73.

²⁹⁷ Jf. analogt dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 138; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 50-52 og 60.

²⁹⁸ Se i den forbindelse dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 74. Se også punkt 56 i disse retningslinjer.

²⁹⁹ Dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 200-204; og dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 31-34.

³⁰⁰ Se punkt 116 for en nærmere redegørelse af LRAIC.

hvis den havde skullet betale sine egne upstream-priser³⁰¹. Under særlige omstændigheder, hvor det ikke er muligt at henvise til den dominerende virksomheds priser og omkostninger (f.eks. hvis disse data ikke foreligger eller ikke er tilstrækkeligt pålidelige), kan konkurrenternes priser og omkostninger tages i betragtning³⁰².

134. Anvendelsen af pris-omkostningskriteriet i sager om avancepres indebærer ikke, at den dominerende virksomheds konkurrenter vil kunne reproducere dens upstream-aktiver. Pris-omkostningskriteriet anvendes set ud fra en lige så effektiv hypotetisk downstream-konkurrent, dvs. en konkurrent, der anvender den dominerende virksomheds upstream-produkt, konkurrerer med den dominerende virksomhed på downstream-markedet og har de samme omkostninger på dette marked som den dominerende virksomhed³⁰³.

b) Omfanget af produktaggregering

135. Pris-omkostningskriteriet kan anvendes på det mest detaljerede niveau (dvs. for hvert enkelt tilbud eller produkt) eller på aggregeret porteføljeniveau (dvs. for alle de forskellige produkter, der berøres af avancepreset)³⁰⁴.
136. Normalt er det mest hensigtsmæssigt at anvende kriteriet på det aggregerede niveau, som svarer til det relevante produktmarked³⁰⁵. Under visse omstændigheder³⁰⁶ kan det dog være mere hensigtsmæssigt at anvende kriteriet på et mere detaljeret niveau, f.eks. for hvert enkelt tilbud.

4.3. Adfærd, hvor der ikke findes specifikke retlige kriterier

137. Dette afsnit vedrører bestemte former for adfærd, for hvilke der ikke er udviklet specifikke retlige kriterier som omhandlet i punkt 47, men for hvilke EU-domstolene har givet vejledning i, hvordan de generelle retsprincipper i afsnit 3 skal anvendes.

4.3.1. Betingede rabatter, som ikke er underlagt eksklusive købs- eller leveringsforpligtelser

138. I disse retningslinjer henviser betingede rabatter til en rabatordning eller andre fordele³⁰⁷, hvad enten de er pengemæssige eller ej, som en dominerende virksomhed yder sine kunder for at belønne dem for en bestemt købsadfærd, men som ikke er betingede af, at de køber hele eller en væsentlig del af deres behov fra den dominerende

³⁰¹ Dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 198, 200 og 201; og dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 41-42.

³⁰² Se dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 44-45.

³⁰³ Dom af 29. marts 2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, T-336/07 P, EU:C:2012:172, præmis 209.

³⁰⁴ Se f.eks. også Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014 i sag AT.39523 – Slovak Telekom, betragtning 832; og Kommissionens afgørelse af 4. juli 2007 i sag COMP/38784 – Wanadoo España vs. Telefónica, betragtning 386.

³⁰⁵ Dom af 29. marts 2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, T-336/07 P, EU:C:2012:172, præmis 200-211.

³⁰⁶ Det er f.eks. tilfældet ved et nyt tilbud, der skaber et avancepres, som subsidieres af andre rentable tilbud, men hvor mængden heraf kan stige betydeligt i fremtiden, hvilket vil føre til samlet set negative avancer i fremtiden.

³⁰⁷ Se fodnote 187.

virksomhed³⁰⁸. De typiske kendetegn ved betingede rabatter er, at kunden får en rabat eller en fordel, hvis dennes køb over en fast referenceperiode overstiger en bestemt tærskel.

139. Betingede rabatter kan være relateret til køb af ét produkt ("enkeltproduktrabatter") eller til køb af to eller flere forskellige produkter ("multiproduktrabatter"). Multiproduktrabatter er nærmere behandlet i afsnit 4.3.2.

140. Betingende rabatordninger kan variere afhængigt af (blandt andet):

- den form for tærskel, der udløser rabatten, f.eks. på basis af mængde ("mængderabatter") eller værdi ("værdirabatter"), en bestemt andel ("markedsandelsrabatter")³⁰⁹ eller en bestemt stigning sammenlignet med den foregående aftaleperiode ("vækstrabatter")
- hvorvidt rabatten, når en bestemt tærskel er nået, ydes for alle køb ("retroaktive rabatter") eller kun for den del af indkøbende, der foretages ud over den krævede tærskel ("merkøbsrabatter")
- hvorvidt rabatterne er individuelle (dvs. betingelserne for ydelse af rabatten såsom tærsklen er forskellige fra den ene kunde til den anden eller den ene kundegruppe til den anden) eller standardiserede³¹⁰.

141. Anvendelsen af betingede rabatter er almindelig forretningspraksis. Virksomhederne kan tilbyde sådanne rabatter for at tiltrække flere kunder og kan derved stimulere efterspørgslen og gavne forbrugerne. Når de ydes af en dominerende virksomhed, kan sådanne rabatter afhængigt af omstændighederne imidlertid være i strid med artikel 102 i TEUF.

142. For at kunne vurdere, om en ordning med betingede rabatter udgør misbrug, skal det afgøres, om rabatordningen afviger fra konkurrence på ydelser, og om den kan have ekskluderende virkninger.

143. Med henblik på at godtgøre, at en ordning med betingede rabatter afviger fra konkurrence på ydelser, kan det være hensigtsmæssigt at anvende et pris-omkostningskriterie (se underafsnittet nedenfor)³¹¹. Spørgsmålet om, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at anvende et pris-omkostningskriterie, afhænger af sagens omstændigheder³¹².

³⁰⁸ Dette gælder ligeledes rabatter, som ikke er betingede af, at en leverandør sælger hele eller en væsentlig del af sin produktion til den dominerende virksomhed. Eksklusivitetsrabatter er nærmere behandlet i afsnit 4.2.1.

³⁰⁹ Rabatter, som er betingede af, at kunderne dækker hele eller en væsentlig del af deres behov, er nærmere behandlet i afsnit 4.2.1.

³¹⁰ Bemærk, at markedsandelsrabatter pr. definition er individuelle, eftersom kravet om en bestemt andel gælder for hver enkelt købers mængder.

³¹¹ Dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 57 og 61; dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 58 og 62; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 81; dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/183, EU:T:2022:541, præmis 643.

³¹² Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale, C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 82; og dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/183, EU:T:2022:541,

144. Navnlig

- a) er det nødvendigt at anvende pris-omkostningskriteriet for at vurdere standardiserede mængdebaserede merkøbsrabatter, da netop disse rabatter anses for ikke at afvige fra konkurrence på ydelser, medmindre de resulterer i priser, der er lavere end omkostningerne³¹³
- b) er anvendelsen af pris-omkostningskriteriet muligvis ikke egnet, når i) de incitament, som den dominerende virksomhed anvender, er af ikkepengemæssig karakter og ikke let kan konverteres til et kvantificeret pengebeløb³¹⁴, eller ii) det er praktisk talt umuligt, at der vil opstå en lige så effektiv konkurrent, f.eks. på grund af den dominerende virksomheds meget store markedsandel eller tilstedeværelsen af væsentlige adgangs- eller ekspansionsbarrierer på markedet eller tilstedeværelsen af reguleringsmæssige begrænsninger³¹⁵. I disse tilfælde kan selv en mindre effektiv konkurrent også udøve et reelt konkurrencepres på den dominerende virksomhed³¹⁶. I sådanne sager vil vurderingen af, om adfærden afviger fra konkurrence på ydelser, blive udført på grundlag af de generelle principper i afsnit 3.2.

145. Med henblik på at afgøre, om en ordning med betingede rabatter kan have ekskluderende virkninger, er det nødvendigt at undersøge alle de relevante retlige og økonomiske omstændigheder. Foruden de elementer, der er nævnt i afsnit 3.3, kan det i forbindelse med betingede rabatter ofte være relevant at tage følgende i betragtning³¹⁷:

- a) omfanget af virksomhedens dominerende stilling på markedet, dvs. den dominerende virksomheds markedsmagt³¹⁸ og det forhold, at den dominerende virksomhed kan være en uomtvistelig handelspartner til dækning af en bestemt del af efterspørgslen³¹⁹
- b) størrelsen af rabatten som en procentdel af den samlede pris, eller værdien af de ikkepengemæssige fordele, samt tærsklen for udløsning af rabatten³²⁰; i den

præmis 1003, hvori Retten henviser til de "vanskeligheder, der uvægerligt er forbundet med udformningen af en AEC-test".

³¹³ Se dom af 9. november 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (Michelin I)*, Case 322/81, EU:C:1983:313, præmis 71; dom af 29. marts 2001, *Den portugisiske republik mod Kommissionen*, C-163/99, EU:C:2001:189, præmis 50; dom af 30. september 2003, *Michelin mod Kommissionen (Michelin II)*, T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 58.

³¹⁴ Dom af 19. januar 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 57. Generelt kan det være vanskeligt end sige umuligt at konvertere ikkepengemæssige incitament til pengebeløb, se Kommissionens afgørelse af 16. oktober 2019 i sag AT.40608 – *Broadcom*, betragtning 352.

³¹⁵ Dom af 19. januar 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 57.

³¹⁶ Dom af 6. oktober 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 59 og 60.

³¹⁷ Dom af 9. november 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (Michelin I)*, C-322/81, EU:C:1983:313, præmis 73; dom af 15. marts 2007, *British Airways mod Kommissionen*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 67; dom af 6. oktober 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 29.

³¹⁸ Dom af 6. oktober 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 30 og 39.

³¹⁹ Dom af 15. marts 2007, *British Airways mod Kommissionen*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 75; dom af 6. oktober 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 40.

³²⁰ Dom af 13. februar 1979, *Hoffmann-La Roche mod Kommissionen*, C-85/76, EU:C:1979:36, præmis 97-100; dom af 7. oktober 1999, *Irish Sugar mod Kommissionen*, EU:T:1999:246, T-228/97, præmis 207-214.

forbindelse er det også relevant at tage hensyn til gennemsigtheden af de betingelser, der er knyttet til rabatten³²¹

- c) rabatternes tilbagevirkende kraft: sammenlignet med merkøbsrabatter har retroaktive rabatter typisk en større evne til at have ekskluderende virkninger, da de gør det mindre attraktivt for kunderne at flytte små mængder af deres efterspørgsel over til en alternativ leverandør, hvis de risikerer at miste hele rabatten med tilbagevirkende kraft³²²
- d) hvorvidt rabatten er individuel: rabatter, der er individuelle for de enkelte kunder (eller kundetyper), er generelt mere egnede til at have ekskluderende virkninger, fordi de giver den dominerende virksomhed mulighed for at målrette rabattærsklerne mod hver enkelt kundes størrelse/efterspørgsel og dermed øge loyalitetsvirkningen³²³
- e) længden af referenceperioden: jo længere en referenceperiode, jo større pres vil der typisk være på køberen for at nå det indkøbstal, der skal til for at opnå rabat, eller undgå at lide det forventede tab for hele perioden, hvilket gør det vanskeligere for en nytilkommen at konkurrere om denne kunde³²⁴
- f) det forhold, at selv en hypotetisk lige så effektiv konkurrent ikke ville kunne opveje tabet af rabatterne som påvist ved hjælp af pris-omkostningskriteriet, hvis dette anvendes til at afgøre, om rabatordningen afviger fra konkurrence på ydelser³²⁵.

Mulig anvendelse af et pris-omkostningskriterie på betingede rabatter

146. Anvendelsen af et pris-omkostningskriterie på betingede rabatter skal baseres på de effektive priser og omkostninger, der er beregnet for den del af efterspørgslen, som kunderne ville kunne flytte over på den dominerende virksomheds konkurrenter ("det relevant spænd")³²⁶.
147. Afgrænsningen af det relevant spænd afhænger af de konkrete omstændigheder i den enkelte sag, og hvorvidt der er tale om en merkøbsrabat eller en retroaktiv rabat.

³²¹ F-eks. kan mangel på gennemsigthed lægge et pres på kunderne og gøre det mindre attraktivt at skifte til en konkurrent, når der ikke er klarhed om følgerne af at opfylde eller ikke opfylde betingelserne for rabatordningen. Dom af 9. november 1983, Michelin mod Kommissionen, C-322/81, EU:C:1983:313, præmis 83 og 84.

³²² Dom af 9. november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (Michelin I), Case 322/81, EU:C:1983:313, præmis 81; dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 32.

³²³ Dom af 9. september 2010, Tomra Systems m.fl. mod Kommissionen, T-155/06, EU:T:2010:370, præmis 261, 262 og 269.

³²⁴ Dom af 9. november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mod Kommissionen (Michelin I), Case 322/81, EU:C:1983:313, præmis 81; dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 34.

³²⁵ Til gengæld er det forhold, at selv en hypotetisk lige så effektiv konkurrent ville kunne opveje tabet af rabatterne, ikke nødvendigvis en relevant faktor til at påvise, at rabatordningen ikke kan have ekskluderende virkninger. Det skyldes, at adfærdens evne til at have ekskluderende virkninger skal vurderes i forhold til den dominerende virksomheds eksisterende faktiske og potentielle konkurrenter og ikke i forhold til hypotetiske konkurrenter (se punkt 73).

³²⁶ I afsnit 4.2.4 redegøres der for de relevante omkostningsbenchmarks.

148. For merkøbsrabatter er det relevant spænd normalt den andel af indkøbene, der overstiger tærsklen for udløsning af rabatten.
149. For retroaktive rabatter kræver afgrænsningen af det relevante spænd normalt, at der i den specifikke markeds kontekst foretages en vurdering af, hvor stor en andel af deres behov, kunderne realistisk set er i stand til og villige til at flytte over på den dominerende virksomheds konkurrenter. Denne andel af kundernes efterspørgsel benævnes også "den konkurrenceudsatte andel"³²⁷ til forskel fra "den ikkekonkurrenceudsatte andel", som henviser til den del af efterspørgslen, som kunderne under alle omstændigheder ønsker at erhverve fra den dominerende virksomhed på grund af dens potentielle stilling som uomtvistelig handelspartner. Når en dominerende virksomhed anvender retroaktive rabatter, kan det sætte den i stand til at udnytte den ikkekonkurrenceudsatte andel af hver enkelt kundes efterspørgsel som løftestang til at sænke den effektive pris, som kunden betaler for den konkurrenceudsatte andel, til under omkostningerne.
150. Når Kommissionen anvender et pris-omkostningskriterie på den konkurrenceudsatte andel af efterspørgslen, foretager den et skøn over den effektive pris pr. konkurrenceudsat enhed, som en konkurrent til den dominerende virksomhed vil skulle tilbyde, for at kompensere kunden for tabet af rabatten, hvis denne flytter den konkurrenceudsatte andel af sin efterspørgsel væk fra den dominerende virksomhed. Den effektive pris pr. konkurrenceudsat enhed, som konkurrenten vil skulle tilbyde, er ikke den gennemsnitspris pr. enhed, som den dominerende virksomhed anvender, men den normale (liste)pris pr. enhed minus den samlede værdi af den rabat, som kunden mister ved at flytte den konkurrenceudsatte mængde over på konkurrenten, fordelt på de konkurrenceudsatte enheder i den relevante periode.
151. Hvis anvendelsen af et pris-omkostningskriterie viser, at den effektive pris, der opkræves af den dominerende virksomhed, er under AAC³²⁸, anses rabatordningen for at afvige fra konkurrence på ydelser. Afgørelsen om, at den effektive pris er under AAC, kan også være relevant for vurderingen af rabatordningens evne til at have ekskluderende virkninger (se punkt 145, litra f)).

4.3.2. Multiproduktrabatter

152. Dominerende virksomheder kan også markedsføre to eller flere særskilte produkter samlet og tilbyde køberne en vis belønning, f.eks. en rabat ("multiproduktrabat"), sammenlignet med, hvis de køber produkterne særskilt og enkeltvis. En sådan praksis kaldes også "blandet pakkesalg" eller "bundtede rabatter".
153. For denne form for misbrug finder den vejledning, der følger af EU-domstolens praksis for så vidt angår eksklusivaftaler og betingede rabatter, afhængigt af omstændighederne, tilsvarende anvendelse.

³²⁷ Bestemmelsen af den konkurrenceudsatte andel kan være underlagt væsentlige begrænsninger. For potentielle konkurrenter kan der, hvor det er muligt, foretages en vurdering af, i hvilket omfang en ny virksomhed realistisk set kunne træde ind på markedet.

³²⁸ I afsnit 4.2.4 redegøres der for de relevante omkostningsbenchmarks.

154. Multiproduktrabatter, der er betingede af, at kunderne køber hele eller en væsentlig del af deres behov for mindst et af produkterne fra den dominerende virksomhed, er underlagt de specifikke retlige kriterier i afsnit 4.2.1.
155. Multiproduktrabatter, der ikke er betingede af, at kunderne køber hele eller en væsentlig del af deres behov for mindst et af produkterne fra den dominerende virksomhed, kan udgøre misbrug, hvis denne praksis afviger fra konkurrence på ydelser og kan have ekskluderende virkninger. Det er typisk tilfældet, når multiproduktrabatten giver den dominerende virksomhed mulighed for at udnytte en dominerende stilling på et marked som løftestang på et eller flere andre markeder, og når dette kan have ekskluderende virkninger, f.eks. ved at styrke eller beskytte den dominerende stilling. Vejledningen i afsnit 4.3.1 kan være relevant³²⁹.

4.3.3. Selvbegunstigelse

156. Selvbegunstigelse består i, at en dominerende virksomhed aktivt³³⁰ giver sine egne produkter en mere gunstig behandling end konkurrenternes, hovedsagelig gennem ikkeprismæssig adfærd.
157. Selvbegunstigelse kan være udbredt i visse sektorer af økonomien, og spørgsmålet om, hvorvidt en given selvbegunstigende adfærd er i strid med artikel 102 i TEUF afhænger af analysen af alle relevante omstændigheder.
158. Selvbegunstigelse kan især udgøre misbrug, når den dominerende virksomhed udnytter sin dominerende stilling på et givet marked ("løftestangmarkedet") til at opnå en fordel på et beslægtet marked ("målmarkedet") gennem præferencebehandling. To markeder kan være beslægtede på forskellige måder, f.eks. hvis de indgår i en vertikal forbindelse, hvis den dominerende virksomheds konkurrenter på målmarkedet er faktiske eller potentielle brugere på løftestangmarkedet, eller hvis de to markeder er en del af den samme værdikæde³³¹.
159. Præferencebehandling kan f.eks. vedrøre positioneringen eller visningen af det relevante produkt på løftestangmarkedet³³², manipulation af kundernes adfærd og valg³³³ eller manipulation af auktioner. Præferencebehandling kan også være en kombination af flere på hinanden følgende praksisser over tid³³⁴.

³²⁹ Ved multiproduktrabatter, hvor der anvendes et pris-omkostningskriterie, sammenlignes den merpris, som kunderne betaler for hver af den dominerende virksomheds produkter i pakken, med de omkostninger, som den dominerende virksomhed skal afholde ved at medtage det pågældende produkt i pakken.

³³⁰ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (*Google Shopping*), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 240.

³³¹ Det kan f.eks. være tilfældet, hvis kunderne af produktet på et marked bruger det til at handle med kunder på et andet marked.

³³² Se i den forbindelse Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017 i sag AT. 39740 - *Google Shopping*, afsnit 7.2.1, og dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (*Google Shopping*), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 283. Se også Kommissionens afgørelse af 20. december 2022 i sag AT.40462 - *Amazon Marketplace* og AT.40703 - *Amazon Buy Box*, betragtning 203.

³³³ Jf. analogt dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 96-99.

³³⁴ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (*Google Shopping*), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 187 og 329.

160. For at afgøre, om selvbegunstigelse kan udgøre misbrug, skal det undersøges, om det at give den dominerende virksomheds egne produkter en mere gunstig behandling afviger fra konkurrence på ydelser, og om det kan have ekskluderende virkninger³³⁵.
161. Hvad angår den første betingelse kan følgende elementer, som hverken er kumulative eller udtømmende – foruden de faktorer, der er nævnt i afsnit 3.2 – være tegn på, at adfærden afviger fra konkurrence på ydelser:
- (i) præferencebehandlingen finder sted på et løftestangsmarked, som er en vigtig kilde til forretninger for konkurrenter på målmarkedet, som de ikke kan erstatte effektivt med andre midler³³⁶
 - (ii) præferencebehandlingen vil sandsynligvis påvirke brugernes adfærd uanset det relevante produkts iboende egenskaber³³⁷
 - (iii) præferencebehandlingen er sandsynligvis i strid med det underliggende forretningsmæssige rationale bag den dominerende virksomheds aktiviteter på løftestangsmarkedet, f.eks. fordi den er i strid med dens interesser eller med kunderne på det pågældende markeds interesser³³⁸.
162. Hvad angår undersøgelsen af adfærdens evne til at have ekskluderende virkninger finder de generelle betragtninger i afsnit 3.3 anvendelse. Selvbegunstigelse kan have ekskluderende virkninger på målmarkedet eller på både målmarkedet og løftestangsmarkedet. Hvis denne selvbegunstigelse består i en kombination af eller flere på hinanden følgende praksisser, bør der i forbindelse med undersøgelsen af virkningerne tages hensyn til disse praksissers overordnede virkninger³³⁹.

³³⁵ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 161-166, 175 og 195-196.

³³⁶ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 170, 171 og 174. Betydningen af det produkt, som den dominerende virksomhed leverer på løftestangsmarkedet, for konkurrenterne skal ikke forstås på samme måde som kravet om nødvendig forudsætning i forbindelse med leveringsnægtelse, eftersom selvbegunstigelse udgør en anden form for misbrug; de kriterier, der er fastsat i dom af 26. november 1998, Bronner, sag 7/97, EU:C:1998:569, behøver derfor ikke være opfyldt, jf. dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 230 og 240. Hvis det imidlertid fastslås, at produktet er uundværligt, er det et stærkt tegn på, at adfærden udgør misbrug, jf. analogt dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 70-71. Det forhold, at løftestangsmarkedet er en vigtig kilde til forretning for konkurrenterne, som ikke effektivt kan erstattes, kan også være et tegn på, at den selvbegunstigende adfærd kan have ekskluderende virkninger, jf. dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), sag T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 454; Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017 i sag AT. 39740 – Google Shopping, betragtning 591-592, og Kommissionens afgørelse af 20. december 2022 i sag AT.40462 – Amazon Marketplace og sag AT.40703 – Amazon Buy Box, betragtning 173-176.

³³⁷ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 172. Den mulige indflydelse, som selvbegunstigelse kan have på brugernes adfærd, er navnlig relevant, hvis den pågældende adfærd beror på brugernes adfærdsmæssige tilbøjeligheder.

³³⁸ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 176-185.

³³⁹ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 374.

4.3.4. Adgangsbegrænsning

163. Adgangsbegrænsning henviser til en situation, hvor en dominerende virksomhed begrænser adgangen til et input på anden vis end ved leveringsnægtelse³⁴⁰.
164. For at blive betragtet som misbrug skal adgangsbegrænsninger ikke opfylde det specifikke kriterium, der gælder for leveringsbetingelser, jf. afsnit 4.2.3³⁴¹, men skal i stedet vurderes ud fra den generelle vurderingsramme i afsnit 3. Det betyder, at det i den konkrete sag er nødvendigt at fastslå, om adfærden afviger fra konkurrence på ydelser og kan have ekskluderende virkninger.
165. Adgangsbegrænsninger kan udgøre misbrug, selv om det pågældende input ikke er en nødvendig forudsætning, da behovet for at beskytte virksomhedens aftalefrihed og incitamenter til at investere ikke finder anvendelse i samme omfang som i en situation med leveringsnægtelse³⁴². Inputtets betydning for den adgangssøgende vil imidlertid øge sandsynligheden for, at adgangsbegrænsninger kan have ekskluderende virkninger³⁴³.
166. Følgende eksempler på adgangsbegrænsninger kan, afhængigt af de faktiske omstændigheder i den enkelte sag, muligvis være i strid med artikel 102 i TEUF³⁴⁴:
- a) den dominerende virksomheds forretningspraksis kan medføre forsyningsafbrydelser for eksisterende kunder. Dominerende virksomheder må ikke ophøre med at levere til eksisterende kunder, som konkurrerer med dem på et downstream-marked, hvis kunderne følger almindelig forretningspraksis og de ordrer, de placerer, på ingen måde ligger uden for det normale³⁴⁵
 - b) den dominerende virksomhed undlader at leve op til en reguleringsmæssig forpligtelse til at give adgang³⁴⁶
 - c) den dominerende virksomhed nedjusterer eller forsinker den eksisterende levering af et input ved at pålægge urimelige adgangsbetingelser (også kaldet "implicit

³⁴⁰ Begrebet leveringsnægtelse er nærmere behandlet i disse retningslinjers afsnit 4.2.3 og vedrører de situationer, hvor en dominerende virksomhed har udviklet et input udelukkende eller hovedsagelig til eget brug.

³⁴¹ Dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 50 og 51.

³⁴² Dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 44-51. Hvis følgende to betingelser er opfyldt: i) den dominerende virksomheds input finansieres med offentlige midler og ikke gennem private investeringer, og ii) den dominerende virksomhed er ikke ejeren af inputtet, kan det f.eks. være tegn på, at kriteriet i dom af 26. november 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 41, ikke finder anvendelse. Jf. analogt dom af 12. januar 2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen, C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 87.

³⁴³ Dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 50.

³⁴⁴ Denne liste bør ikke betragtes som en udtømmende opregning af alle de tilfælde af adgangsbegrænsning, der muligvis kan udgøre misbrug.

³⁴⁵ Dom af 6. marts 1974, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen, forenede sager C-6/73 og C-7/73, EU:C:1974:18, præmis 25; og dom af 16. september 2008, Sot. Lélou kai Sia EE m.fl. mod GlaxoSmithKline AVE Farmakeftikon Proïonton, C-468/06 to C-478/06, EU:C:2008:504, præmis 77. Se også analogt dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 50.

³⁴⁶ Dom af 13. december 2018, Slovak Telekom mod Kommissionen, T-851/14, EU:T:2018:929, præmis 121, og dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 54-59.

leveringsnægtelse"). Dette kan f.eks. være tilfældet, når den dominerende virksomhed³⁴⁷:

- i) ikke fastsætter rimelige og gennemsigtige vilkår og betingelser for adgang, herunder regler for prisfastsættelse, eller
 - ii) ikke reagerer rettidigt på anmodninger om adgang eller forhæler indledningen af forhandlinger og undertegnelse af aftaler om at give tredjeparter adgang
- d) den dominerende virksomhed udvikler et input med det erklærede formål at dele det bredt med tredjeparter, men efterfølgende ikke giver adgang til eller begrænser adgangen til det pågældende input. I disse tilfælde har den dominerende virksomhed allerede fra starten truffet en forretnings- og investeringsmæssig beslutning om at dele inputtet og at indgå aftale med tredjeparter om at give adgang hertil³⁴⁸.

5. GENERELLE PRINCIPPER FOR VURDERINGEN AF OBJEKTIVE BEGRUNDELSER

167. En adfærd, der kan udgøre misbrug, kan falde uden for forbuddet i artikel 102 i TEUF, hvis den dominerende virksomhed kan føre tilstrækkeligt bevis for, at den pågældende adfærd er objektivt begrundet. For at være objektivt begrundet skal en adfærd være objektivt nødvendig ("forsvar begrundet i en objektiv nødvendighed") eller skabe effektivitetsgevinster, der opvejer for eller endog overvinder adfærdens negative virkninger på konkurrencen ("forsvar begrundet i effektivitetsgevinster")³⁴⁹.
168. Et forsvar begrundet i en objektiv nødvendighed skal baseres på beviser for, at den dominerende virksomheds adfærd var objektivt nødvendig for at nå et bestemt mål³⁵⁰. Den objektive nødvendighed kan skyldes legitime forretningsmæssige hensyn, f.eks. beskyttelse af den dominerende virksomhed mod illoyal konkurrence³⁵¹, eller kunders placering af ordrer, der går ud over det sædvanlige³⁵², eller hvis kundernes adfærd ikke er i overensstemmelse med loyal handelspraksis³⁵³. Det kan også skyldes tekniske begrundelser, der f.eks. knytter sig til opretholdelse eller forbedring af den dominerende

³⁴⁷ Kommissionens afgørelse af 15. oktober 2014 i sag AT.39.523 – Slovak Telekom, betragtning 428-821; dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom, C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 50; Kommissionens afgørelse af 22. juni 2011 i sag AT.39.525 — Telekomunikacja Polska, betragtning 566; og Kommissionens afgørelse af 13. december 2011 i sag COMP/C-3/39692 — IBM Maintenance Services, betragtning 31-37.

³⁴⁸ Jf. analogt dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 177-185.

³⁴⁹ Dom af 27. marts 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 40 og 41 og den deri nævnte retspraksis; dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 165; dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 84; dom af 21. december 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 201 og 202. Eksemplerne i dette afsnit er ikke udtømmende for så vidt angår mulige objektive begrundelser, der kan påberåbes i forbindelse med sager i henhold til artikel 102 i TEUF.

³⁵⁰ Se i den forbindelse dom af 3. oktober 1985, CBEM mod CLT og IPB, C-311/84, EU:C:1985:394, præmis 26 og 27.

³⁵¹ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 552.

³⁵² Dom af 16. september 2008, Sot. Lelos kai Sia m.fl., C-468/06 til C-478/06, EU:C:2008:504, præmis 70.

³⁵³ Dom af 14. februar 1978, United Brands og United Brands Continental mod Kommissionen, C-27/76, EU:C:1978:22, præmis 182-187.

virksomheds produkts præstationer³⁵⁴. Selv om de argumenter, der understøtter et forsvar begrundet i en objektiv nødvendighed f.eks. også kan vedrøre folkesundhed, sikkerhed eller andre almene hensyn³⁵⁵, har EU-domstolene bekræftet, at det ikke er den dominerende virksomheds opgave på eget initiativ at træffe foranstaltninger til at udelukke produkter, som virksomheden med rette eller urette anser for farlige eller for at være af en ringere kvalitet end dens egne produkter³⁵⁶, eller mere generelt at håndhævere andre virksomheders overholdelse af reglerne³⁵⁷. Et forsvar begrundet i en objektiv nødvendighed kan kun godtages, hvis de faktiske eller potentielle ekskluderende virkninger som følge af adfærden står i et rimeligt forhold til det påståede nødvendige mål³⁵⁸. Denne proportionalitetsbetingelse er ikke opfyldt, når det samme mål kunne opnås med mindre konkurrencebegrænsende midler³⁵⁹.

169. Et forsvar begrundet i effektivitetsgevinster kræver, at det godtgøres, at de ekskluderende virkninger, der følger af den dominerende virksomheds adfærd, opvejes, endog overvindes, af effektivitetsgevinster, som ligeledes er til gavn for forbrugerne³⁶⁰. Når en dominerende virksomheds adfærd kan have ekskluderende virkninger, tages enhver fordel i form af effektivitetsgevinster først i betragtning ved undersøgelsen af objektive begrundelser³⁶¹. Et forsvar begrundet i effektivitetsgevinster kan ikke godtages, hvis de ekskluderende virkninger, der følger af den pågældende adfærd, ikke har nogen forbindelse til de påståede fordele for forbrugerne, eller hvis disse virkninger går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå disse fordele³⁶². For at føre bevis for et forsvar begrundet i effektivitetsgevinster skal den dominerende virksomhed føre tilstrækkeligt bevis for, at følgende fire kumulative betingelser er opfyldt:

- a) de effektivitetsgevinster, der sandsynligvis vil være en følge af den adfærd, der undersøges, opvejer enhver sandsynlig negativ virkning for konkurrencen og forbrugernes interesser på de berørte markeder
- b) effektivitetsgevinsterne er opnået eller vil kunne opnås som følge af den pågældende adfærd

³⁵⁴ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 552. Se også dom af 17. september 2007, Microsoft mod Kommissionen, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 1146 og 1159, hvor argumentet om, at indbygningen af Windows Media Player i Windows medfører tekniske effektivitetsgevinster eller medfører, "at produktet præsterer en bedre ydelse i teknisk henseende", blev afvist.

³⁵⁵ F.eks. at adfærden bidrager til Unionens modstandsdygtighed, da den er nødvendig for at mindske afhængigheder og afhjælpe mangler eller afbrydelser i forsyningskæderne.

³⁵⁶ Dom af 12. december 1991, Hilti mod Kommissionen, T-30/89 P, EU:T:1991:70, præmis 118; dom af 6. oktober 1994, Tetra Pak mod Kommissionen, T-83/91, EU:T:1994:246, præmis 138.

³⁵⁷ Se i den forbindelse dom af 12. december 1991, Hilti mod Kommissionen, T-30/89, EU:T:1991:70, præmis 116-118.

³⁵⁸ Dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 103. Se i den forbindelse dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 883.

³⁵⁹ Ibid.

³⁶⁰ Dom af 15. marts 2007, British Airways mod Kommissionen, C-95/04 P, EU:C:2007:166, præmis 86; dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 48; dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 140.

³⁶¹ Dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 188. Se også i den forbindelse dom af 12. maj 2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl., C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 84-86.

³⁶² Dom af 17. februar 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 76.

- c) den pågældende adfærd er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne,
- d) den pågældende adfærd udelukker ikke den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder.³⁶³
170. Selv om det står den dominerende virksomhed frit for at begrunde enhver adfærd, der kan udgøre misbrug, skal der som led i den afvejning, der skal foretages i den forbindelse, tages behørigt hensyn til, om den pågældende adfærd har et stort potentiale til at have ekskluderende virkninger, eller om der er tale om en ikkeskjult begrænsning.
171. Det påhviler den dominerende virksomhed at godtgøre, at der er tale om en objektiv nødvendighed eller effektivitetsgevinster³⁶⁴. Vage, generelle og teoretiske argumenter, eller argumenter, som udelukkende henviser til virksomhedens egne forretningsmæssige interesser, er ikke tilstrækkelige til at godtgøre effektivitetsgevinster³⁶⁵. Samtidig er det i forbindelse med vurderingen af et forsvar begrundet i effektivitetsgevinster ikke relevant, om den pågældende praksis skyldes en bevidst vilje eller tværtimod kun er utilsigtet³⁶⁶. Det kræver overbevisende og samstemmende argumenter og beviser at godtgøre en objektiv nødvendighed eller effektivitetsgevinster, især når den dominerende virksomhed naturligt er bedre placeret end Kommissionen til at afsløre eksistensen heraf eller godtgøre den relevante karakter³⁶⁷, hvilket typisk er tilfældet ved anvendelsen af artikel 102 i TEUF.

³⁶³ Dom af 27. marts 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 42; dom af 30. januar 2020, *Generics (UK) m.fl.*, C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 166; dom af 14. september 2022, *Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 602, 876 og i den forbindelse præmis 889-891; dom af 21. december 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, præmis 204.

³⁶⁴ Dom af 6. oktober 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 49; dom af 17. september 2007, *Microsoft mod Kommissionen*, T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 688 og 1144; dom af 10. november 2021, *Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 554; dom af 14. september 2022, *Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 601. Det påhviler den virksomhed, der påberåber sig retten til at bestride, at der foreligger en overtrædelse, at føre det krævede bevis for, at betingelserne for at gøre en sådan indsigelse gældende er opfyldt, jf. betragtning 5 og artikel 2 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 om gennemførelsen af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 [nu artikel 101 og 102 i TEUF] (EFT L 1 af 4.1.2003).

³⁶⁵ Dom af 30. januar 2020, *Generics (UK) m.fl.*, C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 166.

³⁶⁶ Dom af 30. januar 2020, *Generics (UK) m.fl.*, C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 168.

³⁶⁷ Dom af 1. juli 2010, *AstraZeneca mod Kommissionen*, T-321/05, EU:T:2010:266, præmis 686 (se også præmis 688-689 og 693, hvori det antydes, at påstanden om en objektiv begrundelse ikke var troværdig i lyset af manglen på interne dokumenter til støtte for den påståede begrundelse og AstraZenecas selvmodsigende adfærd i forskellige medlemsstater); dom af 10. november 2021, *Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, præmis 577.