



**RÅDET FOR
DEN EUROPÆISKE UNION**

**Bruxelles, den 18. februar 2009 (19.02)
(OR. en)**

**17065/1/08
REV 1**

RC 26

FØLGESKRIVELSE

fra:	Jordi AYET PUIGARNAU, direktør, på vegne af generalsekretæren for Europa-Kommissionen
modtaget den:	9. februar 2009
til:	Javier SOLANA, generalsekretær/højtstående repræsentant

Vedr.: MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN
Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd

Hermed følger til delegationerne Kommissionens dokument - K(2009) 864 endelig.

Delegationerne anmodes om at se bort fra dok. 17065/09 RC 26 (KOM(2008) 832 endelig). Kun nærværende udgave af "Vejledning i, hvordan Kommissionen prioriterer sin håndhævelse af EF-traktatens artikel 82 i forbindelse med virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd" er gyldig.

Bilag: K(2009) 864 endelig



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 9.2.2009
K(2009) 864 endelig

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

**Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med
anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende
stilling gennem ekskluderende adfærd**

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd

(EØS-relevant tekst)

INDHOLDSFORTEGNELSE

I	Indledning.....	4
II	Formålet med dette dokument	4
III	Den generelle politik over for ekskluderende adfærd.....	5
A.	Markedsstyrke	5
a)	Den dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling	6
b)	Ekspansion eller markedstilgang	7
c)	Modstående købermagt	8
B.	Markedsafskærmning til skade for forbrugerne ("konkurrenceskadelig afskærmning")	8
C.	Prisbaseret ekskluderende adfærd.....	11
D.	Objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster	13
IV	Særlige former for misbrug	14
A.	Eksklusivaftaler	14
a)	Eksklusive købsforpligtelser	14
b)	Betingede rabatter	15
c)	Effektivitetsgevinster	18
B.	Kombinationssalg	18
a)	Særskilte produkter	19
b)	Konkurrenceskadelig afskærmning på det primære og/eller det sekundære marked ..	19
c)	Multiproduktrabatter	20
d)	Effektivitetsgevinster	21
C.	Dumpingpriser	21
a)	Tab	21

b)	Konkurrenceskadelig afskærmning	22
c)	Effektivitetsgevinster	22
D.	Leveringsnægtelse og margin squeeze.....	22
a)	Inputtets objektive nødvendighed.....	22
b)	Eliminering af den effektive konkurrence.....	22
c)	Skade for forbrugerne	22
d)	Effektivitetsgevinster	22

I INDLEDNING

1. Artikel 82 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab ("artikel 82") forbyder misbrug af en dominerende stilling. Ifølge retspraksis er det ikke i sig selv ulovligt, at en virksomhed indtager en dominerende stilling, og en dominerende virksomhed har ret til at konkurrere efter evne. Virksomheden bærer dog et særligt ansvar for ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet. Artikel 82 udgør retsgrundlaget for en væsentlig del af konkurrencepolitikken, og når den håndhæves effektivt, bidrager det til, at markederne kommer til at fungere bedre til gavn for både erhvervslivet og forbrugerne. Dette er særlig vigtigt for at nå det overordnede mål, nemlig etablering af et integreret indre marked.

II FORMÅLET MED DETTE DOKUMENT

2. I dette dokument redegøres der for den prioritering, som vil være vejledende for Kommissionen ved anvendelsen af artikel 82 på dominerende virksomheders ekskluderende adfærd. Sammen med Kommissionens konkrete beslutninger skal dokumentet dels skabe større klarhed og forudsigelighed med hensyn til de generelle regler, som Kommissionen anvender ved afgørelsen af, om den bør forfølge sager vedrørende forskellige former for ekskluderende adfærd, dels give virksomhederne større mulighed for at vurdere, om en bestemt adfærd kan antages at give anledning til, at Kommissionen griber ind i medfør af artikel 82.
3. Formålet med dette dokument er ikke at fastlægge gældende ret, og det tilsigter ikke at foregribe den fortolkning af artikel 82, som De Europæiske Fællesskabers Domstol eller Retten i Første Instans måtte anlægge. De generelle rammer, der redegøres for i dette dokument, påvirker heller ikke Kommissionens mulighed for at afvise en klage, når den finder en sag uden betydning af andre årsager, for eksempel som følge af manglende fællesskabsinteresse.
4. Artikel 82 finder anvendelse på virksomheder, der indtager en dominerende stilling på et eller flere relevante markeder. En dominerende stilling kan indtages enten af en enkelt virksomhed (enedominans) eller af to eller flere virksomheder (kollektiv dominans). Dette dokument vedrører kun misbrug, der begås af en virksomhed med dominerende stilling.
5. Når Kommissionen anvender artikel 82 på dominerende virksomheders ekskluderende adfærd, vil den koncentrere sig om de former for adfærd, der er mest skadelige for forbrugerne. Konkurrencen kommer forbrugerne til gode gennem lavere priser, højere kvalitet og et større udvalg af nye og bedre varer og tjenester. Kommissionen vil derfor målrette håndhævelsen med henblik på at sikre, at markederne fungerer tilfredsstillende, og forbrugerne drager fordel af den effektivitet og produktivitet, som en effektiv konkurrence mellem virksomhederne medfører.
6. Kommissionen lægger ved sin håndhævelse i forbindelse med ekskluderende adfærd stor vægt på at beskytte konkurrencen på det indre marked og på at sikre, at virksomheder med en dominerende stilling ikke udelukker deres konkurrenter med andre midler end fair konkurrence om de produkter og tjenester, de udbyder. I den

forbindelse er Kommissionen opmærksom på, at det er vigtigt at beskytte en effektiv konkurrence og ikke blot beskytte konkurrenterne. Det kan betyde, at konkurrenter, som er mindre interessante for forbrugerne, når det gælder priser, valgmuligheder, kvalitet og innovation, må forlade markedet.

7. En adfærd, som indebærer at en virksomhed direkte udnytter forbrugerne, for eksempel gennem uforholdsmæssigt høje priser, eller en bestemt adfærd, som underminerer bestræbelserne på at etablere et integreret indre marked, vil også kunne udgøre en overtrædelse af artikel 82. Kommissionen kan beslutte at gribe ind over for en sådan adfærd, navnlig hvis der ikke findes andre metoder, som er tilstrækkelige til at beskytte forbrugerne og til at sikre, at det indre marked fungerer tilfredsstillende. Med henblik på at vejlede om prioriteringen af håndhævelsen, vil Kommissionen på dette trin begrænse sig til at behandle ekskluderende adfærd og navnlig bestemte former for ekskluderende adfærd, som ifølge dens erfaringer forekommer oftest.
8. Ved anvendelsen af de generelle principper, der er fastsat i denne meddelelse, vil Kommissionen tage hensyn til de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i hvert enkelt tilfælde. For eksempel vil Kommissionen i forbindelse med sin vurdering af sager vedrørende regulerede markeder tage hensyn til de specifikke regler på området¹. Kommissionen kan derfor tilpasse de principper, der er beskrevet i denne meddelelse, i det omfang det forekommer rimeligt og hensigtsmæssigt i en given sag.

III GENERELLE PRINCIPPER I FORBINDELSE MED EKSKLUDERENDE ADFÆRD

A. Markedsstyrke

9. Det første skridt i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 er at vurdere, om en virksomhed indtager en dominerende stilling, og hvor stor en markedsstyrke den har. Ifølge retspraksis vil en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, være underlagt et særligt ansvar, hvis omfang skal ses i lyset af de specifikke forhold, der gør sig gældende i den enkelte sag².
10. Dominans er i fællesskabsretten blevet defineret som en virksomheds økonomiske magtposition, som 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 over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne³. Dette uafhængighedsbegreb er knyttet til spørgsmålet om, hvor stort et konkurrencemæssigt pres der udøves på den pågældende virksomhed. Dominans indebærer, at det konkurrencemæssige pres ikke er tilstrækkeligt effektivt, og at den

¹ Se for eksempel punkt 82.

² Sag 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin (Michelin I) mod Kommissionen*, Sml. 1983, s. 3461, præmis 57, sag T-83/91, *Tetra Pak mod Kommissionen (Tetra Pak II)*, Sml. 1993 II, s. 755, præmis 114, sag T-111/96, *ITT Promedia mod Kommissionen*, Sml. 1998 II, s. 2937, præmis 139, sag T-228/97, *Irish Sugar mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 2969, præmis 112 og sag T-203/01, *Michelin mod Kommissionen (Michelin II)*, Sml. 2003 II, s. 4071, præmis 97.

³ Jf. sag 27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal mod Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, præmis 65 og sag 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. mod Kommissionen*, Sml. 1979, s. 461, præmis 38.

pågældende virksomhed derfor har en betydelig markedsstyrke i en given periode. Det betyder, at virksomhedens beslutninger stort set ikke påvirkes af konkurrenternes, kunders og i sidste instans forbrugernes handlinger og reaktioner. Kommissionen kan nå til den konklusion, at der ikke er noget effektivt konkurrencemæssigt pres, selv om der fortsat er tale om en vis faktisk eller potentiel konkurrence⁴. En dominerende stilling skyldes generelt en kombination af flere forskellige faktorer, som ikke nødvendigvis er afgørende hver for sig⁵.

11. Efter Kommissionens opfattelse er en virksomhed, der med fortjeneste kan forhøje priserne ud over det konkurrencedygtige niveau i en væsentlig periode, ikke udsat for et tilstrækkeligt effektivt konkurrencemæssigt pres, og den kan derfor generelt betragtes som dominerende⁶. I denne meddelelse omfatter udtrykket "at forhøje priserne" virksomhedens evne til at opretholde et prisniveau, der ligger over det konkurrencedygtige niveau, og det bruges kort for de forskellige måder, hvorpå konkurrenceparametrene – såsom priser, produktion, innovation, udvalget af varer eller tjenester eller disses kvalitet – kan påvirkes til fordel for den dominerende virksomhed og til skade for forbrugerne⁷.
12. Ved vurderingen af dominans tages der hensyn til markedets konkurrencestruktur og især følgende faktorer:
 - det konkurrencemæssige pres, der skyldes de faktiske konkurrenters eksisterende leverancer og disse konkurrenters markedsstilling (den dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling)
 - det konkurrencemæssige pres, der skyldes en troværdig trussel om, at de faktiske konkurrenter vil ekspandere i fremtiden, eller at der kommer potentielle konkurrenter ind på markedet (ekspansion og markedstilgang)
 - det konkurrencemæssige pres, der skyldes den forhandlingsstyrke, som virksomhedens kunder er i besiddelse af (modstående købermagt).

a) *Den dominerende virksomheds og dens konkurrenters markedsstilling*

13. Markedsandelene giver Kommissionen det første nyttige fingerpeg om markedsstrukturen og de forskellige virksomheders relative betydning på markedet⁸.

⁴ Jf. sag 27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal mod Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, præmis 113-121 og sag T-395/94, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, Sml. 2002 II, s. 875, præmis 330.

⁵ Jf. sag 27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal mod Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, præmis 65 og 66, sag C-250/92, *Gøttrup-Klim Grovwareforeninger e.a. mod Dansk Landbrugs Grovvarerelskab*, Sml. 1994 I, s. 5641, præmis 47 og sag T-30/89, *Hilti mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 90.

⁶ Hvad der skal forstås ved en væsentlig periode, afhænger af produktet og forholdene på det pågældende marked, men normalt vil en periode på to år være tilstrækkelig.

⁷ Regnskabsmæssig rentabilitet er ikke nødvendigvis en god målestok for udnyttelse af markedsstyrke. Se i denne forbindelse sag 27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal mod Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, præmis 126.

⁸ Sag 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. mod Kommissionen*, Sml. 1979, s. 461, præmis 39-41, sag C-62/86, *AKZO mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, præmis 60, sag T-30/89, *Hilti mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 90-92 og sag T-340/03, *France Télécom mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 107, præmis 100.

Kommissionen vil dog fortolke virksomhedernes markedsandele på grundlag af forholdene på det relevante marked, og især markedsdynamikken og produkternes differentieringsgrad. Tendensen eller udviklingen i markedsandelene over tid kan også tages i betragtning på ustabile markeder eller på udbudsmarkeder.

14. Efter Kommissionens opfattelse er små markedsandele generelt et tegn på, at der ikke foreligger en betydelig markedsstyrke. Det er Kommissionens erfaring, at dominans ikke er sandsynlig, hvis virksomheden har en andel på under 40 % af det relevante marked. Der kan dog være særlige tilfælde under denne tærskel, hvor konkurrenterne ikke er i stand til at begrænse en dominerende virksomheds adfærd i tilstrækkelig grad, for eksempel hvis de er udsat for alvorlige kapacitetsbegrænsninger. Der kan også være behov for, at Kommissionen behandler sager af denne art.
15. Erfaringerne viser, at jo større markedsandelen er, og jo længere virksomheden har denne andel, desto mere sandsynligt er det, at den er et første vigtigt tegn på en dominerende stilling og, under visse omstændigheder, på eventuelle alvorlige virkninger af misbrug af en sådan stilling, som kan begrunde, at Kommissionen griber ind i medfør af artikel 82⁹. Normalt vil Kommissionen dog ikke drage en endelig konklusion med hensyn til, om en sag bør forfølges, uden at have undersøgt alle de faktorer, der kan være tilstrækkelige til at begrænse virksomhedens adfærd.

b) Ekspansion eller markedstilgang

16. Konkurrence er en dynamisk proces, og en vurdering af det konkurrencemæssige pres på en virksomhed kan ikke foretages udelukkende på grundlag af den eksisterende markedssituation. De potentielle virkninger af faktiske konkurrenters ekspansion eller potentielle konkurrenters tilgang til markedet, herunder truslen om en sådan ekspansion eller tilgang, er også relevante. En virksomhed kan afskrækkes fra at forhøje priserne, hvis der er sandsynlighed for en rettidig og tilstrækkelig ekspansion eller tilgang. For at Kommissionen kan betragte ekspansion eller markedstilgang som sandsynlig, må det være tilstrækkelig rentabelt for konkurrenten eller den nye virksomhed på markedet, idet der tages hensyn til faktorer såsom ekspansions- eller adgangsbarrierer, den angiveligt dominerende virksomheds og andre konkurrenters sandsynlige reaktioner og risikoen for, at projektet slår fejl, samt de omkostninger, dette vil medføre. For at ekspansion eller markedstilgang kan betragtes som rettidig, skal den ske tilstrækkelig hurtigt til at afskrække virksomheden fra eller forhindre den i at udnytte sin betydelige markedsstyrke. For at ekspansion eller markedstilgang kan betragtes som tilstrækkelig, må den ikke kun være af beskedent omfang, for eksempel adgang til en niche på markedet, men skal være af en sådan størrelsesorden, at den kan afskrække ethvert forsøg fra den angiveligt dominerende virksomheds side på at forhøje priserne på det relevante marked.
17. Ekspansions- eller adgangsbarrierer kan antage forskellige former. Der kan være tale om retlige hindringer, såsom told eller kvoter, eller fordele, som særligt kommer den

⁹ Med hensyn til forholdet mellem graden af dominans og konstatering af misbrug henvises til de forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge og Dafa-Lines mod Kommissionen* Sml. 2000 I, s. 1365, præmis 119 og sag T-228/97, *Irish Sugar mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 2969, præmis 186.

dominerende virksomhed til gode, såsom stordriftsfordele eller synergieffekter, fortrinsret til væsentlige råmaterialer eller naturressourcer, vigtig teknologi¹⁰ eller et etableret distributions- og salgsnet¹¹. De kan også omfatte omkostninger og andre hindringer for kunder, der ønsker at skifte leverandør, for eksempel som følge af netværkseffekter. Den dominerende virksomheds egen adfærd kan også skabe adgangsbarrierer, for eksempel hvis den har foretaget betydelige investeringer, som nyttilkomne virksomheder eller konkurrenter skal matche¹², eller hvis den har indgået langfristede kundecontrakter, som har betydelige afskærmende virkninger. Vedvarende store markedsandele kan være tegn på ekspansions- og adgangsbarrierer.

c) *Modstående købermagt*

18. Det er ikke kun virksomhedens faktiske eller potentielle konkurrenter, men også dens kunder, der kan udøve et konkurrencemæssigt pres. Selv en virksomhed med en stor markedsandel kan være ude af stand til i vid udstrækning at handle uafhængigt af kunder med tilstrækkelig forhandlingsstyrke¹³. En sådan modstående købermagt kan skyldes kundernes størrelse eller deres kommercielle betydning for den dominerende virksomhed og deres evne til hurtigt at skifte leverandør, at fremme tilgang af nye virksomheder eller at foretage vertikal integration samt at fremsætte overbevisende trusler derom. Hvis den modstående købermagt er tilstrækkelig stor, kan den ødelægge virksomhedens forsøg på at forhøje priserne med fortjeneste eller afskrække den fra at gøre det. Købermagt kan dog ikke anses for et tilstrækkelig effektivt pres, hvis den kun sikrer, at en bestemt eller en begrænset del af kunderne beskyttes mod den dominerende virksomheds markedsstyrke.

B. Markedsafskærmning til skade for forbrugerne ("konkurrenceskadelig afskærmning")

19. Kommissionens håndhævelse i forbindelse med ekskluderende adfærd har til formål at sikre, at dominerende virksomheder ikke skader den effektive konkurrence ved at afskærme markedet for deres konkurrenter på en konkurrenceskadelig måde og dermed påvirker forbrugernes velfærd negativt, hvad enten det sker i form af et højere prisniveau, end der ellers ville have været gældende, eller i en hvilken som helst anden form, såsom dårligere kvalitet eller færre valgmuligheder for forbrugerne. I dette dokument anvendes udtrykket "konkurrenceskadelig afskærmning" til at beskrive en situation, hvor faktiske eller potentielle konkurrenter helt eller delvis hindres adgang til leverancer eller markeder som følge af den dominerende virksomheds adfærd, hvorved den dominerende virksomhed kan blive i stand til at forhøje priserne med fortjeneste til skade for forbrugerne¹⁴. Vurderingen af om afskærmningen kan skade forbrugerne, kan foretages på grundlag af kvalitative og, hvis det er muligt og hensigtsmæssigt, kvantitative beviser.

¹⁰ Sag T-30/89, *Hilti mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 19.

¹¹ Sag 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. mod Kommissionen*, Sml. 1979, s. 461, præmis 48.

¹² Sag 27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal mod Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, præmis 91.

¹³ Jf. sag T-228/97, *Irish Sugar mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 2969, præmis 97-104, hvor Retten i Første Instans tog stilling til, om virksomhedens 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.

¹⁴ Med hensyn til betydningen af udtrykket "at forhøje priserne" henvises til punkt 11.

Kommissionen vil behandle en sådan konkurrenceskadelig afskærmning enten på niveauet for forbrugere i mellemløddet eller på niveauet for de endelige forbrugere eller på begge niveauer¹⁵.

20. Kommissionen vil normalt foretage en vurdering i henhold til artikel 82, når der foreligger stærke og klare beviser på, at det påståede misbrug af en dominerende stilling vil kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning. Kommissionen finder generelt følgende faktorer relevante for en sådan vurdering:

- *den dominerende virksomheds stilling*: Generelt forholder det sig således, at jo stærkere den dominerende stilling er, desto større er sandsynligheden for, at den adfærd, der udøves for at beskytte denne stilling, fører til konkurrenceskadelig afskærmning
- *forholdene på det relevante marked*: Dette omfatter adgangs- og ekspansionsbetingelser, såsom stordriftsfordele og/eller synergieffekter og netværksvirkninger. Stordriftsfordele indebærer, at det er mindre sandsynligt, at konkurrenter vil komme ind på markedet eller blive på markedet, hvis den dominerende virksomhed afskærmer en væsentlig del af det relevante marked. Tilsvarende kan adfærden give den dominerende virksomhed mulighed for at "tippe" et marked, der er karakteriseret ved netværksvirkninger, over til sin egen fordel eller at konsolidere sin stilling yderligere på et sådant marked. Hvis der er betydelige adgangsbarrierer på upstream- og/eller downstream-markedet, betyder det også, at det kan være dyrt for konkurrenterne at bekæmpe en eventuel afskærmning gennem vertikal integration
- *den stilling, den dominerende virksomheds konkurrenter indtager*: Dette omfatter konkurrenternes betydning for opretholdelsen af en effektiv konkurrence. En bestemt konkurrent kan spille en væsentlig konkurrencemæssig rolle, selv om den i forhold til andre konkurrenter har en beskeden markedsandel. Det kan for eksempel være den dominerende virksomheds nærmeste konkurrent, en særlig innovativ konkurrent, eller en konkurrent, der har ry for systematisk at sætte priserne ned. Hvor det er hensigtsmæssigt, kan Kommissionen også i sin vurdering tage hensyn til, om der på grundlag af de foreliggende oplysninger, findes realistiske, effektive og hurtige strategier, som konkurrenterne vil kunne benytte
- *kundernes eller inputleverandørernes stilling*: Dette kan omfatte undersøgelse af, om den pågældende adfærd er selektiv. Den dominerende virksomhed anvender måske sin praksis udelukkende over for udvalgte kunder eller leverandører af input, der kan være af særlig betydning for konkurrenternes markedsadgang eller ekspansion, hvilket øger sandsynligheden for konkurrenceskadelig afskærmning¹⁶. Der kan for eksempel være tale om de kunder, som med størst sandsynlighed vil

¹⁵ Begrebet "forbrugere" omfatter alle direkte eller indirekte brugere af de produkter, der berøres af den pågældende adfærd, herunder producenter i mellemløddet, der anvender produkterne som input, samt distributører og endelige forbrugere af såvel mellemproduktet som de produkter, der udbydes af producenterne i mellemløddet. Hvis brugerne i mellemløddet er den dominerende virksomheds faktiske eller potentielle konkurrenter, vil vurderingen blive koncentreret om den pågældende adfærds virkninger for brugerne i de efterfølgende omsætningsled.

¹⁶ Sag T-228/97, *Irish Sugar mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 2969, præmis 188.

reagere på tilbud fra alternative udbydere, eller som anvender særlige metoder til distribution af produktet, der ville være velegnede for en ny virksomhed, eller som er beliggende i et geografisk område, der er velegnet til ny markedsadgang, eller som vil kunne påvirke andre kunders adfærd. Hvad angår inputleverandører, kan de virksomheder, der har indgået eksklusive leveringsaftaler med den dominerende virksomhed, være dem, der med størst sandsynlighed vil reagere på forespørgsler fra kunder, der konkurrerer med den dominerende virksomhed på downstream-markedet, eller som kan fremstille en produktkvalitet – eller gennemføre sin produktion på et sted – der er særlig velegnet for en nytilkommen virksomhed. Der vil også blive taget hensyn til strategier, som kunderne eller inputleverandørerne råder over, og som kunne bidrage til at imødegå den dominerende virksomheds adfærd

- *omfanget af det påståede misbrug af en dominerende stilling*: Generelt gælder det, at jo større andel af den samlede afsætning på det relevante marked, der påvirkes af den pågældende virksomheds adfærd, desto længere vil denne adfærd vare, og jo mere regelmæssigt virksomheden har udøvet den pågældende adfærd, desto større er den sandsynlige afskærmende virkning
 - *mulige beviser på, at der faktisk foreligger afskærmning*: Hvis den pågældende adfærd har været anvendt tilstrækkelig længe, kan den dominerende virksomheds og konkurrenternes resultater på markedet være direkte bevis på en konkurrenceskadelig afskærmning. Den dominerende virksomheds markedsandel kan være forøget eller et tab af markedsandel kan være dæmpet som følge af forhold, der skyldes et påstået misbrug af en dominerende stilling. Tilsvarende kan faktiske konkurrenter være blevet marginaliseret eller tvunget ud af markedet, eller potentielle konkurrenter kan have gjort et mislykket forsøg på at komme ind på markedet
 - *direkte bevis på en ekskluderende strategi*: Dette omfatter interne dokumenter, som indeholder direkte beviser på en strategi, der tager sigte på at udelukke konkurrenter, såsom en udførlig plan om at udøve en bestemt adfærd for at udelukke en konkurrent, at forhindre virksomheder i at få adgang til markedet eller at forhindre, at der opstår et nyt marked, eller beviser på konkrete trusler om ekskluderende adfærd. Sådanne direkte beviser kan være nyttige i forbindelse med fortolkningen af den dominerende virksomheds adfærd.
21. Når Kommissionen undersøger en sag, vil den foretage en nærmere analyse af de i punkt 20 nævnte generelle faktorer og de mere specifikke faktorer, der er beskrevet i afsnittene om specifikke former for ekskluderende adfærd, samt eventuelle andre faktorer, som den måtte finde relevante. Denne vurdering vil normalt blive foretaget ved at sammenligne den faktiske eller den sandsynlige fremtidige situation på det relevante marked (med den dominerende virksomheds adfærd) med en passende kontrafaktisk situation, for eksempel uden den pågældende adfærd, eller med en realistisk alternativ situation vedrørende gangse forretningsmetoder.
22. Der kan være tilfælde, hvor det ikke er nødvendigt, at Kommissionen foretager en detaljeret vurdering, inden den konkluderer, at den pågældende adfærd vil kunne skade forbrugerne. Hvis det viser sig, at den udelukkende hindrer konkurrencen og ikke medfører effektivitetsgevinster, kan det konkluderes, at den har konkurrencebegrænsende virkninger. Det kan for eksempel være tilfældet, hvis den

dominerende virksomhed forhindrer sine kunder i at prøve konkurrenternes produkter eller giver dem økonomiske incitamenter til ikke at prøve dem, eller betaler en distributør eller en kunde for at forsinke markedsføringen af en konkurrents produkt.

C. Prisbaseret ekskluderende adfærd

23. Betragtningerne i punkt 23 til 27 finder anvendelse på prisbaseret ekskluderende adfærd. Skarp priskonkurrence er normalt en fordel for forbrugerne. Kommissionen vil normalt kun gribe ind med det formål at forhindre konkurrenceskadelig afskærmning, hvis den pågældende adfærd har kunnet eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed¹⁷.
24. Kommissionen erkender dog, at en mindre effektiv konkurrent i visse tilfælde også kan udøve et pres, som bør tages i betragtning ved vurderingen af, om en bestemt prisbaseret adfærd medfører konkurrenceskadelig afskærmning. Kommissionen vil undersøge dette pres ud fra et dynamisk synspunkt, da en sådan konkurrent – i en situation, hvor den dominerende virksomhed ikke misbruger sin stilling – kan få efterspørgselsrelaterede fordele, såsom netværks- og læringseffekter, som vil have en tendens til at forbedre dens effektivitet.
25. For at fastslå, om det er sandsynligt at den pågældende adfærd vil kunne afskærme markedet for selv en hypotetisk konkurrent, der er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, vil Kommissionen undersøge økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser, og den vil navnlig undersøge, om den dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end dens omkostninger. Dette forudsætter, at der foreligger tilstrækkeligt pålidelige data. Kommissionen vil benytte den dominerende virksomheds egne omkostningsoplysninger, hvis de foreligger. Er dette ikke tilfældet, kan Kommissionen beslutte at benytte konkurrenternes omkostningsoplysninger eller andre tilsvarende pålidelige data.
26. De benchmarks, som Kommissionen sandsynligvis vil benytte, er de gennemsnitlige, undgåelige omkostninger (AAC) og de langsigtede, gennemsnitlige

¹⁷ Sag 62/86, *AKZO Chemie mod Kommissionen*, Sml. 1991, s. 3359, præmis 72: med hensyn til prissætning under de gennemsnitlige samlede omkostninger (ATC) fastslog Domstolen følgende: "Sådanne priser kan nemlig udelukke virksomheder fra markedet, der måske er lige så effektive som den dominerende virksomhed, men som ikke er i stand til at modstå den konkurrence, de udsættes for, som følge af deres mindre økonomiske styrke". Se også dom af 10. april 2008 i sag T-271/03, *Deutsche Telekom mod Kommissionen*, endnu ikke offentliggjort, præmis 194.

meromkostninger (LRAIC)¹⁸. Hvis den dominerende virksomhed ikke kan dække AAC, er det tegn på, at den giver afkald på sin fortjeneste på kort sigt, og at en lige så effektiv konkurrent ikke kan betjene de pågældende kunder uden at lide tab. LRAIC er normalt højere end AAC, fordi LRAIC i modsætning til AAC (der kun omfatter faste omkostninger, som virksomheden pådrager sig i den periode, der undersøges) omfatter produktspecifikke, faste omkostninger, der opstår inden den periode, hvor det påståede misbrug af en dominerende stilling fandt sted. Hvis den dominerende virksomhed ikke kan dække LRAIC, er det tegn på, at den ikke får dækket alle de faste omkostninger, der kan henføres til de pågældende produkter eller tjenester, og at det kunne afskærme markedet for en lige så effektiv konkurrent¹⁹.

27. Hvis det klart fremgår af de foreliggende data, at en lige så effektiv konkurrent kan konkurrere effektivt med den dominerende virksomhed på trods af dennes prismæssige adfærd, vil Kommissionen i princippet konkludere, at denne adfærd formodentlig ikke vil påvirke den effektive konkurrence negativt og dermed heller ikke forbrugerne, og den vil sandsynligvis derfor ikke gribe ind. Hvis de foreliggende data derimod tyder på, at den pris, der opkræves af den dominerende virksomhed, vil kunne afskærme markedet for lige så effektive konkurrenter, vil Kommissionen tage dette forhold med i sin generelle vurdering af den konkurrenceskadelige afskærmning (jf. afsnit B ovenfor), idet den tager hensyn til andre relevante kvantitative og/eller kvalitative beviser.

¹⁸ De gennemsnitlige, undgåelige omkostninger er gennemsnittet af de omkostninger, som virksomheden kunne have undgået, hvis den ikke havde produceret en given mængde (ekstra) produkter, og det vil i dette tilfælde sige den mængde, der påstås at være omfattet af misbruget af dominans. I de fleste tilfælde vil AAC og de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) være de samme, da det ofte kun er de variable omkostninger, der kan undgås. De langsigtede, gennemsnitlige meromkostninger er gennemsnittet af alle de (variable og faste) omkostninger, som en virksomhed afholder for at kunne fremstille et bestemt produkt. LRAIC og de gennemsnitlige, samlede omkostninger (ATC) er gode indikatorer for hinanden og er de samme for virksomheder, der kun fremstiller ét produkt (enkeltproduktvirksomheder). Hvis virksomheder, der fremstiller flere produkter (multiproduktvirksomheder), har synergifordele, vil LRAIC være lavere end ATC for hvert enkelt produkt, da egentlige fælles omkostninger ikke medregnes i LRAIC. Ved multiproduktvirksomheder vil omkostninger, der kunne have været undgået ved ikke at producere et bestemt produkt eller produktsortiment, ikke blive betragtet som fælles omkostninger. I situationer, hvor de fælles omkostninger er betydelige, skal de måske medregnes ved vurderingen af virksomhedens mulighed for at afskærme markedet for lige så effektive konkurrenter.

¹⁹ For at anvende disse omkostningsbenchmarks kan det også være nødvendigt at se på den dominerende virksomheds og dens konkurrenters indtægter og omkostninger i en bredere sammenhæng. Det er ikke sikkert, at det er tilstrækkeligt kun at vurdere, om prisen eller indtægterne dækker omkostningerne ved det pågældende produkt; det kan være nødvendigt at se på merindtægterne i det tilfælde, hvor den dominerende virksomheds adfærd påvirker dens indtægter på andre markeder eller af andre produkter negativt. Tilsvarende kan det i tilfælde af tosidede markeder være nødvendigt at se på indtægterne og omkostningerne på begge sider samtidig.

D. Objektiv nødvendighed og effektivitetsgevinster

28. Ved håndhævelsen af artikel 82 vil Kommissionen også undersøge en dominerende virksomheds påstande om, at dens adfærd er berettiget²⁰. En dominerende virksomhed kan med henblik herpå bevise, at dens adfærd enten er objektivt nødvendig eller skaber betydelige effektivitetsgevinster, der opvejer eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger for forbrugerne. I denne forbindelse vil Kommissionen undersøge, om den pågældende adfærd er absolut nødvendig og står i forhold til den dominerende virksomheds påståede målsætning.
29. Spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende adfærd er absolut nødvendig og står i forhold til den dominerende virksomheds målsætning, må afgøres på grundlag af faktorer, som den dominerende virksomhed ikke har nogen indflydelse på. Ekskluderende adfærd kan for eksempel betragtes som objektivt nødvendig af sundheds- eller sikkerhedsmæssige grunde, der er forbundet med det pågældende produkts art. Når det skal bevises, at adfærd af denne art er objektivt nødvendig, må der dog tages hensyn til, at det normalt påhviler de offentlige myndigheder at fastsætte og håndhæve offentlige sundheds- og sikkerhedsstandarder. Det er ikke den dominerende virksomheds opgave selv at tage initiativ til at udelukke produkter, som den med rette eller urette anser for farlige eller af dårligere kvalitet end sit eget produkt²¹.
30. Efter Kommissionens opfattelse kan en dominerende virksomhed også begrunde en adfærd, der medfører en afskærmning af markedet for konkurrenter, med henvisning til effektivitetsgevinster, som er tilstrækkeligt store til at sikre, at forbrugerne ikke vil lide nogen skade. I den forbindelse forventes den dominerende virksomhed generelt at bevise, med tilstrækkelig stor sandsynlighed og på grundlag af verificerbar dokumentation, at følgende kumulative betingelser er opfyldt²²:
- Effektivitetsgevinsterne er opnået eller vil kunne opnås som følge af den pågældende adfærd. De kan for eksempel omfatte tekniske forbedringer af produkternes kvalitet eller et fald i produktions- eller distributionsomkostningerne.
 - Den pågældende adfærd er nødvendig for at opnå disse effektivitetsgevinster: Der må ikke være nogen mindre konkurrenceforvridende alternativer til den pågældende adfærd, som vil kunne skabe de samme effektivitetsgevinster.

²⁰ Jf. sag 27/76, *United Brands Company og United Brands Continentaal mod Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, præmis 184, sag 311/84, *Centre Belge d'études de marché - Télémarcheting (CBEM) mod Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) og Information publicité Benelux (IPB)*, Sml. 1985, s. 3261, præmis 27, sag T-30/89, *Hilti mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 102-119, sag T-83/91, *Tetra Pak International mod Kommissionen (Tetra Pak II)*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 136 og 207 og sag C-95/04 P, *British Airways mod Kommissionen*, Sml. 2007 I, s. 2331, præmis 69 og 86.

²¹ Se for eksempel sag T-30/89, *Hilti mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 118-119 og sag T-83/91, *Tetra Pak International mod Kommissionen (Tetra Pak II)*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 83-84 og 138.

²² Med hensyn til anvendelsen af artikel 81 i anden sammenhæng henvises til meddelelse fra Kommissionen – Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3 (EUT C 101 af 27.4.2004, s. 97).

- De sandsynlige effektivitetsgevinster, som den pågældende adfærd medfører, opvejer eventuelle sandsynlige negative virkninger for konkurrencen og forbrugernes velfærd på de berørte markeder.
- Den pågældende adfærd udelukker ikke den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder. Konkurrence mellem virksomhederne er en vigtig drivkraft til økonomisk effektivitet, herunder dynamiske effektivitetsgevinster i form af innovation. Uden konkurrence vil den dominerende virksomhed ikke have tilstrækkeligt incitament til fortsat at skabe og viderebringe effektivitetsgevinster. Hvis der ikke er nogen resterende konkurrence, og der ikke er nogen trussel om tilgang af nye virksomheder, vil beskyttelsen af konkurrencen og konkurrenceprocessen opveje de mulige effektivitetsgevinster. Det er Kommissionens synspunkt, at ekskluderende adfærd, som opretholder, skaber eller styrker en markedsstilling, der nærmer sig en monopolstilling, normalt ikke kan begrundes med, at den også skaber effektivitetsgevinster.

31. Det påhviler den dominerende virksomhed at fremlægge den nødvendige dokumentation for, at den pågældende adfærd er objektivt begrundet. Det er dernæst Kommissionens opgave at foretage den endelige vurdering af, om den pågældende adfærd ikke er objektivt nødvendig, og om den på grundlag af en afvejning mellem eventuelle synlige konkurrencebegrænsende virkninger og påståede og underbyggede effektivitetsgevinster vil kunne være til skade for brugerne.

IV SPECIFIKKE FORMER FOR MISBRUG

A. Eksklusivaftaler

32. En dominerende virksomhed kan forsøge at afskærme markedet for konkurrenterne ved at anvende eksklusive købsforpligtelser eller rabatter, tilsammen betegnet eksklusivaftaler, for at forhindre dem i at afsætte deres produkter²³. I dette afsnit redegøres der for de forhold, hvor der er størst sandsynlighed for, at Kommissionen griber ind over for dominerende virksomheders eksklusivaftaler.

a) Eksklusive købsforpligtelser

33. En eksklusiv købsforpligtelse pålægger en kunde på et bestemt marked udelukkende eller i vidt omfang at foretage sine indkøb hos den dominerende virksomhed. En

²³

Begrebet eksklusivaftaler omfatter også eksklusive leveringsforpligtelser eller incitamenter med samme virkning, hvorved den dominerende virksomhed forsøger at afskærme markedet for konkurrenterne ved at hindre dem adgang til leverancer. Kommissionen er af den opfattelse, at denne inputafskærmning principielt vil kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning, hvis den eksklusive leveringsforpligtelse eller incitamenter binder de fleste af de effektive inputudbydere til den dominerende virksomhed, og kunder, der konkurrerer med den dominerende virksomhed ikke er i stand til at finde alternative effektive inputleverandører.

række andre forpligtelser, såsom lagerforpligtelser, der ikke kan sidestilles med eksklusive købsforpligtelser, kan i praksis få samme virkninger²⁴.

34. For at overtale kunder til at acceptere en eksklusiv købsforpligtelse kan det være nødvendigt, at den dominerende virksomhed yder kunderne hel eller delvis kompensation for den konkurrence, der går tabt på grund af eksklusiviteten. Når der ydes en sådan kompensation, kan det være i den enkelte kundes interesse at indgå en aftale om eksklusive købsforpligtelser med den dominerende virksomhed. Det ville imidlertid være forkert heraf automatisk at drage den konklusion, at alle eksklusive købsforpligtelser generelt er til gavn for kunder, herunder dem, der ikke for øjeblikket foretager deres indkøb hos den dominerende virksomhed, og for de endelige forbrugere. Kommissionen vil koncentrere sig om de tilfælde, der sandsynligvis ikke vil gavne forbrugerne som helhed. Det vil især være tilfældet, hvis der er mange kunder, og den dominerende virksomheds eksklusive købsforpligtelser tilsammen er til hinder for, at konkurrerende virksomheder kan komme ind eller ekspandere på markedet.
35. Ud over de faktorer, der er nævnt i punkt 20, vil følgende faktorer generelt være særligt relevante for fastlæggelse af, om Kommissionen vil gribe ind over for eksklusive købsaftaler.
36. Eksklusive købsforpligtelser vil især kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning i en situation, hvor der, også uden disse forpligtelser, er tale om et betydeligt konkurrencemæssigt pres fra konkurrenter, som enten endnu ikke er til stede på markedet på det tidspunkt, hvor forpligtelserne indgås, eller som ikke er i stand til at konkurrere om de samlede leverancer til kunderne. Konkurrenterne kan måske ikke konkurrere om at dække en enkelt kundes samlede efterspørgsel, fordi den dominerende virksomhed er en uundgåelig handelspartner, i hvert fald for en del af efterspørgslen på markedet, for eksempel fordi dens produkt er et uomgængeligt produkt, der foretrækkes af mange endelige forbrugere, eller fordi de øvrige udbydere er udsat for sådanne kapacitetsbegrænsninger, at en del af efterspørgslen kun kan dækkes af den dominerende udbyder²⁵. Hvis konkurrenterne kan konkurrere på lige vilkår om de enkelte kunders samlede efterspørgsel, er det generelt usandsynligt, at eksklusive købsforpligtelser vil hindre den effektive konkurrence, medmindre disse forpligtelser er af en sådan varighed, at kunderne har vanskeligt ved at skifte leverandør. Jo længere forpligtelsen gælder, desto større vil den sandsynlige afskærmning normalt være. Hvis den dominerende virksomhed er en uundgåelig handelspartner for alle eller de fleste kunder, kan selv kortvarige eksklusive købsforpligtelser medføre konkurrenceskadelig afskærmning.

b) Betingede rabatter

37. Ved betingede rabatter forstås rabatter, der ydes kunderne som belønning for en særlig form for indkøbsadfærd. De består almindeligvis i, at en kunde, hvis indkøb i en given referenceperiode overstiger en bestemt tærskel, opnår en rabat enten på de samlede indkøb (retroaktive rabatter) eller udelukkende på den del af indkøbene, der

²⁴ Sag T-65/98, *Van den Bergh Foods mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 4653. I denne sag blev forpligtelsen til kun at anvende fryserne til den dominerende virksomheds produkter anset for at påtvinge forretningerne eksklusivitet.

²⁵ Sag T-65/98, *Van den Bergh Foods mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 4653, præmis 104 og 156.

overstiger tærsklen (merkøbsrabatter). Betingede rabatter er ikke en ualmindelig praksis. Virksomheder kan tilbyde disse rabatter for at tiltrække flere kunder og kommer derved til at stimulere efterspørgslen og gavne forbrugerne. Når sådanne rabatter ydes af en dominerende virksomhed, kan de dog også have faktiske eller potentielle afskærmende virkninger i lighed med eksklusive købsforpligtelser. Betingede rabatter kan få sådanne virkninger uden nødvendigvis at medføre et tab for den dominerende virksomhed²⁶.

38. Ud over de faktorer, der er nævnt i punkt 20, er følgende faktorer navnlig af betydning, når Kommissionen skal tage stilling til, om en given ordning med betingede rabatter vil kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning og derfor falder ind under de områder, hvor Kommissionen prioriterer sin håndhævelse.
39. Som det er tilfældet i forbindelse med eksklusive købsforpligtelser, er sandsynligheden for konkurrenceskadelig afskærmning større, når konkurrenterne ikke kan konkurrere på lige vilkår om en enkelt kundes samlede efterspørgsel. En dominerende virksomhed kan gennem en betinget rabat udnytte den andel af den enkelte kundes efterspørgsel, der ikke er udsat for konkurrence (det vil sige den mængde, kunden under alle omstændigheder vil aftage fra den dominerende virksomhed), til at sænke prisen på den "konkurrenceudsatte" del af efterspørgslen (det vil sige den mængde, som kunden måske kan og vil aftage fra andre udbydere)²⁷.
40. Generelt kan retroaktive rabatter medføre en betydelig markedsafskærmning, da de gør det mindre attraktivt for kunderne at skifte leverandør, når det drejer sig om små mængder, hvis dette vil medføre, at de mister de retroaktive rabatter²⁸. Retroaktive rabatters potentielle afskærmende virkning er principielt størst på den sidst købte enhed af produktet, inden tærsklen overskrides. Efter Kommissionens opfattelse er det imidlertid ikke kun relevant for en vurdering af en rabats loyalitetsskabende virkning, hvordan rabatten påvirker konkurrencen for så vidt angår leveringen af den sidste individuelle enhed, men også rabatordningens afskærmende virkning på den dominerende virksomheds (faktiske eller potentielle) konkurrenter. Jo større en procentdel rabatten udgør af den samlede pris, og jo højere tærsklen er, desto større er tilskyndelsen under tærsklen, og desto stærkere er derfor den sandsynlige afskærmning af markedet for faktiske eller potentielle konkurrenter.
41. Ved anvendelsen af den metode, der er beskrevet i punkt 23-27, vil Kommissionen i den udstrækning, hvor der foreligger pålidelige data, undersøge, om rabatordningen kan forhindre selv lige så effektive konkurrenter i at ekspandere eller komme ind på markedet ved at gøre det vanskeligere for dem at dække en del af de enkelte kunders efterspørgsel. Kommissionen vil i den forbindelse foretage et skøn over, hvilken pris en konkurrent skal tilbyde for at udligne den betingede rabat, kunden mister ved at skifte til en anden leverandør end den dominerende virksomhed for en del af sin efterspørgsel ("den relevante mængde"). Den effektive pris, som konkurrenten skal matche, er ikke den dominerende virksomheds gennemsnitspris, men den normale

²⁶ I denne forbindelse adskiller vurderingen af betingede rabatter sig fra vurderingen af prisdumping, der altid medfører et tab.

²⁷ Jf. sag T-203/01, *Michelin mod Kommissionen (Michelin II)*, Sml. 2003 II, s. 4071, præmis 162-163. Se også sag T-219/99, *British Airways mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 5917, præmis 277 og 278.

²⁸ Sag 322/81, *Nederlandsche Banden Industrie Michelin mod Kommissionen (Michelin I)*, Sml. 1983, s. 3461, præmis 70-73.

pris (listepri) minus den rabat, kunden mister ved at skifte leverandør, beregnet for den relevante mængde og i den relevante periode. Kommissionen vil tage hensyn til den fejlmargen, som usikkerheden i forbindelse med denne form for analyse kan medføre.

42. Den relevante mængde, der skal ligge til grund for beregningen af den effektive pris i et bestemt tilfælde, afhænger af de særlige forhold, der gør sig gældende i hver enkelt sag, og om der er tale om en merkøbsrabat eller en retroaktiv rabat. I forbindelse med merkøbsrabatter er den relevante mængde normalt de pågældende merindkøb. I forbindelse med retroaktive rabatter vil det normalt være relevant at vurdere, hvor stor en del af en kundes efterspørgsel på det specifikke marked der realistisk set kan dækkes af en konkurrent (den "konkurrenceudsatte" del). Hvis det er sandsynligt, at kunderne kan og vil lade en (potentiel) konkurrent dække en stor del af deres efterspørgsel forholdsvis hurtigt, vil den relevante mængde kunne være relativt stor. Hvis det derimod er sandsynligt, at kunderne kun kan eller vil skifte leverandør for små mængder gradvis, vil den relevante mængde blive relativt lille. For eksisterende konkurrenter kan deres evne til at udvide afsætningen til kunderne og udsvingene i denne afsætning over tid også give et fingerpeg om den relevante mængde. For potentielle konkurrenter kan der eventuelt foretages en vurdering af, i hvilket omfang en ny virksomhed realistisk set skulle kunne komme ind på markedet. Det er måske muligt at bruge det tidligere vækstmønster for nytilkomne virksomheder på de samme eller tilsvarende markeder som indikator for en nytilkommen virksomheds realistiske markedsandel²⁹.
43. Jo lavere den anslåede effektive pris for den relevante mængde er i forhold til den dominerende virksomheds gennemsnitspris, desto større er den loyalitetsskabende virkning. Så længe den effektive pris holder sig konstant over den dominerende virksomheds LRAIC, er det normalt muligt for en lige så effektiv konkurrent at konkurrere med fortjeneste uanset rabatten. Under disse omstændigheder vil rabatten normalt ikke kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning.
44. Hvis den effektive pris er lavere end AAC, vil rabatordningen normalt kunne afskærme markedet for selv lige så effektive konkurrenter. Når den effektive pris ligger mellem AAC og LRAIC, vil Kommissionen undersøge, om andre faktorer peger i retning af, at selv lige så effektive konkurrenters ekspansion på eller adgang til markedet vil blive påvirket. I denne forbindelse vil Kommissionen undersøge, om konkurrenterne råder over realistiske og effektive modstrategier, for eksempel deres mulighed for at udnytte den andel af deres kundes efterspørgsel, der ikke er konkurrenceudsat, til at sænke prisen på den relevante mængde. Når konkurrenterne ikke råder over sådanne modstrategier, vil Kommissionen anse rabatordningen for at kunne afskærme markedet for lige så effektive konkurrenter.

²⁹

Den relevante mængde anslås på grundlag af oplysninger, hvis nøjagtighed kan variere. Kommissionen vil tage dette i betragtning, når den drager konklusioner med hensyn til den dominerende virksomheds mulighed for at afskærme markedet for lige så effektive konkurrenter. Det kan også være nyttigt at beregne, hvor stor en andel af kundernes behov den nye virksomhed i gennemsnit bør overtage som minimum, for at den effektive pris bliver mindst lige så høj som den dominerende virksomheds LRAIC. I en række tilfælde kan denne andel, sammenlignet med konkurrenternes faktiske markedsandele og deres andele af kundernes behov, vise, om rabatordningen kan medføre en konkurrenceskadelig afskærmning.

45. Som anført i punkt 27 vil denne analyse indgå i den generelle vurdering, idet der tages hensyn til andre relevante kvantitative eller kvalitative beviser. Det er normalt vigtigt at undersøge, om rabatordningen anvendes med en individuel eller en standardiseret tærskel. En individuel tærskel – en tærskel baseret på en procentdel af kundens samlede behov eller et individuel mængdemæssigt mål – giver den dominerende virksomhed mulighed for at fastsætte tærsklen på et sådant niveau, at det bliver vanskeligt for kunderne at skifte leverandør, hvilket medfører en maksimal loyalitetsskabende virkning³⁰. Derimod kan en standardiseret mængdetærskel – hvor tærsklen er den samme for alle kunder eller for en kundegruppe – være for høj for nogle mindre kunder og/eller for lav for større kunder til, at den har en loyalitetsskabende virkning. Hvis det imidlertid kan fastslås, at en standardiseret mængdetærskel svarer til efterspørgslen hos en betydelig andel af kunderne, vil Kommissionen sandsynligvis mene, at en sådan standardiseret rabatordning kan medføre konkurrenceskadelig afskærmning.

c) *Effektivitetsgevinster*

46. Hvis betingelserne i afsnit III D er opfyldt, vil Kommissionen behandle dominerende virksomheders påstande om, at rabatordninger medfører omkostningsfordele eller andre fordele, som kommer kunderne til gode³¹. Ofte opnås transaktionsrelaterede omkostningsfordele snarere med standardiserede end med individuelle mængdemæssige mål. Generelt vil merkøbsrabatordninger også i højere grad give videreforhandlere et incitament til at producere og videreforhandle en større mængde end retroaktive rabatordninger³². På de samme betingelser vil Kommissionen behandle dokumentation for, at eksklusivaftaler medfører fordele for bestemte kunder, hvis disse aftaler er nødvendige for, at den dominerende virksomhed kan foretage en række kundespecifikke investeringer for at kunne levere til disse kunder.

B. Kombinationssalg

47. En dominerende virksomhed kan forsøge af afskærme markedet for sine konkurrenter gennem kombinationssalg i form af "tying" eller "bundling". I dette afsnit redegøres der for, under hvilke omstændigheder det er mest sandsynligt, at Kommissionen vil gribe ind, når den vurderer dominerende virksomheders kombinationssalg.
48. "Tying" henviser normalt til situationer, hvor kunder, der køber ét produkt (det primære produkt), forpligtes til også at købe et andet produkt (det sekundære produkt) hos den dominerende virksomhed. Tying kan være baseret på tekniske eller aftalemæssige forhold³³. "Bundling" henviser normalt til den måde, hvorpå

³⁰ Jf. sag 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. mod Kommissionen*, Sml. 1979, s. 461, præmis 89-90, sag T-288/97, *Irish Sugar mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 2969, præmis 213 og sag T- 219/99, *British Airways mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 5917, præmis 7-11 og 270-273.

³¹ Med hensyn til rabatter henvises for eksempel til sag C-95/04 P, *British Airways mod Kommissionen*, Sml. 2007 I, s. 2331, præmis 86.

³² Se i denne forbindelse sag T-203/01, *Michelin mod Kommissionen (Michelin II)*, Sml. 2003 II, s. 4071, præmis 56-60 og 74-75.

³³ Teknisk tying forekommer, når det primære produkt er designet på en sådan måde, at det kun fungerer korrekt sammen med det sekundære produkt (og ikke sammen med alternative produkter, som udbydes af konkurrenterne). Aftalemæssig tying forekommer, når kunden ved køb af det primære produkt

produkterne udbydes og prissættes af den dominerende virksomhed. Ved ren bundling sælges produkterne kun sammen i bestemte forhold. Ved blandet bundling, ofte kaldet multiproduktrabat, kan produkterne også fås enkeltvis, men stykprisen lagt sammen bliver højere end bundlingprisen.

49. Kombinationssalg er almindelig praksis, der tager sigte på at give kunderne bedre produkter eller tilbud på mere omkostningseffektive måder. En virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et (eller flere) produktmarked(er) for det primære produkt (benævnt det primære marked), kan skade forbrugerne gennem kombinationssalg ved at afskærme markedet for de øvrige produkter, der indgår i kombinationssalget (benævnt det sekundære marked) og indirekte det primære marked.
50. Kommissionen vil normalt gribe ind i henhold til artikel 82, når en virksomhed indtager en dominerende stilling på det primære marked³⁴, og når følgende betingelser desuden er opfyldt: i) det primære og det sekundære produkt er særskilte produkter, og ii) kombinationssalget vil kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning³⁵.
- a) *Særskilte produkter*
51. Det afhænger af kundernes efterspørgsel, om Kommissionen vil betragte produkterne som særskilte. To produkter betragtes som særskilte, når et betydeligt antal kunder i en situation uden kombinationssalg ville købe eller ville have købt det primære produkt uden også at købe det sekundære produkt hos samme leverandør, hvilket ville muliggøre stand alone-produktion for både det primære og det sekundære produkt³⁶. Dokumentation for, at to produkter er særskilte, kan omfatte direkte beviser på, at forbrugerne, når de har valgmuligheden, køber de primære og de sekundære produkter særskilt fra forskellige forsyningskilder, eller indirekte beviser, som for eksempel at der er virksomheder på markedet, som er specialiserede i produktion og salg af det sekundære produkt uden det primære produkt³⁷ eller af hvert af de produkter, der udbydes som en pakke af den dominerende virksomhed, eller beviser på, at virksomheder med en beskeden markedsstyrke, særlig på konkurrenceudsatte markeder, har en tendens til ikke at benytte kombinationssalg.
- b) *Konkurrenceskadelig afskærmning på det primære og/eller det sekundære marked*
52. Kombinationssalg kan få konkurrenceskadelige virkninger på enten det primære eller det sekundære marked eller på begge markeder samtidig. Men selv i det tilfælde, hvor kombinationssalget tager sigte på at beskytte den dominerende virksomheds stilling på det primære marked, sker dette indirekte ved at afskærme det sekundære

forpligter sig til også at købe det sekundære produkt (og ikke alternative produkter, som udbydes af konkurrenterne).

³⁴ Virksomheden bør være dominerende på det primære marked, men ikke nødvendigvis på det sekundære marked. I sager om bundling skal virksomheden være dominerende på et af de bundlede markeder. I det særlige tilfælde, hvor der er tale om tying på eftersalgsmarkeder, er det en betingelse, at virksomheden er dominerende på det primære marked og/eller på det sekundære eftersalgsmarked.

³⁵ Sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, især præmis 842, 859-862, 867 og 869.

³⁶ Sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 917, 921 og 922.

³⁷ Sag T-30/89, *Hilti mod Kommissionen*, Sml. 1991 II, s. 1439, præmis 67.

marked. Ud over de faktorer, der er nævnt i punkt 20, er Kommissionen af den opfattelse, at følgende faktorer generelt er af væsentlig betydning for afgrænsningen af tilfælde, hvor der faktisk er tale om konkurrenceskadelig afskærmning, eller hvor en sådan er sandsynlig.

53. Risikoen for konkurrenceskadelig afskærmning forventes at være større, når den dominerende virksomheds kombinationssalg er en permanent strategi, for eksempel teknisk tying, som det er dyrt at ændre. Teknisk tying mindsker også mulighederne for videresalg af enkeltkomponenter.
54. I tilfælde af bundling kan virksomheden indtage en dominerende stilling for mere end et af produkterne i pakken. Jo større antallet af sådanne produkter i pakken er, jo større er den sandsynlige konkurrenceskadelige afskærmning. Det gælder især, hvis pakken er vanskelig for en konkurrent at kopiere, enten alene eller sammen med andre.
55. Tying kan medføre mindre konkurrence for kunder, der er interesserede i at købe det sekundære, men ikke det primære produkt. Hvis antallet af kunder, der vil købe det sekundære produkt alene, ikke er tilstrækkeligt til at holde liv i den dominerende virksomheds konkurrenter på det sekundære marked, kan tying betyde, at disse kunder kommer til at betale højere priser.
56. Hvis det primære og det sekundære produkt kan anvendes i et variabelt forhold som input i en produktionsproces, vil kunderne måske reagere på en prisstigning for det primære produkt ved at efterspørge mere af det sekundære produkt og mindre af det primære produkt. Gennem tying af de to produkter kan den dominerende virksomhed søge at undgå denne substitution og dermed blive i stand til at hæve sine priser.
57. Hvis de priser, som den dominerende virksomhed kan opkræve på det primære marked, er regulerede, kan tying gøre det muligt for den dominerende virksomhed at hæve priserne på det sekundære marked som kompensation for det indtægtstab, som reguleringen på det primære marked medfører.
58. I de tilfælde, hvor det sekundære produkt er et komplementært produkt for aftagerne af det primære produkt, kan et fald i antallet af alternative udbydere af det sekundære produkt og dermed et mindre udbud af dette produkt gøre det vanskeligt kun at komme ind på det primære marked.

c) *Multiproduktrabatter*

59. En multiproduktrabat kan skade konkurrencen på det primære og det sekundære marked, hvis den er så stor, at en lige så effektiv konkurrent, der kun udbyder nogle af komponenterne, ikke kan konkurrere med den pakke, hvorpå der ydes rabat.
60. Teoretisk set ville det være ideelt, hvis rabattens virkninger kunne vurderes på grundlag af en undersøgelse af, om de ekstra indtægter dækker de ekstra omkostninger ved hvert produkt i den dominerende virksomheds pakke. I praksis er det dog kompliceret at beregne de ekstra indtægter. I forbindelse med håndhævelsen vil Kommissionen derfor i de fleste situationer anvende merprisen som målestok. Hvis den merpris, som kunderne skal betale for hvert af den dominerende virksomheds produkter i pakken, holder sig over den dominerende virksomheds

LRAIC ved at medtage dette produkt i pakken, vil Kommissionen normalt ikke gribe ind, fordi en lige så effektiv konkurrent med kun ét produkt i princippet skulle kunne konkurrere med fortjeneste med pakken. Det kan dog være berettiget, at Kommissionen griber ind, hvis merprisen ligger under LRAIC, for i så fald kan en lige så effektiv konkurrent forhindres i at ekspandere eller komme ind på markedet³⁸.

61. Hvis bevismaterialet tyder på, at den dominerende virksomheds konkurrenter sælger identiske pakker eller kunne gøre det hurtigt uden at lade sig afskrække af eventuelle ekstraomkostninger, vil Kommissionen normalt vurdere, at der er tale om en pakke, som konkurrerer med en anden pakke, og i dette tilfælde er det relevante spørgsmål ikke, om merindtægterne dækker meromkostningerne ved hvert produkt i pakken, men om pakkens pris som helhed er en dumpingpris.

d) Effektivitetsgevinster

62. Forudsat at betingelserne i afsnit III D er opfyldt, vil Kommissionen undersøge dominerende virksomheders påstande om, at deres kombinationssalg kan medføre besparelser i produktionen eller distributionen til gavn for forbrugerne. Kommissionen kan også undersøge, om en sådan praksis vil mindske transaktionsomkostningerne for kunder, der ellers ville være tvunget til at købe komponenterne særskilt, og muliggøre betydelige besparelser i emballage- og distributionsomkostningerne for udbydere. Den kan også undersøge, om det, hvis man samler to uafhængige produkter i et enkelt nyt produkt, kan forbedre mulighederne for at markedsføre et sådant produkt til gavn for forbrugerne. Kommissionen kan også undersøge, om kombinationssalg giver udbyderen mulighed for at lade effektivitetsgevinsterne ved produktion eller køb af store mængder af det sekundære produkt komme forbrugerne til gode.

C. Prisdumping

63. I overensstemmelse med den prioritering, Kommissionen har fastlagt for sin håndhævelse, vil den normalt gribe ind, når der foreligger beviser på, at en dominerende virksomhed udøver dumpingadfærd ved bevidst at lide tab eller give afkald på fortjeneste på kort sigt (i det følgende benævnt "tab"), så den afskærmer eller sandsynligvis vil afskærme markedet for en eller flere af sine faktiske eller potentielle konkurrenter med henblik på at forbedre eller opretholde sin markedsstyrke til skade for forbrugerne³⁹.

a) Tab

64. Kommissionen vil anse en dominerende virksomheds adfærd for at medføre tab, hvis virksomheden i den relevante periode opkræver en lavere pris på hele sin produktion

³⁸ I princippet er LRAIC-benchmarket relevant i dette tilfælde, så længe konkurrenterne ikke er i stand til også at sælge pakker (jf. punkt 23-27 og punkt 61).

³⁹ Kommissionen kan også forfølge dominerende virksomheders dumpingpraksis på sekundære markeder, hvor de endnu ikke er dominerende. Kommissionen vil især kunne finde et sådant misbrug i sektorer, hvor aktiviteterne beskyttes af et retligt monopol. Selv om den dominerende virksomhed ikke behøver at udøve prisdumping for at beskytte sin dominerende stilling på et marked, der er beskyttet af et retligt monopol, kan den benytte den fortjeneste, den opnår på monopolmarkedet, til krydssubsidiering af sine aktiviteter på et andet marked og dermed true med at udelukke den effektive konkurrence på dette andet marked.

eller en bestemt del deraf eller udvider sin produktion og derved lider eller har lidt tab, der kunne være undgået. Kommissionen vil benytte AAC som udgangspunkt for sin vurdering af, om den dominerende virksomhed lider eller har lidt undgåelige tab. Hvis en dominerende virksomhed opkræver en pris, der er lavere end AAC på hele sin produktion eller en del deraf, får den ikke dækket de omkostninger, den kunne have undgået ved ikke at fremstille de pågældende produkter: den lider et tab, der kunne være undgået⁴⁰. Kommissionen vil derfor i de fleste tilfælde betragte prissætning under AAC som en klar tabsindikation⁴¹.

65. Tabsbegrebet omfatter dog ikke kun prissætning under AAC⁴². For at påvise en dumpingstrategi kan Kommissionen også undersøge, om den påståede dumpingadfærd på kort sigt medførte nettoindtægter, der var lavere, end det kunne forventes på grundlag af en rimelig alternativ adfærd, det vil sige om den dominerende virksomhed led tab, som den kunne have undgået⁴³. Kommissionen vil ikke sammenligne den faktiske adfærd med hypotetiske eller teoretiske alternativer, der kunne have været mere rentable. Den vil kun se på økonomisk rationelle og praktisk mulige alternativer, som i betragtning af de markedsforhold og det erhvervsklima, hvorunder den dominerende virksomhed opererer, realistisk set kan forventes at være mere rentable.
66. I nogle tilfælde vil det være muligt at benytte direkte beviser i form af dokumenter fra den dominerende virksomhed, der klart viser, at den har en dumpingstrategi⁴⁴, såsom en udførlig plan om at lide tab for at udelukke en konkurrent, hindre nye virksomheder adgang til markedet eller forhindre, at der opstår et nyt marked, eller beviser på konkrete trusler om dumping⁴⁵.

⁴⁰ I de fleste tilfælde vil de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC) og AAC være de samme, da det ofte kun er variable omkostninger, der kan undgås. I tilfælde, hvor AVC og AAC er forskellige, vil de sidstnævnte bedre afspejle det eventuelle tab: hvis for eksempel den dominerende virksomhed skulle udvide kapaciteten for at kunne foretage prisdumping, skal der ved undersøgelsen af dens tab tages hensyn til de irreversible omkostninger ved denne ekstra kapacitet. Disse omkostninger ville blive afspejlet i AAC, men ikke i AVC.

⁴¹ I sag 62/86, *AKZO Chemie mod Kommissionen*, Sml. 1991, s. 3359, præmis 71, fastslog Domstolen følgende i forbindelse med prissætning under de gennemsnitlige variable omkostninger (AVC): "*En dominerende virksomhed har nemlig ingen anden interesse i at anvende sådanne priser end den at eliminere sine konkurrenter for efterfølgende at drage fordel af sin monopolstilling til at forhøje sine priser, eftersom den ved ethvert salg påføres et tab...*".

⁴² Hvis et skøn over omkostningerne er baseret på de direkte produktionsomkostninger (som de fremgår af virksomhedens regnskaber), vil det måske ikke fremgå i tilstrækkeligt omfang, om der har været et tab eller ej.

⁴³ Virksomheder skal dog ikke straffes for at have lidt tab efterfølgende, når den forudgående beslutning om at udøve denne adfærd blev truffet i god tro, det vil sige hvis de kan fremlægge afgørende dokumentation for, at de med rimelighed kunne forvente, at aktiviteten ville blive rentabel.

⁴⁴ Jf. sag T-83/91, *Tetra Pak mod Kommissionen (Tetra Pak II)*, Sml. 1994 II, s. 755, præmis 151 og 171 og sag T-340/03, *France Télécom mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 107, præmis 198-215.

⁴⁵ I sag 62/86, *AKZO Chemie mod Kommissionen*, Sml. 1991 I, s. 3359, fastslog Domstolen, at der forelå klare beviser på, at AKZO havde truet ECS på to møder med at anvende priser, der var lavere end omkostningerne, hvis ECS ikke trak sig ud af markedet for organiske peroxider. Desuden forelå der en udførlig plan med taloplysninger for de foranstaltninger, AKZO ville iværksætte, hvis ECS ikke trak sig ud af markedet (jf. præmis 76-82, 115 og 131-140).

b) *Konkurrenceskadelig afskærmning*

67. Hvis der foreligger tilstrækkelige pålidelige oplysninger, vil Kommissionen anvende den analyse vedrørende en lige så effektiv konkurrent, der er beskrevet i punkt 25-27, for at fastslå, om den pågældende adfærd kan skade forbrugerne. Normalt vil kun en prissætning under LRAIC kunne afskærme markedet for lige så effektive konkurrenter.
68. Ud over de faktorer, der er nævnt i punkt 20, vil Kommissionen generelt undersøge, om den formodede adfærd mindsker sandsynligheden for konkurrence fra andre virksomheder, og hvordan det i så fald sker. Hvis den dominerende virksomhed for eksempel er bedre orienteret om omkostninger eller andre markedsvilkår eller kan fordreje rentabilitetssignalerne på markedet, kan den foretage prisdumping for at påvirke forventningerne hos potentielle nye virksomheder og dermed afskrække dem fra at komme ind på markedet. Hvis denne adfærd og dens sandsynlige virkninger kan mærkes på flere markeder og/eller hver gang en ny virksomhed kommer ind på markedet, kan det bevises, at den dominerende virksomhed forsøger at opnå et ry for dumpingadfærd. Hvis den konkurrent, som dumpingadfærden er rettet mod, er afhængig af ekstern finansiering, kan betydelige prisnedsættelser eller anden dumpingadfærd fra den dominerende virksomheds side påvirke konkurrentens resultater negativt, så dens adgang til yderligere finansiering bliver alvorligt undermineret.
69. Efter Kommissionens opfattelse er det ikke nødvendigt at bevise, at konkurrenter har forladt markedet, for at påvise en konkurrenceskadelig afskærmning. Det kan ikke udelukkes, at den dominerende virksomhed vil foretrække at forhindre konkurrenten i at konkurrere hårdt og få den til at følge sin prissætning frem for at udelukke den helt fra markedet. Ved en sådan disciplinering undgås den risiko, der er forbundet med at udelukke konkurrenter, nemlig risikoen for, at konkurrentens aktiver sælges billigt og bliver på markedet, samtidig med at der opstår en ny virksomhed, hvis omkostninger er lave.
70. Generelt set vil det sandsynligvis skade forbrugerne, hvis den dominerende virksomhed med rimelighed kan forvente, at dens markedsstyrke, efter at dumpingadfærden er afsluttet, vil blive større, end det ville have været tilfældet, hvis den ikke havde udøvet denne adfærd, det vil sige hvis virksomheden sandsynligvis vil blive i stand til at drage fordel af tabet.
71. Det betyder ikke, at Kommissionen kun vil gribe ind, hvis den dominerende virksomhed vil kunne forhøje sine priser ud over det prisniveau, der gjorde sig gældende på markedet før den pågældende adfærd. Det er for eksempel tilstrækkeligt, at adfærden vil kunne forhindre eller forsinke et prisfald, der ellers ville have fundet sted. Når det skal påvises, om forbrugerne lider skade, er der ikke tale om en mekanisk beregning af fortjeneste og tab, og der er ikke behov for noget bevis på den samlede fortjeneste. Sandsynligheden for, at forbrugerne lider skade, kan påvises ved at vurdere den pågældende adfærds sandsynlige afskærmende virkning, samtidig med at der tages hensyn til andre faktorer, såsom

adgangsbarrierer⁴⁶. I den forbindelse vil Kommissionen også undersøge virksomhedernes muligheder for at genindtræde på markedet.

72. Det kan være lettere for den dominerende virksomhed at udøve dumpingadfærd, hvis den målrettet anvender lave priser over for særlige udvalgte kunder, da dette vil mindske dens tab.
73. Det er mindre sandsynligt, at den dominerende virksomhed udøver dumpingadfærd, hvis dens adfærd vedrører en lav pris, der anvendes generelt i en lang periode.

c) *Effektivitetsgevinster*

74. Det anses generelt for usandsynligt, at dumpingadfærd vil skabe effektivitetsgevinster. Forudsat at betingelserne i afsnit III D er opfyldt, vil Kommissionen undersøge dominerende virksomheders påstande om, at deres lave priser kan give dem mulighed for at opnå stordriftsfordele eller effektivitetsgevinster i tilknytning til markedseksansion.

D. Leveringsnægtelse og avancepres (margin squeeze)

75. Når Kommissionen fastsætter prioriteringen for sin håndhævelse, tager den udgangspunkt i, at enhver virksomhed, hvad enten den er dominerende eller ej, generelt set har ret til at vælge sine handelspartnere og til frit at afhænde det, den har ejendomsretten til. Kommissionen mener derfor, at dens indgriben på grundlag af konkurrencereglerne kræver nøje overvejelse, når anvendelsen af artikel 82 vil medføre, at den dominerende virksomhed pålægges en leveringspligt⁴⁷. En sådan forpligtelse – selv mod et rimeligt vederlag – kan ødelægge virksomhedernes incitament til at foretage investeringer og innovation og dermed eventuelt skade forbrugerne. Når dominerende virksomheder – eller virksomheder, der forudser, at de kan blive dominerende - ved, at de kan blive forpligtet til at levere mod deres vilje, kan det betyde, at de ikke investerer eller investerer mindre i den pågældende aktivitet. Konkurrenter kan også blive fristet til at udnytte den dominerende virksomheds investeringer gratis i stedet for at investere selv. Ingen af disse konsekvenser ville i det lange løb være i forbrugernes interesse.
76. Konkurrenceproblemer opstår typisk, når den dominerende virksomhed konkurrerer på downstream-markedet med den køber, som den nægter at levere til. Udtrykket "downstream-marked" anvendes for det marked, hvor det input, der er omfattet af

⁴⁶ Dette blev bekræftet i sag T-83/91, *Tetra Pak mod Kommissionen (Tetra Pak II)*, Sml. 1994 II, s. 755, der blev stadfæstet ved appel til Domstolen i sag C-333/94 P, *Tetra Pak International mod Kommissionen*, Sml. 1996 I, s. 5951, hvor Retten i Første Instans fastslog, at det ikke var nødvendigt at godtgøre, at den pågældende virksomhed kunne forvente at få genoprettet sine tab (præmis 150 in fine). Mere generelt kan det siges, at prisdumping kan vise sig at blive vanskeligere end forventet i begyndelsen, og at den dominerende virksomheds samlede omkostninger derved således kan opveje dens senere fortjeneste og dermed gøre det umuligt at genoprette tabet, selv om det stadig kan være fornuftigt at beslutte at fortsætte den dumpingstrategi, der blev indledt tidligere. Se også COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*, Kommissionens beslutning af 16. juli 2003, nr. 332-367.

⁴⁷ De forenede sager C-241/91 P og C-242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) og Independent Television Publications (ITP) mod Kommissionen (Magill)*, Sml. 1995 I, s. 743, præmis 50, sag C-418/01, *IMS Health mod NDC Health*, Sml. 2004 I, s. 5039, præmis 35 og sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 319, 330-332 og 336.

leveringsnægtelsen, skal anvendes til fremstilling af et produkt eller levering af en tjeneste. Dette afsnit omhandler kun denne type leveringsnægtelse.

77. Andre former for leveringsnægtelse, som eventuelt er ulovlige, og hvor leveringen gøres betinget af, at køberen accepterer begrænsninger i sin adfærd, behandles ikke i dette afsnit. Leveringsstandsning, der har til formål at straffe kunderne, fordi de har handlet med konkurrenter, eller leveringsnægtelse over for kunder, der ikke indvilliger i tying-ordninger, vil for eksempel blive undersøgt på grundlag af principperne i afsnittene om eksklusivaftaler og kombinationssalg. Leveringsnægtelse med det formål at forhindre køberen i at foretage parallelhandel⁴⁸ eller at sænke sin videresalgspris behandles heller ikke i dette afsnit.
78. Begrebet leveringsnægtelse omfatter en lang række forskellige former for praksis, såsom afslag på at levere produkter til eksisterende eller nye kunder⁴⁹, på at meddele licens på intellektuelle ejendomsrettigheder⁵⁰, herunder i tilfælde, hvor det er nødvendigt for at give grænsefladeoplysninger⁵¹, eller på at give adgang til en væsentlig facilitet eller et net⁵².
79. Kommissionen anser det ikke for nødvendigt, at der allerede har fundet handel sted med det produkt, nægtelsen omfatter: det er tilstrækkeligt, at der er en efterspørgsel fra potentielle kunder, og at et potentielt marked for det pågældende input kan afgrænses⁵³. Det er heller ikke nødvendigt, at en dominerende virksomhed udtrykkeligt har afslået at levere: et "implicit afslag" er tilstrækkeligt. Et implicit afslag kan for eksempel bestå i, at virksomheden forsinker leveringen urimeligt eller på anden måde forringer leveringen af et produkt eller fastsætter urimelige leveringsbetingelser.
80. Endelig kan en dominerende virksomhed, i stedet for at nægte at levere, forlange en pris på produktet på upstream-markedet, som i forhold til den pris, den forlanger på downstream-markedet⁵⁴, ikke giver en lige så effektiv konkurrent mulighed for permanent at drive rentabel handel på downstream-markedet (et såkaldt avancepres ("margin squeeze")). For at fastsætte en lige så effektiv konkurrents omkostninger i

⁴⁸ Jf. dom af 16. september 2008 i de forenede sager C-468/06 - C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia m.fl. mod GlaxoSmithKline*, endnu ikke offentliggjort.

⁴⁹ Forenede sager 6/73 og 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen*, Sml. 1974, s. 223.

⁵⁰ Forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, *Radio Telefís Éireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mod Kommissionen (Magill)*, Sml. 1995, s. 743, sag C-418/01, *IMS Health mod NDC Health*, Sml. 2004 I, s. 5039. Disse domme viser, at afslag på at meddele licens på intellektuelle ejendomsrettigheder under særlige omstændigheder skal betragtes som misbrug.

⁵¹ Sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601.

⁵² Kommissionens beslutning 94/19/EF af 21. december 1993 i sag IV/34.689 *Sea Containers mod Stena Sealink – Foreløbige forholdsregler* (, EFT L 15 af 18.1.1994, s. 8), Kommissionen beslutning 92/213/EØF af 26. februar 1992 i sag IV/33.544 *British Midland mod Aer Lingus* (EFT L 96 af 10.4.1992, s. 34).

⁵³ Sag C-418/01, *IMS Health mod NDC Health*, Sml. 2004 I, s. 5039, præmis 44.

⁵⁴ Herunder en situation, hvor en integreret virksomhed, der sælger et "system" af komplementære produkter, nægter at sælge et af de komplementære produkter særskilt til en konkurrent, der producerer det andet komplementære produkt.

sådanne sager, vil Kommissionen generelt anvende den integrerede dominerende virksomheds downstream-afdelings LRAIC som benchmark⁵⁵.

81. Kommissionen vil i forbindelse med sin håndhævelse prioritere sådan form for praksis, hvis alle de følgende betingelser er opfyldt:

- nægtelsen vedrører et produkt eller en tjeneste, der objektivt set er en nødvendig forudsætning for, at virksomheden kan konkurrere effektivt på et downstream-marked
- nægtelsen vil kunne udelukke den effektive konkurrence på downstream-markedet, og
- nægtelsen vil kunne skade forbrugerne.

82. I visse særlige tilfælde kan det være indlysende, at en leveringspligt ikke kan få negative virkninger for inputindehaverens og/eller andre operatørers incitament til at foretage investeringer og innovation på upstream-markedet, det være sig forinden eller efterfølgende. Efter Kommissionens opfattelse er dette navnlig tilfældet, når regler, der er forenelige med fællesskabslovgivningen, i forvejen pålægger den dominerende virksomhed en leveringspligt, og det klart fremgår af de betragtninger, der ligger til grund for disse regler, at de offentlige myndigheder allerede foretog den nødvendige afvejning af incitamenterne, da de pålagde virksomheden en sådan leveringspligt. Det kan også være tilfældet, hvis den dominerende virksomheds stilling på upstream-markedet har været beskyttet af særlige eller eksklusive rettigheder eller er blevet finansieret over statsmidler. I sådan særlige tilfælde er der ingen grund til, at Kommissionen afviger fra sin generelle håndhævelsespraksis, hvorefter det påvises at der foreligger en sandsynlig konkurrenceskadelig afskærmning, uden at det undersøges, om de tre betingelser i punkt 81 er opfyldt.

a) *Inputtets objektive nødvendighed*

83. Når Kommissionen undersøger, om den skal gribe ind over for en leveringsnægtelse, vil den se på, om leveringen af det pågældende input objektivt set er nødvendig for, at virksomhederne kan konkurrere effektivt på markedet. Det betyder ikke, at konkurrenter aldrig vil kunne komme ind på downstream-markedet eller overleve på dette marked uden det pågældende input⁵⁶, men snarere at et input er nødvendigt, hvis der ikke findes noget faktisk eller potentielt substitut, som konkurrenterne på downstream-markedet kan benytte, så de – i hvert fald på lang sigt – kan imødegå de negative konsekvenser af leveringsnægtelsen⁵⁷. I den forbindelse vil Kommissionen normalt foretage en vurdering af, om konkurrenterne inden for en overskuelig fremtid effektivt vil kunne kopiere det input, der produceres af den dominerende

⁵⁵ I nogle tilfælde kan en ikke-integreret konkurrents LRAIC på downstream-markedet anvendes som benchmark, for eksempel når det ikke er muligt klart at fordele den dominerende virksomheds omkostninger på downstream- og upstream-transaktioner.

⁵⁶ Sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 428 og 560-563.

⁵⁷ De forenede sager C-241/91 P og C-242/91, *Radio Telefís Éireann (RTE) og Independent Television Publications LTD (ITP) mod Kommissionen (Magill)*, Sml. 1995, s. 743, præmis 52 og 53, sag 7/97, *Oscar Bronner mod Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft og Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Sml. 1998 I, s. 7791, præmis 44 og 45, sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 421.

virksomhed⁵⁸. Ved begrebet kopiering forstås etablering af en alternativ, effektiv leveringskilde, der kan give konkurrenterne mulighed for at udøve et konkurrencemæssigt pres på den dominerende virksomhed på downstream-markedet⁵⁹.

84. De kriterier, der er fastsat i punkt 81, finder anvendelse både på afbrydelser af tidligere leverancer og for afslag på levering af en vare eller tjeneste, som den dominerende virksomhed ikke tidligere har leveret til andre (*de novo*-leveringsnægtelse). Det er dog mere sandsynligt, at der konstateres misbrug ved ophævelse af en eksisterende leveringsaftale end ved en *de novo*-leveringsnægtelse. Hvis den dominerende virksomhed for eksempel tidligere havde leveret til den pågældende virksomhed, og denne havde foretaget specifikke investeringer for at kunne anvende det input, den dominerende virksomhed derefter afslog at levere, vil Kommissionen nok i højere grad betragte det pågældende input som nødvendigt. Den omstændighed, at indehaveren af det nødvendige input tidligere har anset det for at være i sin interesse at levere det, er et fingerpeg om, at levering af det pågældende input ikke indebærer nogen risiko for, at indehaveren får utilstrækkelig kompensation for den oprindelige investering. Det vil derfor være op til den dominerende virksomhed at påvise, hvorfor forholdene faktisk har ændret sig på en sådan måde, at en fortsættelse af den eksisterende leveringsaftale vil udgøre en fare for, at den ikke opnår tilstrækkelig kompensation.

b) Eliminering af den effektive konkurrence

85. Hvis kravene i punkt 83 og 84 er opfyldt, er Kommissionen generelt af den opfattelse, at en dominerende virksomheds leveringsnægtelse omgående eller over tid vil kunne eliminere den effektive konkurrence på downstream-markedet. Der er normalt større sandsynlighed for, at den effektive konkurrence elimineres, jo større en markedsandel, den dominerende virksomhed har på downstream-markedet, jo færre kapacitetsbegrænsninger den dominerende virksomhed har i forhold til konkurrenterne på downstream-markedet, jo større substitution der er mellem den dominerende virksomheds og konkurrenternes produkter på downstream-markedet, jo større en andel af konkurrenterne på downstream-markedet, der berøres, og jo mere sandsynligt det er, at den efterspørgsel, der kunne dækkes af de konkurrenter, der hindres adgang til markedet, dirigeres væk fra dem og over til den dominerende virksomhed.

c) Skade for forbrugerne

86. Når Kommissionen undersøger, hvilken indvirkning leveringsnægtelse vil kunne få på forbrugernes velfærd, vil den se på, om de negative konsekvenser, som leveringsnægtelse på det relevante marked vil kunne få for forbrugerne, over tid vil

⁵⁸ Generelt vil et input være umuligt at kopiere, når det involverer et naturligt monopol, som skyldes stordriftsfordele og synergieffekter, når der er stærke netværksvirkninger, eller når det vedrører oplysninger fra en enkelt kilde (såkaldt "single source" information). I alle tilfælde skal der dog tages hensyn til den pågældende sektors dynamiske karakter og især om markedsstyrke hurtigt kan svinde ind eller ej.

⁵⁹ Sag 7/97, *Oscar Bronner mod Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft og Mediaprint Anzeigengesellschaft*, Sml. 1998 I, s. 7791, præmis 46, sag C-418/01, *IMS Health mod NDC Health*, Sml. 2004 I, s. 5039, præmis 29.

kunne opveje de negative konsekvenser, det vil få at pålægge den dominerende virksomhed en leveringspligt. Hvis det er tilfældet, vil Kommissionen normalt forfølge sagen.

87. Det er Kommissionens opfattelse, at det for eksempel kan skade forbrugerne, når de konkurrenter, den dominerende virksomhed afskærer fra markedet, på grund af leveringsnægtelsen forhindres i at markedsføre nye produkter og tjenester og/eller når man bremser opfølgende innovation⁶⁰. Dette kan især være tilfældet, hvis den virksomhed, der anmoder om levering af varer eller tjenester, ikke har til hensigt fortrinsvis at kopiere varer eller tjenester, der i forvejen udbydes af den dominerende virksomhed på downstream-markedet, men agter at producere nye eller bedre varer eller tjenester, som der er en potentiel forbrugerefterspørgsel efter, eller som vil kunne bidrage til den tekniske udvikling⁶¹.
88. Kommissionen mener endvidere, at leveringsnægtelse kan skade forbrugerne, hvis prisen på upstream-markedet er reguleret, mens prisen på downstream-markedet ikke er reguleret, og den dominerende virksomhed ved at udelukke konkurrenter på downstream-markedet gennem leveringsnægtelse er i stand til at opnå en større fortjeneste på det uregulerede downstream-marked, end den ellers havde kunnet.

d) *Effektivitetsgevinster*

89. Kommissionen vil undersøge den dominerende virksomheds påstande om, at en leveringsnægtelse er nødvendig, for at den kan opnå et tilstrækkeligt afkast af de investeringer, den skal foretage for at udvikle sine inputaktiviteter, og dermed skaber incitament til fortsat at investere i fremtiden, idet der tages hensyn til risikoen for mislykkede projekter. Kommissionen vil også undersøge den dominerende virksomheds påstande om, at dens egen innovation vil blive påvirket negativt af leveringspligten eller af de strukturændringer i markedsvilkårene, som en sådan leveringspligt vil medføre, herunder konkurrenternes udvikling af opfølgende innovation.
90. Ved undersøgelsen af sådanne påstande vil Kommissionen sikre, at betingelserne i afsnit III D er opfyldt. Især påhviler det den dominerende virksomhed at påvise eventuelle negative virkninger, som en leveringspligt vil kunne få for dens eget innovationsniveau⁶². Hvis en dominerende virksomhed tidligere har leveret det pågældende input, kan dette være relevant for vurderingen af påstande om, at leveringsnægtelsen er berettiget af effektivitetshensyn.

⁶⁰ Sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 643, 647-649, 652-653 og 656.

⁶¹ Sag C-418/01, *IMS Health mod NDC Health*, Sml. 2004 I, s. 5039, præmis 49, sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 658.

⁶² Sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 659.