

II

(Meddelelser)

MEDDELELSER FRA DEN EUROPÆISKE UNIONS INSTITUTIONER, ORGANER,
KONTORER OG AGENTURER

EUROPA-KOMMISSIONEN

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

Ændring af 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)

(2023/C 116/01)

1. Den Europæiske Unions konkurrenceregler har gennem tiden spillet en afgørende rolle for beskyttelsen af konkurrencen i det indre marked ⁽¹⁾. Håndhævelsen af reglerne, og især artikel 101 og 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (»TEUF«), »tjener Europa godt ved at bidrage til at skabe lige vilkår, hvor markederne tjener forbrugernes interesse« ⁽²⁾. Samtidig kan det bidrage til at nå mål, der rækker videre end forbrugervelfærd, såsom pluralisme i et demokratisk samfund ⁽³⁾.
2. I lyset heraf er det ekstremt vigtigt, at Unionens konkurrenceregler anvendes beslutsomt og effektivt. Det er desto mere nødvendigt i økonomiske nedgangstider og som følge af den stigende markedsconcentration i flere brancher.
3. I henhold til artikel 102 i TEUF er det forbudt for virksomheder i det indre marked at misbruge en eventuel dominerende stilling. Dette forbud har været medvirkende til at styre dominerende virksomheders adfærd, da de har et særligt ansvar for ikke at lade deres adfærd forhindre en effektiv og ufordrejet konkurrence i det indre marked ⁽⁴⁾.
4. Den 5. december 2008 vedtog Kommissionen en meddelelse om vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 [i dag artikel 102 i TEUF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Konkurrencepolitikken er en af faktorerne for gennemførelsen af det indre marked, som »omfatter et system der sikrer, at konkurrencen ikke forvrides«, jf. protokol 27 til traktaten om Den Europæiske Union.

⁽²⁾ Meddelelse fra Kommissionen – Europas digitale fremtid i støbeskeen (COM(2020) 67 final, s. 8).

⁽³⁾ Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), sag T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 1028.

⁽⁴⁾ Dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 135 og den deri nævnte retspraksis og dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Srl mod Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, sag C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 28 og 38.

⁽⁵⁾ EUT C 45 af 24.2.2009, s. 7.

5. I meddelelsen redegøres der for Kommissionen prioritering af håndhævelsen i forbindelse med dominerende virksomheders ekskluderende adfærd for at skabe større klarhed og forudsigelighed med hensyn til den overordnede analyseramme, som Kommissionen anvender ved afgørelsen af, om den bør prioritere forfølgelsen af sager vedrørende ekskluderende adfærd ⁽⁶⁾. Vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen har bidraget til at fremme en anvendelse af artikel 102 i TEUF, der fokuserer på, hvorvidt en given adfærd vil kunne skade konkurrencen, ved hjælp af en analyse af markedsdynamikken, den såkaldt »virkningsbaserede tilgang« ⁽⁷⁾.
6. Vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen udgjorde imidlertid ikke en erklæring om retspraksis og indeholdt ikke en fortolkning af begrebet »misbrug af dominerende stilling«, men redegjorde blot for Kommissionens fremgangsmåde med hensyn til, hvilke sager den har til hensigt at forfølge som en prioritet ⁽⁸⁾.
7. Kommissionens prioritering af håndhævelsen har udviklet sig med tiden som følge af de erfaringer, Kommissionen har gjort i sin praksis, idet der er taget hensyn til udviklingen i EU-domstolenes retspraksis ⁽⁹⁾ og markedsudviklingen. EU-domstolene har gennem deres retspraksis bekræftet den virkningsbaserede tilgang til artikel 102 i TEUF og præciseret betydningen af og anvendelsesområdet for nogle af de begreber, der er anvendt i vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen.
8. I lyset af denne udvikling er formålet med denne meddelelse at ændre visse dele af vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen, som ikke længere afspejler Kommissionens fremgangsmåde ved afgørelsen af, om den bør prioritere visse sager. Ændringerne foretages i overensstemmelse med princippet om god forvaltning og for at øge gennemsigtigheden med hensyn til, hvilke principper der ligger til grund for Kommissionens håndhævelsesforanstaltninger.
9. Ændringerne af vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen fremgår af bilaget til denne meddelelse.

⁽⁶⁾ Vejledning om prioriteringen af håndhævelsen, punkt 2.

⁽⁷⁾ Se pressemeddelelsen af 3. december 2008, Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings (findes ikke på dansk), IP/08/1877.

⁽⁸⁾ Dom af 6. oktober 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 52.

⁽⁹⁾ Siden vedtagelsen af vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen har Kommissionen vedtaget 27 afgørelser truffet på grundlag af artikel 102 i TEUF (vedrørende ekskluderende adfærd), og EU-domstolene har truffet 32 afgørelser.

BILAG til MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

Ændring af 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

1. I lyset af erfaringerne fra Kommissionens håndhævelsespraksis og præciseringerne i EU-domstolenes retspraksis bør det præciseres, at begrebet »konkurrenceskadelig afskærmning« (vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen, punkt 19) ikke kun henviser til de tilfælde, hvor den dominerende virksomheds adfærd kan føre til fuld udelukkelse eller marginalisering af konkurrencen, men også til de tilfælde, hvor den pågældende adfærd kan svække konkurrencen og dermed hæmme konkurrencestrukturen på markedet til fordel for den dominerende virksomhed og til skade for forbrugerne. Som følge af Kommissionens og EU-domstolenes praksis er det desuden vigtigt at præcisere, at det ikke er hensigtsmæssigt at anvende rentabilitetsfaktoren ved den dominerende virksomheds adfærd til at fastlægge Kommissionens håndhævelsesprioriteter, dvs. kun at prioritere forfølgelsen af sager, hvor den dominerende virksomhed *på rentabel vis* kan anvende priser, der ligger over konkurrenceniveauet, eller *på rentabel vis* kan påvirke andre konkurrenceparametre såsom produktion, innovation eller udvalg eller kvalitet af varer eller tjenester. Derfor erstattes punkt 19, andet punktum, i vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen af følgende tekst:

»I dette dokument anvendes begrebet »konkurrenceskadelig afskærmning« til at beskrive en situation, hvor den dominerende virksomheds adfærd påvirker en effektiv konkurrencestruktur ^(1a) negativt og dermed giver den dominerende virksomhed mulighed for til egen fordel og til skade for forbrugerne at påvirke de forskellige konkurrenceparametre såsom produktion, innovation eller udbud eller kvalitet af varer eller tjenester negativt ^(1b).

^(1a) Dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Srl mod Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, sag C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 36.

^(1b) Dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), sag T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 281.«

2. I lyset af erfaringerne fra Kommissionens håndhævelsespraksis og præciseringerne i EU-domstolenes retspraksis er det for så vidt angår en dominerende virksomheds prisbaserede ekskluderende adfærd ikke hensigtsmæssigt kun at prioritere forfølgelsen af adfærd, som kan bevirke, at konkurrenter, der med hensyn til omkostningsstruktur er lige så effektive som den dominerende virksomhed, træder ud af markedet eller marginaliseres. I nogle tilfælde kan den effektive konkurrence også komme fra virksomheder, der er mindre effektive med hensyn til omkostningsstruktur end den dominerende virksomhed. Derfor foretages følgende to ændringer af vejledningen af prioriteringen af håndhævelsen:

(a) I vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen affattes punkt 23, sidste punktum, således:

»Kommissionen vil generelt gribe ind med det formål at forhindre konkurrenceskadelig afskærmning, hvis den pågældende adfærd allerede skader eller vil kunne skade konkurrencen fra virksomheder, der anses for at være lige så effektive som den dominerende virksomhed ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Dom af 3. juli 1991, AKZO Chemie mod Kommissionen, sag 62/86, EU:C:1991:286, præmis 72, hvor Domstolen for så vidt angår priser, der er lavere end de gennemsnitlige samlede omkostninger, anførte, at: »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, Deutsche Telekom mod Kommissionen, T-271/03, EU:T:2008:101, præmis 194, stadfæstet af Domstolen efter appel (se dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom AG mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603). Domstolen har anerkendt, at opfattelsen af en »lige så effektiv« konkurrent vedrører effektiviteten og forbrugernes interesse i forhold til bl.a. pris, udvalg, kvalitet eller innovation, jf. dom af 6. september 2017, Intel Corp. mod Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 134, og dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 37.«

(b) I vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen affattes punkt 24, første punktum, således:

»Samtidig erkender Kommissionen, 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 ^(1a).

^(1a) Dom af 6. oktober 2015, Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 59-60, og dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 57.«

3. Det fremgår af Kommissionens håndhævelsespraksis og præciseringerne i EU-domstolens retspraksis, at »testen om den lige så effektive konkurrent« på pris og omkostninger kun er én ud af flere metoder til at vurdere (sammen med alle andre relevante forhold), om en given adfærd kan have udelukkelsesvirkninger. Domstolen har også præciseret, at brugen af »testen om den lige så effektive konkurrent« er valgfri, og at en sådan test kan være uhensigtsmæssig set ud fra den enkelte form for praksis eller den relevante markedsdynamik ⁽¹⁾. Derfor er det ikke hensigtsmæssigt at bruge denne test på generel basis til at afgøre, hvilke sager vedrørende prisbaseret ekskluderende adfærd der bør forfølges som en prioritet, og hvis der foretages en sådan test, bør resultatet heraf under alle omstændigheder vurderes sammen med alle andre relevante forhold. Derfor foretages følgende to ændringer af vejledningen af prioriteringen af håndhævelsen:

(a) I vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen affattes punkt 25, første punktum, således:

»For at fastslå, om det er sandsynligt, at den pågældende adfærd vil kunne afskærme markedet for selv en hypotetisk konkurrent, der målt på omkostninger er lige så effektiv som den dominerende virksomhed, kan Kommissionen undersøge økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser, og navnlig om den dominerende virksomhed anvender priser, der er lavere end dens omkostninger ^(1b).

^(1b) Dom af 6. oktober 2015, Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet, C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 61, dom af 6. september 2017, Intel Corp. mod Europa-Kommissionen, C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 141, dom af 14. september 2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Android), sag T-604/18, EU:T:2022:541, præmis 643, og dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 57, 58 og 62.«

(b) Punkt 27 i vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen affattes således:

»Ved undersøgelsen af data med henblik på at vurdere, om en konkurrent, der er lige så effektiv, kan konkurrere effektivt med den dominerende virksomheds prisadfærd, vil Kommissionen tage denne undersøgelse 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 ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Dom af 30. januar 2020, Generics (UK) m.fl., C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 154, dom af 29. marts 2012, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, T-336/07 P, EU:C:2012:172, præmis 175, dom af 14. oktober 2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen, C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 175, og dom af 17. februar 2011, TeliaSonora Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 28.«

4. I lyset af erfaringerne fra Kommissionens håndhævelsespraksis vedrørende adgang til den dominerende virksomheds input eller aktiver og præciseringerne i EU-domstolens retspraksis om en sådan adgang er det vigtigt at skelne mellem situationer med direkte leveringsnægtelse og situationer, hvor den dominerende virksomhed undergiver adgangen urimelige vilkår (»konstruktiv leveringsnægtelse«). I situationer med konstruktiv leveringsnægtelse er det ikke hensigtsmæssigt kun at prioritere sager vedrørende levering af et uundværligt input eller adgangen til et væsentligt anlæg. Dette er i overensstemmelse med EU-domstolens praksis, hvori det præciseres, at sådanne tilfælde

⁽¹⁾ Se f.eks. dom af 19. januar 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Srl mod Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, sag C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 57-58.

ikke kan sidestilles med en direkte leveringsnægtelse, og at kriteriet om det pågældende produkts eller den pågældende tjenestes nødvendighed ikke finder anvendelse ⁽²⁾).

Derfor udgår de sidste to punktnummer i punkt 79 i vejledningen om prioritering af håndhævelsen.

5. I lyset af erfaringerne fra Kommissionens håndhævelsespraksis og præciseringerne i EU-domstolens retspraksis er det ikke hensigtsmæssigt kun at prioritere sager vedrørende avancepres (»margin squeeze«), når de involverer et produkt eller en tjeneste, der objektivt set er en nødvendig forudsætning for at kunne konkurrere effektivt på et downstream-marked. Dette er i overensstemmelse med EU-domstolens praksis, hvori det præciseres, at et avancepres ikke udgør en form for leveringsnægtelse, men derimod en selvstændig form for misbrug, der er underlagt andre vurderingskriterier. Derfor foretages følgende fire ændringer af vejledningen af prioriteringen af håndhævelsen:

- (a) Titlen over punkt 75 i vejledningen om prioriteringen af håndhævelsen affattes således:

»D. Leveringsnægtelse«

- (b) Punkt 80, inklusive fodnote 8 og 9, udgår.

- (c) Punkt 81-90 omnummereres således:

Punkt 81 bliver punkt 80, punkt 82 bliver punkt 81, punkt 83 bliver punkt 82, punkt 84 bliver punkt 83, punkt 85 bliver punkt 84, punkt 86 bliver punkt 85, punkt 87 bliver punkt 86, punkt 88 bliver punkt 87, punkt 89 bliver punkt 88, punkt 90 bliver punkt 89.

- (d) Følgende titel og punkt 90 indsættes efter det nye punkt 89 i vejledningen om prioritering af håndhævelsen:

»E. Avancepres«

- ”90. En dominerende virksomhed kan forlange en pris for produktet på upstream-markedet, som i forhold til den pris, den forlanger på downstream-markedet ⁽³⁾, ikke giver en lige så effektiv konkurrent mulighed for permanent at drive rentabel handel på downstream-markedet (et såkaldt avancepres (»margin squeeze«)) ⁽⁴⁾. For at bestemme en lige så effektiv konkurrents omkostninger i sådanne sager, vil Kommissionen generelt anvende den integrerede dominerende virksomheds downstream-afdelings LRAIC som benchmark ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Det omfatter en situation, hvor en integreret virksomhed, der sælger et »system« af komplementære produkter, sælger et af de komplementære produkter særskilt til en konkurrent, der producerer det andet komplementære produkt.

⁽⁴⁾ En sådan adfærd udgør en selvstændig form for misbrug, som er forskellig fra leveringsnægtelse, jf. dom af 17. februar 2011, TeliaSonora Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 56.

⁽⁵⁾ 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.

⁽²⁾ Dom af 25. marts 2021, Slovak Telekom mod Kommissionen (Slovak Telekom), sag C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 50-51, og dom af 12. februar 2023, Lietuvos geležinkeliai AB mod Europa-Kommissionen, sag C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 81-84 og 91.