



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremsat den 11. januar 2024¹

Sag C-48/22 P

**Google LLC,
Alphabet, Inc.
mod**

Europa-Kommissionen

»Konkurrence – misbrug af dominerende stilling – generel søgning – specialiseret søgning af varer – afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse af artikel 102 TEUF og af EØS-aftalens artikel 54 – misbrug gennem løftestangseffekt – konkurrence på ydelser – forskellig behandling gennem favoriserende af egen tjeneste – fortrin til visning af resultater fra egen specialiseret søgetjeneste – potentielle udelukkelsesvirkninger – kontrafaktisk analyse – hypotetisk konkurrent, der er mindst lige så effektiv«

I. Indledning

1. Denne appel er iværksat af Google LLC og Alphabet Inc. (herefter »appellanterne«) til prøvelse af Rettens dom af 10. november 2021, Google og Alphabet mod Kommissionen (Google Shopping)² (herefter »den appellerede dom«). I denne dom frifandt Retten i det væsentlige Kommissionen i et søgsmål anlagt af appellanterne til prøvelse af Europa-Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017, Google Search (Shopping)³ (herefter »den omtvistede afgørelse«). I denne afgørelse fastslog Kommissionen, at Google misbrugte sin dominerende stilling på forskellige nationale markeder for generelle internetsøgetjenester og for specielle søgetjenester for varer som omhandlet i artikel 102 TEUF. Misbruget bestod ifølge Kommissionen navnlig i, at Google ved visningen af søgeresultaterne på sin generelle resultatside behandlede konkurrerende sammenligningstjenester for varer mindre gunstigt end sin egen sammenligningstjeneste. I stævningen havde appellanterne nedlagt påstand om annulation af den omtvistede afgørelse, subsidiært om nedsættelse af den bøde, som de blev pålagt i denne afgørelse.

2. De retlige spørgsmål vedrørende artikel 102 TEUF, der er rejst i denne sag, er af stor retlig og praktisk betydning.

¹ – Originalsprog: tysk.

² – T-612/17, EU:T:2021:763.

³ – Afgørelse C(2017) 4444 final om en procedure i henhold til artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54 (sag AT.39740 – Google Search (Shopping)).

3. For det første skal det afklares, under hvilke omstændigheder en dominerende virksomheds forskelsbehandling af konkurrenter, herunder ved at favorisere sig selv på digitale markeder, fraviger de (normale) midler, der henhører under konkurrence på ydelser, og dermed kan kvalificeres som misbrug. Særlig omtvistet er spørgsmålet om, hvorvidt de strenge kriterier for anerkendelsen af et misbrug gennem nægtelse af adgang til en »nødvendig facilitet«, der bl.a. blev anerkendt i dom af 26. november 1998, Bronner⁴ (herefter »Bronner-dommen«), finder anvendelse.

4. For det andet skal yderligere kriterier, hvormed det kan fastslås, at der foreligger en adfærd, som er i strid med artikel 102 TEUF, præciseres. Hertil hører spørgsmålet om, hvorvidt og hvordan Kommissionen gennem en kontrafaktisk analyse skal godtgøre, at denne adfærd i det mindste kan have *potentielle* udelukkelsesvirkninger. Det skal desuden afklares, om det for at godtgøre, at der foreligger en sådan udelukkelsesvirkning, i et tilfælde som det foreliggende er påkrævet, at Kommissionen undersøger kriteriet om den lige så effektive konkurrent⁵.

II. Sagens baggrund

A. Baggrunden for tvisten

5. Sagens baggrund fremgår af den appellerede doms præmis 1-20 og kan sammenfattes som følger:

6. Google er et selskab med hjemsted i Mountain View, Californien (De Forenede Stater), der på verdensplan bl.a. tilbyder forskellige søgefunktioner på internettet. Den mest kendte af disse søgefunktioner er den generelle søgemaskine, der er tilgængelig på internetadressen www.google.com eller tilsvarende regionale internetadresser. Alphabet, der ligeledes har hjemsted i Mountain View, har siden den 2. oktober 2015 været eneaktionær i Google og moderselskabet i den koncern, hvori Google også indgår.

7. Internetbrugere kan indlede en søgning ved at indtaste søgebegreber på Google internetside. Søgeresultaterne sorteres efter relevans på grundlag af forskellige kriterier og med brug af forskellige algoritmer og vises efterfølgende.

8. I den foreliggende sag er det navnlig sondringen mellem den generelle søgning og den specielle søgning af oplysninger på internettet, der er af betydning. En generel søgning kan have mange søgeformål og -begreber. En speciel søgning har derimod et specifikt søgeformål vedrørende bestemte varer, tjenesteydelser, former for indhold eller oplysninger. På grundlag af de søgebegreber, der indtastes af brugerne, gennemfører Google en generel søgning, en speciel søgning eller en kombination af begge søgninger og præsenterer brugerne for resultaterne med brug af algoritmer.

9. Google konkurrerede i den i sagen omtvistede periode med andre udbydere af almindelige søgemaskiner såsom AltaVista, Yahoo, Bing og Qwant, der til dels også tilbød specialiserede søgetjenester (herefter »internetsøgemaskiner«). Derudover fandtes der udbydere af specielle søgemaskiner til produktsammenligning, såsom Bestlist, Nextag, IdealPrice, Twenga, Kelkoo og Prix.net (herefter »produktsammenligningstjenester« eller »sammenligningstjenester«).

⁴ – C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 37 ff.

⁵ – På engelsk benævnt »as-efficient-competitor-test« eller »AEC-test«.

10. Genstanden for den omtvistede afgørelse og den appellerede dom er varesøgninger og præsentationen af resultaterne af sådanne søgninger på Googles internetside for generelle søgeresultater. Efter en varesøgning viser en internetsøgemaskine eller en produktsammenligningstjeneste som resultater forskellige internetsider, på hvilke den søgte vare kan købes. I denne forbindelse kan der være tale om internetsider tilhørende sælgerne eller salgspplatforme såsom eBay eller Amazon.

11. Google udbød henholdsvis i 2002 (i USA) og i 2004 (i Europa) for første gang en særskilt varesøgning ud over den generelle søgning. Med brug af en database med oplysninger fra sælgerne, kaldet »vareindekset«, blev søgeresultaterne sorteret og vist efter relevans ved hjælp af specifikke algoritmer. Der var i denne sammenhæng tale om andre søgealgoritmer end dem, der blev anvendt til den generelle internetsøgning ved hjælp af den fremgangsmåde, kaldet »crawling«, med henblik på at indsamle og indekser oplysninger fra internetsider, optage dem i Googles »webindeks«, sortere dem efter relevans og vise dem. Google gav i første omgang mulighed for at foretage specielle varesøgninger på en særskilt internetside kaldet »Froogle«.

12. Fra 2003 (i USA) respektive fra 2005 (i Europa) integrerede Google resultaterne af den specielle varesøgning i resultaterne af den generelle søgning. I denne forbindelse blev resultaterne af varesøgningen frem til 2007 grupperet og vist i resultaterne af den generelle søgning i en særskilt »Product OneBox«, der var fremhævet optisk. Denne »boks« indeholdt også links til sælgeres sider samt til Froogle-siden med et større udvalg af sælgerne og salgspplatforme. Uden for denne Product OneBox fandtes desuden internetsider fra andre sammenligningstjenester som resultater af den generelle søgning.

13. I 2007 ændrede Google efter eget udsagn præsentationen af resultaterne af varesøgningen i de generelle søgeresultater. Google ændrede Froogle-sidens navn til »Product Search« og Product OneBox til »Product Universal« og senere til »Shopping Units«. Desuden blev resultaterne af varesøgningen suppleret med fotografier og mere udførlige oplysninger, navnlig om varernes pris og kunders bedømmelse af varerne. Resultaterne af den generelle søgning, hvori der også blev vist andre sammenligningstjenesters sider, indeholdt derimod fortsat kun et simpelt blåt link uden fotografier eller tekst. En mekanisme, kaldet »Universal Search«, gjorde det på den generelle resultatside muligt at rangordne de produkter, der stammede fra Product Onebox respektive Product Universal, i forhold til de generelle søgeresultater. Fra september 2010 gav Google i Europa annoncørerne og internetbrugerne mulighed for ved at klikke på teksten at se fotografier af de søgte varer og de tilbudte priser i et udvidet format i forhold til den oprindelige tekstannonce.

14. Ud over den anderledes optiske præsentation af resultaterne af varesøgningen i Product Universal eller Shopping Units og resultaterne i den generelle søgning indførte Google – efter konstateringerne i den omtvistede afgørelse⁶ – fra 2011 specielle tilpasningsalgoritmer, bl.a. »Panda«-algoritmen. Denne algoritme blev kun anvendt på resultaterne af den generelle søgning med henblik på at sortere disse efter relevans, men ikke på de resultater af varesøgningen i Googles sammenligningstjeneste, der blev vist fremhævet i Product Universal eller Shopping Units.

15. Fra 2013 præsenterede Googles internetsøgemaskine resultaterne af en varesøgning som følger: Shopping Units indeholdt under overskriften med søgebegrebet et link til Googles produktsammenligningstjeneste og under billederne af varerne links til sælgernes og

⁶ – Jf. navnlig 356. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse samt den appellerede doms præmis 59 ff., 282 ff. og 369 ff.

salgsplatformenes sider. Denne præsentation blev støttet af visning af fotografier, priser og kundebedømmelser. Links til andre produktsammenligningstjenester blev derimod ikke vist i Shopping Units, men som hidtil kun som resultater af den generelle søgning med et simpelt blåt link.

16. Efter Kommissionens konstateringer⁷, der blev sammenfattet i den appellerede dom, og som ikke er blevet bestridt i appelsagen, medførte anvendelsen af bl.a. Panda-algoritmen, at andre sammenligningstjenesters internetsider ofte blev vist længere nede i de generelle søgeresultater, eftersom de kun henviste til andre sælgernes og salgsplatformes internetsider uden at præsentere eget indhold. Disse algoritmer blev imidlertid ikke anvendt på Googles produktsammenligningstjeneste, selv om den havde mange fælles kendetegn med de konkurrerende produktsammenligningstjenester, hvilke kendetegn ville have gjort den egnet til de samme nedrykninger i de generiske resultater. Som følge heraf blev resultaterne fra Googles sammenligningstjeneste efter lanceringen af Product Universal i de fleste tilfælde enten vist over alle de generelle søgeresultater eller blandt de første generelle resultater, dvs. med en særdeles synlig placering, idet formålet ifølge en intern e-mail fra Google var at »øge trafikken væsentligt«. Synligheden af links til andre produktsammenligningstjenester var højst i slutningen af 2010 og faldt pludseligt og kraftigt efter lanceringen af Panda-algoritmen i Det Forenede Kongerige, Tyskland, Frankrig, Italien og Spanien. Præsentationen af disse links var fortsat begrænset til gengivelsen af et simpelt blåt link, dvs. uden yderligere fotografier og oplysninger om varer, priser og sælgere. Den omstændighed, at Shopping Units med resultaterne af varesøgningen i Googles produktsammenligningstjeneste ikke var genstand for de samme rangordningsmekanismer, bl.a. ikke Panda-algoritmen, og at de blev fremhævet i en »boks« på en meget synlig placering i den øverste del af de generelle søgeresultater, førte sammen med præsentationen af mere fyldige grafiske elementer, herunder fotografier og dynamiske oplysninger, til et større antal klik fra internetbrugerne og dermed til forøgelse af Googles indtægter, således som det var Googles hensigt.

17. Kombinationen af de former for adfærd, der blev praktiseret fra 2008, og som angiveligt førte til en favorisering af søgeresultaterne fra Googles egen produktsammenligningstjeneste på siden for generelle søgeresultater i forhold til søgeresultaterne fra konkurrerende produktsammenligningstjenester (herefter »den kritiserede adfærd«), er genstand for denne sag.

B. Den administrative procedure og den omtvistede afgørelse

18. Fra 2009 modtog Kommissionen flere klager over Googles ovenfor beskrevne praksis. Den 30. november 2010 indledte Kommissionen en formel undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 2, stk. 1, i forordning (EF) nr. 773/2004⁸. Denne procedure førte den 13. marts 2013 til en foreløbig vurdering fra Kommissionen i henhold til artikel 9 i forordning (EF) nr. 1/2003⁹. Derefter tilbød Google i perioden fra april 2013 til januar 2014 at afgive tilsagn, hvilke Kommissionen afslog at acceptere efter høring af klagerne. Den 15. april 2015 genoptog Kommissionen den procedure for konstatering af en overtrædelse, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, og vedtog en klagepunktsmeddelelse rettet til Google. Den 14. juli 2016 vedtog Kommissionen en supplerende klagepunktsmeddelelse.

⁷ – Den appellerede doms præmis 59-62; jf. også 371. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse.

⁸ – Kommissionens forordning af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2004, L 123, s. 18).

⁹ – Rådets forordning (EF) nr. 1/2006 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1).

19. Den administrative procedures forløb er nærmere beskrevet i den appellerede doms præmis 21-39.

20. Den 27. juni 2017 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse.

21. I denne afgørelse blev det konkluderet, at Google misbrugte sin dominerende stilling på markederne for generelle internetsøgetjenester og for specielle søgetjenester for varer i henhold til artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54. Misbruget bestod i, at Google i søgeresultaterne fra sin generelle søgemaskine præsenterede resultaternes fra sin sammenligningstjeneste med mere optisk fylde end de konkurrerende sammenligningstjenesters resultater og kun anvendte Panda-algoritmen på sidstnævnte. Denne praksis førte til, at trafikken fra Googles internetside for generelle søgeresultater til Googles internetside for søgeresultater for varer blev forøget, og at trafikken til konkurrerende produktsammenligningstjenestes internetsider blev reduceret. Dette havde potentielt konkurrencebegrænsende virkninger både på forskellige nationale markeder for generelle internetsøgetjenester og på markederne for specielle søgetjenester for varer. I geografisk og tidsmæssig henseende fastslog Kommissionen, at et sådant misbrug havde fundet sted fra januar 2008 i forskellige perioder i alt 13 EØS-lande, nemlig Belgien, Den Tjekkiske Republik, Danmark, Tyskland, Spanien, Frankrig, Italien, Nederlandene, Østrig, Polen, Sverige, Det Forenede Kongerige og Norge.

22. Kommissionen begrundede i det væsentlige disse konklusioner i den omtvistede afgørelse som følger¹⁰:

23. Kommissionen sondrede mellem to digitale markeder, nemlig markedet for generelle internetsøgetjenester (herefter »markedet for generelle søgetjenester«) og markedet for specielle internetsøgetjenester for varer eller produktsammenligningstjenester (herefter »markedet for specielle søgetjenester for varer«), der begge var nationale markeder¹¹. Med hensyn til førstnævnte marked anførte Kommissionen, at de generelle søgetjenester, der udbydes på internetsiderne – i form af »tosidede« platforme – konkurrerer indbyrdes for at få flest mulige internetbrugere til at gøre (gratis) brug af tjenesterne og dermed øge annoncørernes efterspørgsel af (betalt) kommerciel brug¹².

24. På de nationale markeder for generelle søgetjenester konstaterede Kommissionen meget store adgangshindringer. Det kræver betydelige investeringer at få adgang til disse markeder. En internetsøgemaskine kan kun fungere godt, såfremt tilstrækkeligt mange brugere foretager et betydeligt antal søgninger. Desuden er en tilstrækkelig finansiering betinget af, at der indrykkes tilstrækkeligt mange betalte annoncer på den pågældende søgemaskines internetside. Begge aspekter er til fordel for den førende udbyder og gør det vanskeligt for nye udbydere at få adgang til dette marked¹³. Siden 2008 har Google haft en dominerende stilling på alle nationale markeder for generelle søgetjenester i EØS – med undtagelse af Den Tjekkiske Republik (i denne stat først fra 2011)¹⁴.

25. Med hensyn til de nationale markeder for specielle søgetjenester for varer anførte Kommissionen, at en sammenligningstjenestes succes først og fremmest afhænger af den genererede trafik, dvs. af antallet af klik, som internetbrugere foretager på den pågældende

¹⁰ – Jf. også den appellerede doms præmis 40-78.

¹¹ – 154. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse.

¹² – Jf. også den appellerede doms præmis 43.

¹³ – 254., 269., 270. og 285. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse; jf. også den appellerede doms præmis 46 og 47.

¹⁴ – 264. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse; den appellerede doms præmis 54.

internetside. En stor trafik giver sammenligningstjenesterne mulighed for at overbevise sælgerne om at give dem flere oplysninger om deres varer og derigennem øge tjenesternes tilbud, hvilket atter gør det mere attraktivt for sælgere, annoncører, internetbrugere og potentielle købere, hvorved de kan øge deres indtægter¹⁵.

26. Ifølge Kommissionen førte den kritiserede adfærd til, at trafikken fra Googles generelle resultatsider til de konkurrerende sammenligningstjenester blev reduceret og trafikken fra disse sider til Googles sammenligningstjeneste forøget tilsvarende. Ca. 95% af internetbrugernes klik fordelte sig på de første ti generelle søgeresultater på Googles internetside, heraf de fleste på de første tre til fem, og skabte således den største trafik. Den lavere placering af konkurrerende sammenligningstjenesters resultater var en stor ulempe for disse¹⁶, som ikke kunne erstattes effektivt af andre trafikklender¹⁷.

27. Efter Kommissionens opfattelse skabte den kritiserede adfærd potentielle konkurrencebegrænsende virkninger på de nationale markeder for generelle søgetjenester og for specielle søgetjenester for varer. På sidstnævnte markeder kunne denne adfærd foranledige konkurrenter til at indstille deres virksomhed, have en negativ indvirkning på innovationen og begrænse forbrugernes mulighed for at få adgang til de bedste tjenester. Markedernes konkurrencemæssige struktur blev således påvirket. På markedet for generelle søgetjenester havde Google anvendt at de yderligere indtægter, der blev genereret inden for de specielle varesøgninger, til at styrke sine generelle søgetjenester og dermed opretholde sin dominerende stilling på disse markeder¹⁸.

28. På grund af denne adfærd pålagde Kommissionen Google en bøde på 2 424 495 000 EUR, hvoraf Alphabet i sin egenskab af eneaktionær i Google hæfter solidarisk for 523 518 000 EUR¹⁹.

C. Sagen for Retten og den appellerede dom

29. Ved søgsmål anlagt ved Retten den 11. september 2017 nedlagde appellanterne påstand om annullation af den omtvistede afgørelse. Subsidiært nedlagde de påstand om annullation eller nedsættelse af den pålagte bøde.

30. Retsforhandlingerne for Retten er nærmere beskrevet i præmis 79-118 i den appellerede dom.

31. I denne sag fik Den Europæiske Forbrugerorganisation (BEUC), Infederation Ltd (herefter »Foundem«), Verband Deutscher Zeitschriftenverleger eV (herefter »VDZ«), BDZV – Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger eV (herefter »BDZV«), Visual Meta GmbH, Twenga, EFTA-Tilsynsmyndigheden, Kelkoo og Forbundsrepublikken Tyskland tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Computer & Communication Industry Association (herefter »CCIA«) fik tilladelse til at intervenere til støtte for appellanternes påstande.

¹⁵ – 444. betragtning til den omtvistede afgørelse; den appellerede doms præmis 64.

¹⁶ – 452. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse; den appellerede doms præmis 65.

¹⁷ – 539. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse; den appellerede doms præmis 66.

¹⁸ – 89. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse; den appellerede doms præmis 67.

¹⁹ – 710. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse og den omtvistede afgørelses artikel 2; den appellerede doms præmis 78.

32. Ved den appellerede dom annullerede Retten den omtvistede afgørelse, for så vidt som Kommissionen deri havde fastslået, at artikel 102 TEUF og EØS-aftalens artikel 54 var overtrådt som følge af misbruget af Googles dominerende stilling på de 13 nationale markeder for generel søgning. I øvrigt frifandt Kommissionen, idet Retten tilsluttede sig konstateringen i denne afgørelse, hvorefter Googles dominerende stilling på de 13 nationale markeder for specielle søgetjenester for varer var blevet misbrugt. Retten opretholdt den bøde, som Kommissionen havde pålagt appellanterne, med det fulde beløb efter udøvelse af sin fulde prøvelsesret.

III. Retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

33. Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 20. januar 2022 har appellanterne iværksat appel til prøvelse af den appellerede dom.

34. Ved processkrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 2. februar har appellanterne anmodet om, at bilag 2 til deres appelskrift med den omtvistede afgørelse i den version, der svarer til bilag 1 til deres stævning, behandles fortroligt i forhold til intervenienterne. I første instans havde Retten allerede indrømmet en sådan fortrolig behandling. Ved kendelse af 22. marts 2022 har Domstolens præsident imødekommet anmodningen²⁰.

35. Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 9. juni 2022 har PriceRunner International AB (herefter »PriceRunner«) i henhold til artikel 40, stk. 2, i statuten for Domstolen anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 1. september 2022 har Domstolens præsident imødekommet anmodningen. I denne kendelse blev der taget forbehold for den fortrolige behandling af bilag 2 til appelskriftet i forhold til PriceRunner, som fik tilladelse til at indgive et interventionsindlæg.

36. Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 17. juni 2022 har FairSearch AISBL i henhold til artikel 40, stk. 2, i statuten for Domstolen anmodet om tilladelse til at intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 1. september 2022 har Domstolens præsident afvist denne anmodning.

37. Appellanterne har nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Den anfægtede afgørelse annulleres, eller subsidært hjemvises sagen til Retten til afgørelse.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne i appelsagen og i sagen for Retten.
- PriceRunner tilpligtes at betale omkostningerne ved interventionen.

38. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

²⁰ – Kendelse afsagt af Domstolens præsident den 22.3.2022, Google og Alphabet mod Kommissionen (C-48/22 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2022:207).

39. CCIA har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, at den anfægtede afgørelse annulleres, eller subsidiært, at sagen hjemvises sagen til Retten, og at Kommissionen tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med CCIA's intervention.

40. EFTA-Tilsynsmyndigheden har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

41. BEUC har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med BEUC's intervention i appelsagen.

42. Foundem har nedlagt påstand om, at appellen afvises, da den åbenbart ikke kan påkendes, eller forkastes som ugrundet i sin helhed, og at appellanterne tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med Foundems intervention.

43. Kelkoo har nedlagt påstand om, at appellen, for så vidt som den vedrører Rettens faktiske konstateringer, afvises og i øvrigt forkastes som ugrundet, og at appellanterne tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med Kelkoos intervention.

44. Ladenzeile (tidligere: Visual Meta GmbH), BDZV og VDZ har nedlagt påstand om, at appellen forkastes i sin helhed, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne, herunder omkostningerne i forbindelse med Ladenzeiles, BDZV's og VDZ' intervention.

45. Twenga har nedlagt påstand om, at appellanternes appelanbringender forkastes, at den appellerede dom og den omtvistede afgørelse stadfæstes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

46. PriceRunner har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med PriceRunners intervention.

47. I retsmødet den 19. september 2023 har parterne afgivet mundtlige indlæg og besvaret Domstolens spørgsmål.

48. Som svar på et spørgsmål fra Domstolen har appellanterne, således som det er indført i protokollatet fra retsmødet, frafaldet appellen, for så vidt som den vedrørte den del af den appellerede dom, hvorved Retten tog påstanden i deres stævning til følge (domskonklusionens punkt 1).

IV. Bedømmelse

A. Formaliteten

49. Foundems og Kelkoos påstande om, at appellen skal afvises, da den åbenbart ikke kan påkendes, kan ikke tiltrædes. Hverken deres skriftlige indlæg eller deres indlæg i retsmødet ses at indeholde en holdbar begrundelse herfor.

50. Navnlig Foundems argument om, at appellen beror på en vildledende eller mangelfuld fremstilling af væsentlige kendsgerninger eller en uretmæssig fornyet bedømmelse heraf, opfylder ikke de i retspraksis anerkendte krav med hensyn til at godtgøre, at en appel bør afvises. Dette er kun tilfældet, såfremt appellen tager sigte på en fornyet undersøgelse af faktiske

omstændigheder eller beviser, hvortil Domstolen principielt ikke har kompetence i forbindelse med en appelsag²¹. Dette er imidlertid ikke tilfældet med nogen af de anbringender, der er fremsat i denne appelsag. Derudover fremgår det hverken af Foundems eller af Kelkoos argumentation klart, hvorvidt og i hvilken henseende den angivelige anfægtelse af Rettens faktiske konstateringer i appellen adskiller sig fra den angiveligt urigtige retlige bedømmelse af disse.

51. Den foreliggende appel skal derfor antages til realitetsbehandling.

B. Anbringender til støtte for appellen

52. Appellanterne har til støtte for deres appel gjort fire appelanbringender gældende.

53. Med det første appelanbringende har appellanterne i det væsentlige foreholdt Retten, at den så bort fra, at Google ikke var forpligtet til at give de konkurrerende sammenligningstjenester adgang uden forskelsbehandling til sin internetsøgetjeneste, navnlig til de »bokse«, der var beregnet til varesøgning.

54. Appellanternes andet appelanbringende vedrører flere retlige fejl, som Retten begik, idet den anerkendte, at det i den omtvistede afgørelse var godtgjort, at Googles adfærd afveg fra de midler, der anvendes i den normale konkurrence på ydelser.

55. Med det tredje appelanbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten begik retlige fejl i forbindelse med sin bedømmelse af årsagsforbindelsen mellem den kritiserede adfærd og de sandsynlige virkninger heraf, navnlig ved at acceptere, at den omtvistede afgørelse ikke omfattede en kontrafaktisk analyse.

56. Med det fjerde appelanbringende har appellanterne foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen ikke var forpligtet til at undersøge, om adfærden kunne fortrænge lige så effektive konkurrenter fra markedet.

C. Misbrug eller midler til konkurrence på ydelse (det første og det andet appelanbringende)?

1. Indledende bemærkninger

57. Det første og det andet appelanbringende vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Retten begik retlige fejl ved at bekræfte, at den kritiserede adfærd afveg fra midlerne til normal konkurrence på ydelser og dermed udgjorde misbrug som omhandlet i artikel 102 TEUF. Mens det andet appelanbringende omhandler forskellige klagepunkter vedrørende grænsen mellem konkurrence på ydelser og adfærd, der udgør misbrug, generelt, vedrører det første anbringende det specielle spørgsmål om, hvorvidt de kriterier, der bl.a. blev anerkendt i Bronner-dommen²² (herefter »Bronner-kriterierne«), kan anvendes.

²¹ – Jf. i denne retning dom af 3.9.2020, Vereniging tot Behoud van Natuurmonumenten in Nederland m.fl. mod Kommissionen (C-817/18 P, EU:C:2020:637, præmis 46), og af 22.6.2023, DI mod ECB (C-513/21 P, EU:C:2023:500, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

²² – Dom af 26.11.1998 (C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 37 ff.).

58. Domstolen har udviklet Bronner-kriterierne med henblik på at undersøge, om det udgør misbrug, når en dominerende virksomheds nægter sine konkurrenter adgang (uden forskelsbehandling) til et væsentligt input, f.eks. en licens til brug af en intellektuel ejendomsrettighed, eller en infrastruktur, som ejes af en sådan virksomhed. Denne retspraksis er længe blevet diskuteret under overskriften »nødvendig facilitet« (»essential facility«)²³. Som det også viser sig i det foreliggende tilfælde, hersker der stor uenighed om anvendelsesområdet for disse kriterier. Anvendelsen af disse bør efter min opfattelse begrænses til de tilfælde af nægtelse af levering eller adgang, der oprindeligt blev anerkendt. Såfremt der – som i det foreliggende tilfælde – ikke er tale om en sådan nægtelse, eller såfremt der blot er tale om urimelige eller diskriminerende leverings- eller adgangsvilkår, kan anvendelse af disse kriterier derfor ikke komme i betragtning.

59. Modsat den undersøgelsesrækkefølge, som Retten anvendte med hensyn til det femte anbringende i første instans²⁴, vil jeg først undersøge det første appelanbringende (afsnit 2) og dernæst det andet appelanbringende (afsnit 3) med henblik på at undersøge, om Retten uden at begå retlige fejl kunne bekræfte, at den kritiserede adfærd udgjorde misbrug.

2. Anvendeligheden af Bronner-kriterierne (det første appelanbringende)

a) Sammenfatning af klagepunkterne i det første appelanbringende

60. Med det første appelanbringende har appellanterne i det væsentlige foreholdt Retten, at den begik retlige fejl og uretmæssigt erstattede begrundelsen i den omtvistede afgørelse, idet den så bort fra Bronner-kriterierne (første del) og fastslog, at de ikke fandt anvendelse (anden del). Disse kriterier finder imidlertid anvendelse på enhver forpligtelse for en dominerende virksomhed til at give konkurrenter adgang til en nødvendig facilitet og principielt på alle former for forskellig behandling. De Shopping Units, der vises på Googles generelle resultatside, er en separat infrastruktur, som Google har udviklet. Den gunstigere placering af selskabets egen sammenligningstjeneste vedrører derfor spørgsmålet om en adgang til denne infrastruktur, der er ulige, men i overensstemmelse med konkurrence på ydelser som omhandlet i Bronner-dommen. Som følge af den omtvistede afgørelse skal Google imidlertid give de konkurrerende sammenligningstjenester adgang til Shopping Units på lige vilkår. Retten forkastede med urette denne argumentation.

61. Med støtte fra sine intervenienter har Kommissionen bestridt, at Retten erstattede begrundelsen af den omtvistede afgørelse. Kommissionen har heroverfor desuden i det væsentlige anført, at boksene i Shopping Units ikke er en separat infrastruktur. Disse er tværtimod en del af Googles generelle resultatside, hvortil selskabet allerede har givet de konkurrerende sammenligningstjenester adgang. Klagepunktet i den omtvistede afgørelse vedrører i virkeligheden ikke spørgsmålet om adgangen til en separat infrastruktur, men Googles praksis, hvorved visningen af søgeresultaterne fra selskabets egen sammenligningstjeneste på dets generelle resultatside favoriseres i forhold til søgeresultaterne fra konkurrerende sammenligningstjenester, hvilket kan fortrænge disse fra markedet. Bronner-kriterierne kan hverken anvendes generelt eller på et sådant tilfælde med favorisering af egen tjeneste.

²³ – Jf. senest generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse Deutsche Telekom mod Kommissionen og Slovak Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P og C-165/19 P, EU:C:2020:678, punkt 56 ff.) og generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2022:537, punkt 55 ff.).

²⁴ – Jf. den appellerede doms præmis 136 ff.

b) Kritik af Rettens konstateringer

62. Det første appelanbringende vedrører betragtningerne i den appellerede doms præmis 212-249, hvori der som svar på den anden del af det femte anbringende i det væsentlige blev foretaget følgende konstateringer:

63. Retten henviste indledningsvis til 649.-651. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvorefter Bronner-kriterierne af tre grunde ikke fandt anvendelse på den foreliggende sag. *For det første* var misbrug gennem løftestangseffekt en kendt og selvstændig form for misbrug, der fraveg konkurrence på ydelser. *For det andet* var den kritiserede adfærd ikke en passiv nægtelse af adgang til Googles generelle resultatsider, men en aktiv favorisering ved at fremme Googles egen sammenligningstjeneste i forhold til konkurrerende sammenligningstjenester. *For det tredje* var det i det foreliggende tilfælde, i modsætning til det tilfælde, der var genstand for Bronner-dommen, ikke påkrævet, at den dominerende virksomhed for at bringe misbruget til ophør afstod et aktiv eller indgik aftaler med personer, som den ikke havde valgt²⁵.

64. Efter en beskrivelse af Bronner-kriterierne, herunder kriteriet om den absolutte nødvendighed af adgangen til nødvendige faciliteter for at opretholde eller muliggøre konkurrence²⁶, behandlede Retten spørgsmålet om, hvorvidt de betingelser, hvorunder Google gav de konkurrerende sammenligningstjenester adgang til resultatsiderne i selskabets generelle søgetjeneste, skal opfylde disse kriterier²⁷.

65. *For det første* fandt Retten med hensyn til bl.a. afsnit 7.2.4.2 samt 662., 699. og 700. betragtning, litra c), til den omtvistede afgørelse, at afgørelsen i det væsentlige tog sigte på at give konkurrerende sammenligningstjenester samme adgang til resultatsiderne i Googles generelle søgetjeneste – uanset hvilken type resultater der var tale om – som den, der hidtil havde været forbeholdt Googles sammenligningstjeneste²⁸.

66. *For det andet* fastslog Retten, henset til 341., 342., 344. og 649.-652. betragtning til den omtvistede afgørelse i det væsentlige, at Kommissionen ikke havde støttet sig på Bronner-kriterierne, men på retspraksis om misbrug gennem løftestangseffekt for at godtgøre, at der forelå misbrug. Kommissionen havde konkluderet, at Google anvendte sin dominerende stilling på markedet for generel søgning som løftestang for at fremme sin egen sammenligningstjeneste på markedet for specielle søgetjenester for varer, idet denne favorisering førte til en potentiel eller aktuel udelukkelse af konkurrencen på markedet i dette efterfølgende led²⁹. Retten tilføjede, at »Googles generelle resultatsider har kendetegn, der gør, at de minder om en nødvendig facilitet [...], for så vidt som der på nuværende tidspunkt ikke er noget faktisk eller potentielt, økonomisk bæredygtigt alternativ tilgængeligt på markedet«. Retten henviste i denne forbindelse til den appellerede doms præmis 170-173 og den omtvistede afgørelses afsnit 7.2.4. I henhold hertil udgjorde søgetrafikken fra Googles generelle resultatside en stor del af trafikken til de konkurrerende sammenligningstjenester, og denne trafik kunne ikke erstattes effektivt med andre trafikilder, der var tilgængelige for sammenligningstjenester, eller på »økonomisk bæredygtig« vis. Kommissionen anså således denne trafik for at være »uundværlig«

²⁵ – Den appellerede doms præmis 212.

²⁶ – Den appellerede doms præmis 213-217.

²⁷ – Den appellerede doms præmis 218 ff.

²⁸ – Den appellerede doms præmis 219-222.

²⁹ – Den appellerede doms præmis 223.

for de konkurrerende sammenligningstjenester³⁰. I den anfægtede afgørelses afsnit 7.3 konkluderede Kommissionen endelig, at den kritiserede adfærd »kunne føre til en potentiel fjernelse af enhver konkurrence«³¹.

67. *For det tredje* anførte Retten noget omstændeligt, at selv om den kritiserede adfærd ganske vist »ikke [var] løsrevet fra problematikken om adgang«, adskilte denne sig imidlertid i sine centrale elementer fra en adgangs- eller leveringsnægtelse som omhandlet i Bronner-kriterierne. Disse kriterier skulle derfor ikke anvendes på en sådan selvstændig adfærd, selv om den kan have de samme udelukkelsesvirkninger³². En »leveringsnægtelse« forudsætter nemlig dels en udtrykkelig karakter, dvs., at der foreligger en »anmodning« eller under alle omstændigheder et ønske om at få adgang og en hertil svarende »nægtelse«. Dels skal udelukkelsesvirkningen i det væsentlige bestå i en nægtelse som sådan og ikke i en anden adfærd, f.eks. i form af misbrug gennem løftestangseffekt. I mangel af en udtrykkelig leveringsnægtelse skal adfærd med sammenlignelige virkninger, som dog, henset til sine centrale elementer, der efter selve deres art fraviger konkurrence på ydelser, udgør en selvstændig overtrædelse af artikel 102 TEUF, ikke analyseres på grundlag af de strenge kriterier, der er fastsat for en sådan nægtelse³³.

68. Ifølge Retten kan enhver eller i hvert fald størstedelen af alle former for udelukkelsespraksis udgøre implicitte leveringsnægtelser, eftersom de tilsigter at vanskeliggøre adgangen til markedet. Dermed kan Bronner-kriterierne ikke anvendes på alle disse former for praksis. Ordlyden og formålet med artikel 102 TEUF, hvis rækkevidde ikke er begrænset til misbrug vedrørende varer og tjenesteydelser, der er »uundværlige« som omhandlet i denne dom, ville ellers blive tilsidesat³⁴. I retspraksis vedrørende problemstillinger om adgang til en tjenesteydelse, som i tilfælde med avancepres og koblingssalg, var det endvidere ikke blevet krævet, at betingelsen om uundværlighed skulle godtgøres³⁵.

69. Retten fandt derfor, at Bronner-kriterierne ikke finder anvendelse på den foreliggende sag³⁶. Den forskellige behandling med en løftestangseffekt, som Google blev foreholdt, er en selvstændig form for misbrug³⁷.

70. Endelig forkastede Retten bl.a. Googles argumentation om, at en forpligtelse for en dominerende virksomhed, der misbruger sin stilling, til at afstå aktiver, indgå aftaler eller give adgang til sin tjeneste på betingelser, der ikke udgør forskelsbehandling, ikke nødvendigvis indebærer, at Bronner-kriterierne skal anvendes. Der er nemlig ikke nogen automatisk forbindelse mellem kriterierne for den retlige kvalificering af misbrug og de korrigerende foranstaltninger, som kan afhjælpe dette. Derfor er kriteriet om, at det er nødvendigt at afstå

³⁰ – Den appellerede doms præmis 224-227 med henvisning til 285.-305., 544., 568., 580. og 588. betragtning til den omtvistede afgørelse.

³¹ – Den appellerede doms præmis 228 med henvisning til 594. betragtning til den omtvistede afgørelse.

³² – Den appellerede doms præmis 229-231 med henvisning til 649. betragtning til den omtvistede afgørelse.

³³ – I denne retning den appellerede doms præmis 232 og 233, som jeg har omformuleret for at gøre dem mere forståelige.

³⁴ – Den appellerede doms præmis 234 med henvisning til generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse Deutsche Telekom mod Kommissionen og Slovak Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P og C-165/19 P, EU:C:2020:678, punkt 85-89).

³⁵ – Den appellerede doms præmis 235 med henvisning til dom af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 55-58), af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 75), og af 17.9.2007, Microsoft mod Kommissionen (T-201/04, EU:T:2007:289, præmis 961).

³⁶ – Den appellerede doms præmis 236 med henvisning til dom af 26.11.1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 48 og 49).

³⁷ – Den appellerede doms præmis 237-240 med henvisning til bl.a. generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2010:483, punkt 32) og dom af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 45).

aktiver eller indgå aftaler for at bringe overtrædelsen til ophør, ikke virksomt i forbindelse med aktive overtrædelser, der, som i det foreliggende tilfælde, adskiller sig fra en simpel leveringsnægtelse³⁸.

c) Bedømmelse

1) Forskellig behandling gennem favorisering af egen tjeneste som selvstændig form for misbrug?

71. Rettens – noget omstændelige og overflødige – betragtninger i den appellerede doms præmis 212 ff. er nye, for så vidt som en forskellig behandling i form af en dominerende virksomheds favorisering af sig selv med en løftestangseffekt som omhandlet i artikel 102 TEUF i denne dom for første gang i retspraksis udtrykkeligt kvalificeres som misbrug. Som jeg vil påvise i det følgende, kan denne fortolkning imidlertid støttes på de kriterier for anvendelse af misbrugsbegrebet, der er fastlagt i den hidtidige retspraksis, og ses således ikke at være behæftet med nogen retlig fejl.

72. Den kritiserede adfærd består i det væsentlige i, at Google udnyttede sin – ubestridte – dominerende stilling på det foregående marked for generelle søgetjenester til ved hjælp af en løftestangseffekt at give sin egen sammenligningstjeneste en konkurrencefordel i forhold til de konkurrerende sammenligningstjenester på det efterfølgende marked for specielle søgetjenester for varer, hvor selskabet ikke havde en sådan stilling. Denne fordel beroede på favoriseringen af Googles egen sammenligningstjeneste på den generelle resultatside som følge af internetbrugernes specielle søgninger af varer. Gennem brug af specielle algoritmer, herunder Panda-algoritmen, præsenterede Google sin sammenligningstjenestes søgeresultater øverst på sin generelle resultatside og fremhævet – med attraktive billed- og tekstinformationer – i Shopping Units. De konkurrerende sammenligningstjenesters søgeresultater blev derimod kun vist længere nede på denne side som blå links. Ligeledes ubestridt har Kommissionen godtgjort og Retten bekræftet, at denne adfærd havde varig virkning på brugeradfærden og trafikken til fordel for Google og til ulempe for de konkurrerende sammenligningstjenester. I den omtvistede afgørelses afsnit 7.1 og 7.2 kvalificeredes denne forskellige behandling gennem favorisering af egen tjeneste som en selvstændig form for misbrug³⁹. Denne afgørelse støttede sig i denne henseende bl.a. på retspraksis vedrørende misbrug med en løftestangseffekt⁴⁰.

73. Som jeg vil påvise nedenfor, er denne kritiserede adfærd en fravigelse af de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, og som ikke kan drages i tvivl på grundlag af Bronner-kriterierne.

74. Med henblik herpå vil jeg først undersøge de retlige kriterier, som er blevet opstillet i retspraksis i forbindelse med misbrugsbegrebet i artikel 102 TEUF og navnlig i forbindelse med en dominerende virksomheds forskellige behandling af konkurrenter (afsnit 2). Dernæst vil jeg behandle Googles anbringende om, at en sådan forskellig behandling kun kan udgøre misbrug, såfremt Bronner-kriterierne er opfyldt (afsnit 3). Derefter vil jeg foretage en nærmere undersøgelse af de fremførte klagepunkter vedrørende konstateringerne i den appellerede doms præmis 212 ff. (afsnit 4).

³⁸ – Den appellerede doms præmis 241-247.

³⁹ – Jf. 331. betragtning ff., navnlig 334. og 341. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse.

⁴⁰ – Dom af 14.11.1996, Tetra Pak mod Kommissionen (C-333/94 P, EU:C:1996:436, præmis 25).

2) Generelle kriterier for vurdering af misbrug i form af forskelsbehandling af konkurrenter

75. Udgangspunktet for fastlæggelsen af de relevante kriterier for at fastslå, at der foreligger en fravigelse af de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, og et misbrug er artikel 102, litra c), TEUF. Denne bestemmelse omhandler udtrykkeligt et specielt tilfælde af en dominerende virksomheds forskelsbehandling. Ifølge denne artikel kan misbrug *især* bestå i »anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«.

76. Dette eksempel tager navnlig sigte på en forskelsbehandling af den dominerende virksomheds forskellige handelspartnere eller konkurrenter⁴¹. Ifølge fast praksis angiver de tilfælde, der er opregnet i denne bestemmelses litra a)-d), imidlertid ikke udtømmende de former for adfærd, der udgør misbrug⁴². Derfor er det principielt muligt at kvalificere lignende former for forskelsbehandling, der er lige så skadelige for konkurrencen, som misbrug, der henhører under dette specielle eksempel.

77. Denne forudsætning er for det første i overensstemmelse med det anerkendte princip om, at en dominerende virksomhed er særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked⁴³. For det andet er begrebet »misbrug af en dominerende stilling« som omhandlet i artikel 102 TEUF et objektivt – om end udefineret – begreb, hvorved det i hvert enkelt tilfælde skal godtgøres, at forudsætningerne herfor er opfyldt. Ifølge fast retspraksis er der tale om adfærd, der på et marked, hvor konkurrencen allerede er svækket netop som følge af tilstedeværelsen af den virksomhed, der dominerer det, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence på ydelser mellem virksomheder, har til følge at skabe hindringer for opretholdelsen eller udviklingen af den konkurrence, der stadig findes på markedet⁴⁴. Undersøgelsen af, om en sådan virksomheds adfærd udgør misbrug eller er i overensstemmelse med de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, skal foretages under hensyntagen til samtlige omstændigheder i sagen⁴⁵.

78. Inden for rammerne af det første appelanbringende er spørgsmålet derfor, om den forskellige behandling gennem favorisering af egen tjeneste, som Google foreholdes, er en adfærd, der er sammenlignelig med eksemplet i artikel 102, litra c), TEUF, og som stiller de konkurrerende sammenligningstjenester ringere i konkurrencen på en måde, der fraviger de midler, der henhører under konkurrence på ydelser. I forbindelse med det første appelanbringende er Google derimod af den opfattelse, at dette spørgsmål kun kan besvares bekræftende, når Bronner-kriterierne for en adgangs- eller leveringsnægtelse, der skal fortolkes snævert, men som ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde, er opfyldt kumulativt.

79. Dette anbringende er efter min mening ikke holdbart.

⁴¹ – I denne retning dom af 19.4.2018, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia (C-525/16, EU:C:2018:270, præmis 24 og 25 og den deri nævnte retspraksis). Jf. ligeledes generaladvokat Mazáks forslag til afgørelse AstraZeneca mod Kommissionen TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2010:483, punkt 32).

⁴² – Dom af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 172), af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 26), og af 16.3.2023, Towercast (C-449/21, EU:C:2023:207, præmis 46).

⁴³ – Fast praksis, jf. bl.a. dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 153), og af 12.1.2023, Lietuvos geležinkiai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 76 og den deri nævnte retspraksis).

⁴⁴ – I denne retning dom af 12.1.2023, Lietuvos geležinkiai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis).

⁴⁵ – I denne retning dom af 12.1.2023, Lietuvos geležinkiai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 78), og af 19.1.2023, Unilever Italia Mkt. Operations (C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 40 og 44 og den deri nævnte retspraksis).

80. Bronner-kriterierne vedrører typisk en situation, hvor en dominerende virksomhed nægter sine konkurrenter adgang til en infrastruktur, som den pågældende virksomhed har udviklet til brug for sine egne aktiviteter, og som indehaves af denne. Det følger af retspraksis, at en sådan nægtelse kun kan udgøre misbrug, såfremt denne nægtelse for det første medfører, at *enhver* konkurrence på det relevante marked udelukkes for den adgangssøgende virksomheds vedkommende, såfremt nægtelsen for det andet ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, og såfremt infrastrukturen for det tredje i sig selv er *absolut nødvendig* for udøvelsen af konkurrentens virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til denne infrastruktur⁴⁶. Domstolen har tidligere i sin Magill-dom anerkendt tilsvarende kriterier i tilfælde af leveringsnægtelse respektive en indehaver af en intellektuel ejendomsrets nægtelse af licens med henvisning til særlige omstændigheder⁴⁷.

81. I overensstemmelse med Domstolens hidtidige retspraksis er jeg af den opfattelse, at Bronner-kriterierne bør anvendes inden for snævre grænser og kun på sammenlignelige tilfælde af adgangs- eller leveringsnægtelse. Dette gælder dog ikke for de foreliggende typer af adfærd, der, som jeg vil påvise nedenfor i punkt 88 ff., ikke er sammenlignelige med en sådan nægtelse, men som alligevel, navnlig på grund af deres urimelige og forskelsbehandlende karakter fraviger de midler, der henhører under konkurrence på ydelser.

82. Jeg vil nu redegøre for, hvorfor Retten uden at begå retlige fejl kunne lægge til grund, at disse kriterier ikke fandt anvendelse i den foreliggende sag.

3) Intet særtilfælde af misbrug i form af adgangs- eller leveringsnægtelse (Bronner-kriterierne)

83. Som anerkendt i retspraksis skyldes de strenge Bronner-kriterier de særlige omstændigheder i forbindelse med en adgangs- eller leveringsnægtelse og har i lyset af de dermed forfulgte mål et særdeles begrænset anvendelsesområde⁴⁸.

84. Disse kriterier har nemlig karakter af undtagelser og kan ikke generelt anvendes til at fastslå, at der foreligger et misbrug⁴⁹. Ved hjælp af disse kriterier skal der i det særlige tilfælde med en sådan nægtelse foretages en rimelig afvejning af den principielle eneret til udøvelse af (intellektuelle) ejendomsrettigheder og den dominerende virksomheds aftalefrihed på den ene side og muligheden for eller opretholdelse af konkurrencen på den anden side.

85. Som Retten også bemærkede i den appellerede doms præmis 217, er de strenge Bronner-kriterier, navnlig kriteriet om uundværlighed og kriteriet om risikoen for at fjerne enhver konkurrence, et konkret udtryk for konflikter mellem to målsætninger⁵⁰.

⁴⁶ – I denne retning dom af 26.11.1998, Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, præmis 41), af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 44), og af 12.1.2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 79). Jf. også generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2022:537, punkt 61).

⁴⁷ – Dom af 6.4.1995, RTE og ITP mod Kommissionen (C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, præmis 50 ff.). Jf. også dom af 29.4.1988, IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, præmis 35 ff.).

⁴⁸ – I denne retning dom af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 45 ff.), og af 12.1.2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 78 ff.).

⁴⁹ – Dette kommer meget tydeligt til udtryk i generaladvokat Saugmandsgaard Øes forslag til afgørelse Deutsche Telekom mod Kommissionen og Slovak Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P og C-165/19 P, EU:C:2020:678, punkt 63): »Bronner-betingelserne gør konstateringen af et misbrug betinget af en særligt høj retlig standard. De udgør på en måde en »top« i det retlige landskab, der kendetegner artikel 102 TEUF.«

⁵⁰ – Sammenfattende generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2022:537, punkt 63-65).

86. For det første tager disse kriterier højde for kravet om beskyttelse af en (dominerende) virksomheds ret og frihed til at vælge sine handelspartnere og disponere over sin ejendom, som sikret ved de grundlæggende rettigheder. Enhver adgangs- eller leveringsforpligtelse over for konkurrenter, der pålægges en sådan virksomhed i medfør af artikel 102 TEUF, er nemlig forbundet med et indgreb i denne ret og denne frihed og skal derfor overvejes og begrundes omhyggeligt⁵¹.

87. For det andet ville kriterier for anerkendelse af et misbrug i form af en adgangs- eller leveringsnægtelse, der er mindre strenge end Bronner-kriterierne, i sig selv kunne begrænse konkurrencen i urimelig grad, også til ulempe for forbrugerne. En virksomheds oprindelige incitament til at investere i faciliteter eller (intellektuelle) ejendomsrettigheder udviklet af denne, fremmes eller opretholdes kun, såfremt virksomheden har lov til udelukkende selv at udnytte disse⁵². Dette incitament er med andre ord en væsentlig drivkraft for investeringer og innovationer, som konkurrenceprocessen netop skal fremme. En adgangs- eller leveringsforpligtelse i medfør af artikel 102 TEUF kunne imidlertid mindske eller helt fjerne dette incitament, både for den dominerende virksomhed og for dens konkurrenter. En sådan forpligtelse ville nemlig give konkurrenterne mulighed for at få del i resultaterne af den dominerende virksomheds investeringer eller innovationer uden selv at være nødt til at investere i opbygningen af en konkurrerende infrastruktur. Denne adfærd, der også kaldes frihjulsadfærd (free riding), kan derfor på langt sigt skade konkurrencen, herunder forbrugernes interesser. Den omstændighed, at konkurrencen på kort sigt fremmes som følge af en adgangs- eller leveringsforpligtelse, kan ikke opveje en sådan skade⁵³. I denne sammenhæng skal der også tages hensyn til, at *hovedformålet* med artikel 102 TEUF snarere er at beskytte konkurrencen som helhed, herunder forbrugerinteresserne, end at beskytte bestemte konkurrenters stilling⁵⁴.

88. Henset til denne begrundelse for Bronner-kriterierne kan jeg ikke se, at den konkurrenceretlige kvalificering af den kritiserede adfærd, nemlig en forskellig behandling gennem favorisering af egen tjeneste, bør undergives så strenge kriterier, for at et misbrug kan konstateres. Dette ville desuden svække den effektive virkning af artikel 102 TEUF⁵⁵.

89. Domstolen har tværtimod allerede fastslået, at disse kriterier ikke finder anvendelse, når en dominerende virksomhed – i modsætning til det tilfælde, der var genstand for Bronner-dommen – allerede giver, eller som i telekommunikationssektoren i henhold til gældende regler endog er forpligtet til at give, adgang til sin infrastruktur, men undergiver denne adgang urimelige vilkår. Sådanne former for adfærd kan følgelig være selvstændige former for misbrug, såfremt de i det mindste har potentielle konkurrencebegrænsende virkninger eller endog fortrængende virkninger på det relevante marked. Dette er så meget mere sandsynligt, når adgangen til en sådan

⁵¹ – I denne retning dom af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 46); generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2022:537, punkt 64).

⁵² – Dette problem, der også betegnes »hold-up«, er beskrevet nærmere af Kommissionen i 16. betragtning, litra e) og f), til dens retningslinjer for vertikale begrænsninger (EUT 2022, C 248, s. 1).

⁵³ – I denne retning dom af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 47); generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2022:537, punkt 65).

⁵⁴ – I denne retning dom af 12.5.2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl. (C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 73). Jf. også generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2022:537, punkt 65).

⁵⁵ – Jf. dom af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 58 in fine).

infrastruktur, en bestemt tjeneste eller et input er *absolut nødvendig* for at gøre det muligt for den dominerende virksomheds konkurrenter at operere på et efterfølgende marked på en rentabel måde⁵⁶.

90. Den favorisering af egen tjeneste, som foreholdes Google, er efter min opfattelse en selvstændig form for misbrug i form af brug af urimelige adgangsvilkår for konkurrerende sammenligningstjenester, forudsat at den i det mindste har potentielle konkurrencebegrænsende virkninger (punkt 159 ff. nedenfor). Bronner-kriterierne kan ikke anvendes på en sådan form for misbrug.

91. I modsætning til det af appellanterne anførte foreligger der nemlig ingen adgangs- eller leveringsnægtelse som omhandlet i Bronner-kriterierne. Ved en manglende anvendelse af disse kriterier bliver hverken Googles ejendomsret til selskabets generelle søgetjenestes infrastruktur eller Googles aftalefrihed begrænset urimeligt, og ej heller Googles vilje til at foretage investeringer eller innovationer. Tværtimod har intervenienterne til støtte for Kommissionen navnlig i retsmødet på overbevisende måde fremført, at de aldrig har anmodet Google om at få adgang til boksene i Shopping Unit, der angiveligt er en separat infrastruktur, eller at indgå en aftale herom. De har derimod krævet, at disse blev afskaffet, og at den oprindelige praksis, hvor søgeresultaterne alene blev præsenteret og rangordnet på grundlag af relevansen for de af internetbrugerne indtastede søgekriterier, blev genindført.

92. Som Retten uden retlige fejl konstaterede i den appellerede doms præmis 177 og 178, beror Googles forretningsmodel derimod på, at der tilbydes en infrastruktur, som principielt er åben, og som er udviklet til at tiltrække flest mulige internetbrugere og generere mest mulig trafik med henblik på at opnå de positive netværksvirkninger, der er nødvendige for selskabets kommercielle succes. Google har derfor – i overensstemmelse med logikken i sin forretningsmodel – altid givet konkurrerende sammenligningstjenester adgang til sin generelle resultatside. Ved hjælp af den kritiserede adfærd præsenterede Google imidlertid, bl.a. ved brug af specielle algoritmer, der ikke fandt anvendelse på Googles egen sammenligningstjeneste, disses resultater på en sådan måde og med en så lav placering, at de som regel var uinteressante for internetbrugere. Denne forskellige behandling gennem favorisering af egen tjeneste beroede med andre ord på urimelige adgangsvilkår som omhandlet i den ovenfor i punkt 89 nævnte retspraksis, der havde vildledende indvirkning på brugeradfærden og påvirkede rentabiliteten af de konkurrerende sammenligningstjenesters virksomhed på det efterfølgende marked for specielle søgetjenester for varer negativt. Som både Kommissionen og Retten med rette anførte⁵⁷, blev der i forbindelse med denne adfærd anvendt en løftestangseffekt, der bestod i, at Google udnyttede sin dominerende stilling på markedet for generelle søgetjenester til at give sig selv konkurrencefordele på det efterfølgende marked for specielle søgetjenester for varer, hvor Google (endnu) ikke havde en sådan stilling.

93. Betragtningerne i den appellerede doms præmis 212 ff. kan derfor ikke anfægtes.

94. Som det også fremgår af den appellerede doms præmis 234 ff., bekræftes denne konklusion navnlig af den hidtidige retspraksis vedrørende urimelige adgangs- eller leveringsvilkår, der samtidig fører til en forskellig behandling af den dominerende virksomhed og dens konkurrenter.

⁵⁶ – I denne retning domme af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 50 ff.) og Slovak Telekom mod Kommissionen (C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 50 ff.). Jf. også dom af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83, præmis 54-58 og 70-72), og af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, præmis 75 og 96).

⁵⁷ – 331. betragtning ff. og 652. betragtning til den omtvistede afgørelse; den appellerede doms præmis 223 og 237-240.

95. Det foreliggende tilfælde af favorisering af egen tjeneste har navnlig en vis lighed med tilfældene med avancepres for konkurrenterne eller »prispres«⁵⁸. I disse tilfælde udnytter en vertikalt integreret telekommunikationsvirksomhed, der er dominerende på det foregående marked, den omstændighed, at dennes konkurrenter på det efterfølgende marked er afhængige af dennes adgangstjenester – konkret adgangen til abonnentledninger – og skal betale et vederlag herfor. Gennem sin prisordning og sin fortrinsstilling med hensyn til adgang, navnlig i form af lavere omkostninger, kan denne virksomhed tilbyde slutkunderne lavere priser for sine tjenester på det efterfølgende marked, som konkurrenterne ikke kan matche, henset til de højere adgangsomkostninger på dette marked, uden at lide tab, selv om de er lige så effektive⁵⁹. Deres avance presses derigennem så hårdt, at de ikke længere kan operere effektivt og i sidste ende fortrænges fra markedet. I denne forbindelse er der konkret tale om en prissætning fra den dominerende virksomheds side, som udgør et misbrug og i sidste ende er baseret på en forskellig behandling af denne virksomhed og dens konkurrenter med hensyn til adgangsvilkårene for så vidt angår inputtet, der er absolut nødvendigt for den virksomhed, der udøves på det efterfølgende marked.

96. Selv om den kritiserede adfærd ikke omfatter en prissætning, der udgør misbrug, er den kritiserede adfærd, som Kommissionen også har gjort gældende, absolut sammenlignelig med den ovenfor beskrevne praksis. Som beskrevet ovenfor i punkt 72 udnyttede Google nemlig sin dominerende stilling på det foregående marked for generelle internetsøgetjenester til at give sin egen sammenligningstjeneste en konkurrencefordel på det efterfølgende marked for specielle søgetjenester for varer og stille de konkurrerende sammenligningstjenester ringere. Sidstnævnte var imidlertid ifølge Kommissionens og Rettens konstateringer – som ikke længere er bestridt – afhængige af trafikken fra Googles generelle resultatside for at få kommerciel succes og kunne forblive på dette marked.

97. Den dermed forbundne omdirigering af trafikken skyldtes desuden, som Kommissionen og intervenienterne til støtte for denne har anført, ikke, at Googles sammenligningstjeneste var af bedre kvalitet. Den var derimod alene et resultat af favoriseringen af Googles egen tjeneste og løftestangeffekten gennem Googles generelle resultatside, dvs. udnyttelsen af selskabets dominerende stilling på markedet for internetsøgetjenester⁶⁰. Dette bekræftes af den i 343. betragtning til den omtvistede afgørelse nævnte omstændighed, at den sammenligningstjeneste, som Google oprindeligt tilbød på en separat internetside, Froogle, ikke var en succes, og at det påviseligt først var den kritiserede adfærd, der ændrede denne situation. Tilsvarende anførtes det i 380. betragtning ff. til denne afgørelse, at Googles sammenligningstjeneste havde mange fælles kendetegn med de konkurrerende sammenligningstjenester, hvorfor den havde været egnet til de samme nedrykninger i de generelle søgeresultater, såfremt tilpasningsalgoritmerne var blevet anvendt på denne⁶¹.

⁵⁸ – Dom af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603), af 17.2.2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, EU:C:2011:83), og af 10.7.2014, Telefónica og Telefónica de España mod Kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), samt domme af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238), og Slovak Telekom mod Kommissionen (C-165/19 P, EU:C:2021:239).

⁵⁹ – Jf. de situationer, der er beskrevet i dom af 14.10.2010, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-280/08 P, EU:C:2010:603, præmis 4), og domme af 25.3.2021, Deutsche Telekom mod Kommissionen (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 16 ff.), og Slovak Telekom mod Kommissionen (C-165/19 P, EU:C:2021:239, præmis 16 ff.).

⁶⁰ – Jf. den appellerede doms præmis 287 og 288, ifølge hvilke den forskellige behandling ikke var en følge af en objektiv forskel mellem to typer søgeresultater, men skyldtes Googles valg om at behandle søgeresultaterne fra de konkurrerende sammenligningstjenester mindre gunstigt end resultaterne fra selskabets egen sammenligningstjeneste ved at anvende en mindre synlig præsentation og placering på dem.

⁶¹ – Jf. ligeledes den appellerede doms præmis 61.

98. Denne form for forskellig behandling gennem favorisering af egen tjeneste udgør derfor en adfærd, der fraviger de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, og udgør misbrug, såfremt den kan skade konkurrencen (punkt 159 ff. nedenfor).

99. I det følgende vil jeg redegøre nærmere for, hvorfor de klagepunkter, der er fremført mod Rettens (og Kommissionens) betragtninger desangående inden for rammerne af det første appelanbringende, ikke kan tiltrædes.

4) Nærmere redegørelse vedrørende klagepunkterne i det første appelanbringende

i) Det første appelanbringendes første led

100. Med det første appelanbringendes første led har appellanterne foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 224-228 uretmæssigt satte sig i Kommissionens sted. I de nævnte præmisser foretog Retten på trods af manglende dokumentation i den omtvistede afgørelse med urette en sondring mellem det foreliggende tilfælde og det tilfælde, der lå til grund for bl.a. Brunner-dommen. Retten anerkendte således fejlagtigt, at Google var forpligtet til at give de konkurrerende sammenligningstjenester adgang uden forskelsbehandling til sin internetsøgetjeneste, navnlig til de »bokse«, der var beregnet til varesøgning. Med de kritiserede betragtninger erstattede Retten desuden uretmæssigt begrundelsen i betragtningerne til denne afgørelse.

101. Efter min opfattelse er dette første appelanbringendes første led i sin helhed ugrundet.

102. I de kritiserede betragtninger fastslog Retten navnlig *for det første*, at Googles generelle resultatside har kendetegn, der gør, at den minder om en nødvendig facilitet⁶², *for det andet*, at Kommissionen fandt, at trafikken herfra var uundværlig for de konkurrerende sammenligningstjenester⁶³, og *for det tredje*, at Kommissionen konkluderede, at den kritiserede adfærd kunne føre til en potentiel fjernelse af enhver konkurrence⁶⁴.

103. Ganske vist fandtes konstateringen om, at Googles generelle resultatside har kendetegn, der gør, at den »minder om en nødvendig facilitet«, ikke ordret i den omtvistede afgørelse. Her var der imidlertid kun tale om Rettens indledende selvstændige vurdering med hensyn til Kommissionens væsentligste begrundelse for, at der forelå en adfærd, der udgjorde misbrug, i 341.-343. og 444. betragtning ff. og navnlig 539. betragtning ff. til denne afgørelse. Retten uddybede dernæst denne vurdering i den appellerede doms præmis 225-227. Bemærkningerne i den appellerede doms præmis 224 skal også læses i sammenhæng hermed. Ifølge disse fandtes der nemlig ikke noget økonomisk bæredygtigt alternativ til trafikken fra Googles generelle resultatside for konkurrerende sammenligningstjenester⁶⁵. Rettens vurdering, hvorefter denne resultatsides trafik *minder om* en nødvendig facilitet eller et nødvendigt input, kan således ikke anses for en uretmæssig erstatning af begrundelsen i den omtvistede afgørelse.

104. Tilsvarende gælder for vurderingen i den appellerede doms præmis 227, hvorefter trafikken fra Googles generelle resultatside var »uundværlig« for de konkurrerende sammenligningstjenester. I denne forbindelse er der – i modsætning til det indtryk, som

⁶² – Den appellerede doms præmis 224.

⁶³ – Den appellerede doms præmis 227.

⁶⁴ – Den appellerede doms præmis 228.

⁶⁵ – Den appellerede doms præmis 226 med henvisning til 285.-305., 544., 568., 580. og 588. betragtning til den omtvistede afgørelse.

appellanterne formidler – ikke tale om en (urigtig retlig) anvendelse af kriteriet om absolut nødvendighed eller uundværlighed som omhandlet i Bronner-dommen⁶⁶. Idet Retten i den appellerede doms præmis 227 og 234 (in fine) anvendte begrebet »uundværlig«, henviste Retten derimod til de kriterier, hvorpå den ovenfor i punkt 89 nævnte retspraksis er støttet, med henblik på at fastslå, at der forelå et misbrug i form af urimelige leveringsvilkår. Disse vilkår kan nemlig ifølge denne retspraksis navnlig være udtryk for misbrug, når adgangen til en infrastruktur, en tjeneste eller et bestemt input er *absolut nødvendig* for at gøre det muligt for den dominerende virksomheds konkurrenter at operere på et efterfølgende marked på en rentabel måde.

105. Dermed erstattede Retten heller ikke begrundelsen i betragtningerne til den omtvistede afgørelse. Dels henviste denne afgørelse, om end ikke så udtrykkeligt som Retten, ligeledes til denne retspraksis med henblik på at kvalificere den kritiserede adfærd som misbrug⁶⁷. Dels blev det i 542. betragtning ff. til afgørelsen detaljeret begrundet, hvorfor trafikken fra Googles generelle resultatside ifølge Kommissionen ikke kunne erstattes, og dermed var »absolut nødvendig«, for de konkurrerende sammenligningstjenester. Retten henviste i øvrigt også hertil i den appellerede doms præmis 219.

106. Endelig er det tredje, meget lidt udførlige, klagepunkt i det første appelanbringendes første led ugrundet.

107. Ifølge dette klagepunkt burde Retten ikke have fastslået i den appellerede doms præmis 228, at Kommissionen i den anfægtede afgørelses afsnit 7.3 konkluderede, at den kritiserede adfærd kunne »føre til en potentiel fjernelse af enhver konkurrence«. Denne konklusion afspejler ganske vist ikke helt nøjagtigt indholdet af 589. betragtning ff. til denne afgørelse, hvori det detaljeret er begrundet, hvorfor disse former for adfærd har potentielle konkurrencebegrænsende virkninger på markederne for specielle søgetjenester for varer⁶⁸. I 594. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvortil Retten udtrykkeligt henviste, er der dog redegjort for, at den kritiserede adfærd kan foranledige konkurrerende sammenligningstjenester til at indstille *deres søgetjeneste for varer*⁶⁹. Selv om Retten satte dette udsagn en smule på spidsen i sin omformulering, kan det fortolkes som en potentiel fjernelse af konkurrencen. Derfor kan der ikke være tale om en uretmæssig erstatning af begrundelsen i denne afgørelse.

108. For så vidt som appellanterne dermed har ønsket at gøre gældende, at Kommissionen og Retten derved anvendte Bronner-kriterierne retligt ukorrekt, er det tilstrækkeligt at påpege, at disse kriterier ikke finder anvendelse på det foreliggende tilfælde (punkt 75 ff. ovenfor), for at forkaste klagepunktet som ugrundet.

109. Det første appelanbringendes første led bør følgelig forkastes.

⁶⁶ – I denne retning bl.a. den appellerede doms præmis 239.

⁶⁷ – Jf. 335. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse med henvisning til retspraksis vedrørende tilfældene med avancepres.

⁶⁸ – Overskriften på dette afsnit har i den originale engelske sprogversion følgende ordlyd: »The Conduct has potential anti-competitive effects on several markets«.

⁶⁹ – Den originale engelske sprogversion lyder som følger: »[...] the Conduct is capable of leading competing comparison shopping services to cease providing their services« (min fremhævelse).

ii) Det første appelanbringendes andet led

110. Med det første anbringendes andet led har appellanterne foreholdt Retten at have begået flere retlige fejl i den appellerede doms præmis 229-248. Heri antog Retten fejlagtigt, at Bronner-kriterierne ikke fandt anvendelse, selv om Google som følge af den omtvistede afgørelse var blevet undergivet en adgangsforpligtelse.

111. Med det første klagepunkt har appellanterne gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 237-240 begik en retlig fejl ved at fastslå, at den konstaterede forskellige behandling ikke var et tilfælde af adgangsnægtelse. I modsætning til antagelsen i denne doms præmis 239 er den kritiserede adgangsnægtelse et særligt tilfælde af en sådan forskellig behandling. Boksene i Shopping Units er en separat facilitet, som Google har udviklet, og som gjorde det muligt at præsentere virksomhedens søgeresultater mere fordelagtigt, men som ikke var tilgængelig for de konkurrerende sammenligningstjenester. Sidstnævnte havde kun adgang til Googles generelle resultatside i en mindre fordelagtig form. I modsætning til hvad der blev fastslået i den appellerede doms præmis 232, er den forskellige behandling derfor ikke en adfærd, der ligger uden for rammerne af en adgangsnægtelse. Bronner-kriterierne burde imidlertid have været anvendt på denne adfærd.

112. På baggrund af mine betragtninger i punkt 75 ovenfor må dette første klagepunkt forkastes.

113. Heri har jeg redegjort for, hvorfor Bronner-kriterierne ikke kan finde anvendelse på det foreliggende tilfælde af forskellig behandling gennem favorisering af egen tjeneste. Der er netop ikke tale om et tilfælde af nægtelse af adgang til en infrastruktur, en tjeneste eller et input som omhandlet i Bronner-dommen, men om et tilfælde, hvor der er opstillet urimelige adgangs- eller leveringsvilkår, efter at der allerede er givet adgang.

114. Appellanternes sondring mellem for det første adgangen til Googles generelle resultatside og for det andet de separate bokse i Shopping Units på denne side, som udelukkende viser søgeresultater fra Googles egen sammenligningstjeneste, er derimod kunstig, eller endog vilkårlig. Navnlig VDZ, BDZV og Ladenzeile har på overbevisende måde godtgjort dette i retsmødet.

115. Selv om disse bokse præsenteres fremhævet på Googles generelle resultatside, udgør de ikke en separat infrastruktur i form af en teknisk set fuldstændig selvstændig resultatside, men er af Google ifølge Kommissionen og Rettens konstateringer, der ikke længere er bestridt⁷⁰ – til forskel fra Googles tidligere selvstændige søgetjeneste for varer, Froogle – målrettet blevet integreret i Googles generelle søgemaskine og dens funktionsmåde for at kunne udnytte de deri genererede netværksvirkninger på markedet for specielle søgetjenester for varer til Googles fordel. De specielle algoritmer, hvis anvendelse førte til, at boksene i Shopping Units kun viste resultater fra Googles sammenligningstjeneste, blev i overensstemmelse hermed aktiveret af brugernes søgninger på selskabets generelle søgemaskine. Den dermed forbundne mindre gunstige behandling af de konkurrerende sammenligningstjenesters søgeresultater vedrører derfor spørgsmålet om, hvordan der gives adgang til Googles generelle resultatside, men ikke om adgangen til en angiveligt separat infrastruktur i form af boksene i Shopping Units. Som allerede anført i punkt 90 har intervenienterne til støtte for Kommissionen navnlig i retsmødet troværdigt fremført, at de aldrig har krævet adgang til disse bokse, men derimod har forlangt, at de blev afskaffet.

⁷⁰ – Jf. den appellerede doms præmis 333-335 med henvisning til 414. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse, hvori Retten forkastede det andet anbringendes andet led.

116. På denne baggrund kan navnlig Rettens konklusion i den appellerede doms præmis 240 ikke kritiseres. I henhold hertil havde Kommissionen nemlig ikke pligt til at godtgøre, at Bronner-kriterierne var opfyldt, for at kunne fastslå en overtrædelse i det foreliggende tilfælde. Retten kunne således uden at begå en retlig fejl deri fastslå, at den kritiserede adfærd udgjorde en selvstændig form for misbrug gennem løftestangeffekt, der kom til udtryk i en »aktiv« adfærd, nærmere bestemt en positiv forskelsbehandling til fordel for søgeresultaterne fra Googles sammenligningstjeneste.

117. Det *andet* klagepunkt er blot en ændret form af det første klagepunkt og skal derfor ligeledes forkastes som ugrundet.

118. I dette klagepunkt har appellanterne foreholdt Retten, at den navnlig i den appellerede doms præmis 219 og 243 uretmæssigt og fejlagtigt beskrev den omtvistede afgørelse således, at den vedrørte adgangs- og leveringsvilkårene og ikke spørgsmålet om adgangen til en separat infrastruktur som sådan. Af de grunde, der er nævnt i punkt 113-116 ovenfor, kan dette klagepunkt imidlertid ikke tiltrædes.

119. Med det *tredje* klagepunkt har appellanterne bestridt Rettens betragtninger i den appellerede doms præmis 232 og 233, hvori Retten også afviste anvendelsen af Bronner-kriterierne med den begrundelse, at der i det foreliggende tilfælde hverken forelå en udtrykkelig anmodning om adgang eller en udtrykkelig nægtelse af adgang.

120. Med disse betragtninger henviste Retten i det mindste implicit til 651. betragtning til den omtvistede afgørelse, ifølge hvilken Bronner-kriterierne ikke finder anvendelse på den kritiserede adfærd. Selv om henvisningen til en manglende anmodning om og nægtelse af adgang ikke har noget udtrykkeligt modstykke i begrundelsen af denne afgørelse og hviler på en ret formalistisk betragtning, er den på ingen måde et bærende element i Rettens konklusion, der i sig selv er uden retlige fejl, og ifølge hvilken Kommissionen kunne undlade at anvende Bronner-kriterierne i det foreliggende tilfælde.

121. Det tredje klagepunkt er derfor irrelevant og skal ligeledes forkastes.

122. Det *fjerde* klagepunkt er rettet mod den appellerede doms præmis 240. Heri afviste Retten angiveligt med urette, at der forelå en leveringsnægtelse, eftersom der ikke havde været tale om en »passiv« adfærd, men om en »aktiv« forskellig behandling.

123. Eftersom den kritiserede adfærd af de i punkt 75 ff. nævnte grunde ikke vedrørte et tilfælde af adgangsnægtelse i Bronner-kriteriernes forstand, men en forskellig behandling, bl.a. gennem favorisering af egen tjeneste, kan Rettens kvalificering som »aktiv« adfærd, der var støttet på 650. betragtning til den omtvistede afgørelse, ikke kritiseres.

124. Dette klagepunkt er derfor irrelevant og skal ligeledes forkastes.

125. Med det *femte* anbringende har appellanterne anfægtet betragtningerne i den appellerede doms præmis 246. Deri fandt Retten angiveligt med urette, at foranstaltningerne, der skulle bringe overtrædelsen til ophør, var irrelevante for vurderingen af den retlige karakter af det påståede misbrug. Der blev nemlig etableret en sådan forbindelse i 699. og 700. betragtning til den omtvistede afgørelse, henset til, at Kommissionen kritiserede en nægtelse af adgangen til en infrastruktur.

126. Som allerede anført beror dette klagepunkt endnu en gang på den urigtige forudsætning, at den kritiserede adfærd er en adgangs- eller leveringsnægtelse som omhandlet i Bronner-kriterierne.

127. Dette femte klagepunkt skal derfor ligeledes forkastes som irrelevant.

128. Følgelig skal det første appelanbringendes andet led og dette appelanbringende i sin helhed forkastes.

3. Generel vurdering af, om der foreligger en fravigelse af de midler, der henhører under den normale konkurrence på ydelser (det andet appelanbringende)

a) Genstanden for det andet appelanbringende

129. Med det andet appelanbringende har appellanterne med støtte fra CCIA gjort gældende, at Retten begik flere retlige fejl. *For det første* anså Retten de dele af begrundelsen i den omtvistede afgørelse, der kun vedrørte de angivelige sandsynlige virkninger af den kritiserede adfærd, men ikke adfærden, for at være tilstrækkelige til at fastslå, at der forelå en fravigelse af de midler, der henhører under konkurrence på ydelser. *For det andet* inddrog Retten med henblik herpå yderligere begrundelser, der imidlertid ikke var indeholdt i denne afgørelse. *For det tredje* kunne de yderligere begrundelser under alle omstændigheder ikke danne grundlag for Rettens vurdering. Retten begik desuden en retlig fejl ved ikke at inddrage de af Google anførte konkurrencefremmende aspekter i denne vurdering, men kun at undersøge dem som mulig begrundelse.

130. Kommissionen er af den opfattelse, at dette anbringende bør afvises, eftersom det er rettet mod konstateringerne i den omtvistede afgørelse vedrørende den kritiserede adfærd (første led), som appellanterne ikke bestred ved Retten. Denne afgørelse indeholdt desuden en tilstrækkelig begrundelse for, at denne adfærd fraveg konkurrence på ydelser, idet afgørelsen vurderede adfærden i dens økonomiske kontekst. For så vidt som appellanterne har bestridt Rettens yderligere betragtninger (andet led), er dette irrelevant. Disse betragtninger erstattede ikke begrundelsen i den omtvistede afgørelse, men redegjorde blot supplerende for, hvorfor den kritiserede adfærd fraveg de midler, der henhører under konkurrence på ydelser. Indholdsmæssigt var Rettens betragtninger heller ikke kritisable (tredje led).

131. Jeg vil først behandle spørgsmålet om, hvorvidt det andet appelanbringendes første led kan antages til realitetsbehandling.

b) Formaliteten vedrørende det andet appelanbringendes første led

132. Det andet appelanbringendes første led vedrører navnlig det femte anbringende, som Retten behandlede først i den appellerede doms præmis 136 ff. under overskriften »den omhandlede praksis' forenelighed med konkurrence på ydelser«.

133. Ifølge sammenfatningen i den appellerede doms præmis 122 havde appellanterne med dette anbringende i det væsentlige gjort gældende, at den kritiserede adfærd i virkeligheden var en kvalitativ forbedring af Googles generelle søgetjeneste. Eftersom Kommissionen ikke havde kunnet anføre noget element i disse forbedringer, der fraveg konkurrence på ydelser, kunne der ikke foreligge misbrug. Kommissionen havde derimod pålagt Google en pligt til at give selskabets

konkurrenter adgang til en »nødvendig facilitet«, der var uundværlig for disse, uden at overholde de strenge Bronner-kriterier. Desuden anførte Retten i denne præmis 122, at den i denne sammenhæng ville undersøge anbringendet om, at Google ikke forfulgte noget konkurrencebegrænsende formål ved at stille de i denne sag omhandlede specialiserede resultater til rådighed, idet resultaterne var kvalitative forbedringer af dets søgetjeneste⁷¹.

134. Det andet appelanbringendes første led er navnlig rettet mod de konstateringer, der blev foretaget i den appellerede doms præmis 162 ff. som svar på dette femte anbringende. Deri redegjorde Retten for grundene til, at Kommissionen kunne konkludere, at den kritiserede adfærd fraveg de midler, der henhører under konkurrence på ydelser. I modsætning til det af Kommissionen anførte stillede det femte anbringende derfor spørgsmålstejn ved konstateringerne fra 341. betragtning i den omtvistede afgørelse, ifølge hvilke denne adfærd falder uden for området for konkurrence på ydelser. Det andet appelanbringendes første led genoptager således dette punkt.

135. Efter fast retspraksis kan retsspørgsmål, som Retten har behandlet i første instans, imidlertid diskuteres på ny under en appelsag, såfremt appellanten bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af EU-retten. I modsat fald ville appelproceduren blive berøvet en del af sin mening⁷².

136. Kommissionens formalitetsindsigelse kan derfor ikke tages til følge, og det andet appelanbringendes første led kan således antages til realitetsbehandling.

c) Spørgsmålet om, hvorvidt det andet appelanbringendes første led er begrundet

137. Det er imidlertid min opfattelse, at det andet appelanbringendes første led er ugrundet.

138. I modsætning til det af appellanterne anførte er det ikke korrekt, at bemærkningerne i den appellerede doms præmis 162 ff. alene vedrørte de sandsynlige virkninger af den kritiserede adfærd, men ikke denne adfærd i sig selv. Retten foretog deri snarere en retlig kvalificering af denne adfærd som sådan på grundlag af indholdet af den omtvistede afgørelse for at begrunde, at adfærden fraveg de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, og dermed opfyldte kriterierne for misbrugsbegrebet.

139. I disse bemærkninger støttede Retten sig nemlig navnlig på 344. betragtning til den omtvistede afgørelse, hvori Kommissionen fastslog, at der var tale om forskelsbehandling af de konkurrerende sammenligningstjenester i form af en favorisering af Googles egen sammenligningstjeneste⁷³. Retten henviste endvidere til konstateringerne i den omtvistede afgørelse, ifølge hvilke denne forskelsbehandling kunne medføre en svækkelse af konkurrencen på markedet, nemlig for det første på grund af betydningen af trafikken fra Googles generelle søgemaskine, for det andet på grund af brugernes adfærd, når de søger på internettet, og for det tredje henset til den omstændighed, at den omdirigerede trafik fra Googles generelle resultatsider udgør en stor del af denne trafik til konkurrerende sammenligningstjenester og ikke kan erstattes effektivt med andre kilder⁷⁴.

⁷¹ – Jf. ligeledes den appellerede doms præmis 136, 139, 142-145 og 158.

⁷² – Jf. i denne retning dom af 3.12.2015, Italien mod Kommissionen (C-280/14 P, EU:C:2015:792, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

⁷³ – Den appellerede doms præmis 168.

⁷⁴ – Den appellerede doms præmis 169 med henvisning til den omtvistede afgørelses afsnit 7.2.2-7.2.4.

140. Rettens nærmere begrundelse herfor var følgende.

141. Retten erindrede indledningsvis om den betydning af trafikken, som var beskrevet i 444.-450. betragtning til den omtvistede afgørelse, og de dermed forbundne positive netværksvirkninger for en sammenligningstjenestes kommercielle succes; tabet af trafik kunne derimod føre til en ond cirkel og på lang sigt udtræden af markedet⁷⁵. Derefter behandlede Retten den analyse af brugeradfærden, der var redegjort for i 454.-461. og 535. betragtning til denne afgørelse. Ifølge denne fokuserer brugerne generelt på de første tre til fem søgeresultater og giver de følgende resultater ringe eller ingen opmærksomhed, navnlig resultaterne neden for den umiddelbart synlige del på skærmen (fold)⁷⁶. Endvidere støttede Retten sig på konstateringerne i afsnit 7.2.4.1 og 7.2.4.2 i den omtvistede afgørelse⁷⁷ med hensyn til virkningen af den trafik, der omdirigeres fra Googles generelle resultatsider. Denne udgjorde en stor del af trafikken til de konkurrerende produktsammenligningstjenester og kunne ikke erstattes effektivt med andre kilder, herunder tekstannoncer, mobilapplikationer, direkte trafik, henvisninger til partnersider, sociale netværk eller andre søgemaskiner⁷⁸.

142. Retten konkluderede på grundlag heraf, at betydningen af trafikken fra Googles generelle søgesider og dennes faktisk uerstattelige karakter blev lagt til grund som relevante omstændigheder, der kunne kvalificere, at der forelå en adfærd, som ikke henhørte under konkurrence på ydelser, uden at Kommissionen herved begik en retlig fejl. Kommissionen konstaterede ikke blot, at der forelå en løftestangeffekt, men foretog en *retlig kvalificering* af Googles adfærd, som fulgte denne virkning, ved at støtte sig på relevante kriterier. Hvis det forudsattes, at Kommissionen foretog en gyldig påvisning af favoriseringen og virkningen heraf, fastslog Kommissionen således med føje, at denne favorisering fraveg konkurrence på ydelser⁷⁹.

143. Disse bemærkninger viser, at Retten beskæftigede sig indgående med spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen i den omtvistede afgørelse med rette kunne konkludere, at den kritiserede adfærd *som sådan* – og ikke blot dens virkning – var uforenelig med de midler, der henhører under konkurrence på ydelser. Henset til den favorisering af Googles sammenligningstjeneste i forhold til de konkurrerende sammenligningstjenester, der både var tilsigtet og fik virkning, var dette efter Kommissionens opfattelse tilfældet, hvilket Retten bekræftede. Ud fra Kommissionens og Rettens synspunkt var der tale om en *retlig kvalificering* af spørgsmålet om, hvorvidt Google, vurderet ud fra den måde, hvorpå de berørte digitale markeder fungerede, holdt sig til de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, eller handlede på en måde, der udgjorde misbrug, hvorved denne kvalificering blev foretaget på grundlag af udførlige konstateringer af de faktiske omstændigheder og bevisførelsen fra Kommissionens side.

144. Denne fremgangsmåde er forenelig med de i retspraksis anerkendte krav. Ifølge denne praksis skal en adfærds karakter af misbrug bedømmes og godtgøres ud fra samtlige de relevante faktiske omstændigheder⁸⁰. Som Kommissionen har anført med henvisning til bl.a. den appellerede doms præmis 152, skal der på det begrebsmæssige plan desuden sondres mellem

⁷⁵ – Den appellerede doms præmis 170 og 171.

⁷⁶ – Den appellerede doms præmis 172.

⁷⁷ – 539. betragtning ff. til denne afgørelse.

⁷⁸ – Den appellerede doms præmis 173.

⁷⁹ – Den appellerede doms præmis 174 og 175 (min fremhævelse).

⁸⁰ – I denne retning dom af 12.1.2023, Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2023:12, præmis 78), og af 19.1.2023, Unilever Italia Mkt. Operations (C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 40 og 44 og den deri nævnte retspraksis). Ligeledes generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse Lietuvos geležinkeliai mod Kommissionen (C-42/21 P, EU:C:2022:537, punkt 92).

spørgsmålet om, hvorvidt en adfærd fraviger de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, og spørgsmålet om, hvorvidt adfærden også kan begrænse konkurrencen, selv om begge er grundlæggende kriterier for begrebet »misbrug«.

145. Appellanterne kan ikke afvise dette med den begrundelse, at Retten kritiserede 341. betragtning til den omtvistede afgørelse med hensyn til det af CCIA anførte klagepunkt om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet⁸¹. Efter Rettens opfattelse kunne denne betragtning nemlig – isoleret set – misforstås således, at Kommissionen havde konkluderet, at den kritiserede adfærd fraveg konkurrence på ydelser, alene på grund af de af Kommissionen konstaterede (potentielle) udelukkelsesvirkninger. Som anført ovenfor i punkt 143 er jeg ganske vist ikke enig i denne vurdering. Som Retten imidlertid selv fastslog, skal 341. betragtning til den omtvistede afgørelse sammenholdes med 342. betragtning hertil⁸². I denne betragtning henviste Kommissionen til de omstændigheder, der er beskrevet ovenfor i punkt 139-141, med henblik på specifikt at begrunde fravigelsen af de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, hvorfor Retten forkastede CCIA's klagepunkt⁸³. Appellanternes argumentation er således uden grundlag.

146. Det andet appelanbringendes første led kan derfor ikke tiltrædes og må forkastes.

d) Yderligere begrundelselementer i den appellerede dom (det andet anbringendes andet led)

147. Med det andet appelanbringendes andet led har appellanterne foreholdt Retten, at den inddrog yderligere elementer til begrundelse af fravigelsen af de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, som ikke var indeholdt i den omtvistede afgørelse. Dermed begik Retten en retlig fejl ved at sætte sine egne overvejelser i stedet for Kommissionens.

148. Disse yderligere begrundelselementer vedrørte for det første et strengere retligt bedømmelseskriterium for »superdominerende« virksomheder⁸⁴, for det andet den vurdering, at der, henset til, at Googles søgemaskine principielt havde en åben infrastruktur, var tale om en »anomali«, når visse egne specielle søgeresultater blev favoriseret i forhold til konkurrerende søgeresultater⁸⁵, og for det tredje den vurdering, at denne adfærd udgjorde forskelsbehandling⁸⁶.

149. Der må gives appellanterne ret, for så vidt som Retten i den appellerede doms præmis 176-185 fremsatte yderligere overvejelser, der i det mindste for en dels vedkommende ikke har noget modstykke i begrundelsen i den omtvistede afgørelse.

150. I lyset af den principielt åbne infrastruktur, som Google stillede til rådighed, anså Retten det for en anomali, når søgeresultaterne fra selskabets egen sammenligningstjeneste blev favoriseret i forhold til de konkurrerende sammenligningstjenesters. Det påhvilede ophavsmanden til denne forskellige behandling at begrunde denne i forhold til konkurrenceretten⁸⁷. Dette fremgik også af

⁸¹ – Den appellerede doms præmis 195.

⁸² – Den appellerede doms præmis 196.

⁸³ – Den appellerede doms præmis 197.

⁸⁴ – Den appellerede doms præmis 180, 182 og 183.

⁸⁵ – Den appellerede doms præmis 176-184.

⁸⁶ – Den appellerede doms præmis 180, jf. ligeledes denne doms præmis 240 og 279 ff.

⁸⁷ – Den appellerede doms præmis 176-179.

forordning (EU) 2015/2120⁸⁸, der pålægger internetudbydere med forsyningspligt en generel forpligtelse til ligebehandling, dvs. uden forskelsbehandling, begrænsning eller indblanding i trafik⁸⁹. Fravigelsen fra de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, var så meget desto mere åbenbar, når den kritiserede adfærd – efter den manglende succes for Froogle på markedet for specielle søgetjenester for varer – skyldtes en adfærdsændring hos Google på markedet for generelle søgetjenester, hvor selskabet havde en »superdominerende« stilling. Henset til denne stilling, dets rolle som indfaldsport til internettet og de meget store hindringer for adgang til markedet for generel søgning, påhvilede der Google en skærpet forpligtelse til ikke ved sin adfærd at skade konkurrencen på det tilknyttede marked for specielle søgetjenester for varer⁹⁰.

151. Efter min opfattelse er dette andet led i det andet appelanbringende ikke desto mindre irrelevant. Selv hvis Retten derigennem på uretmæssig vis til dels skulle have suppleret eller endog erstattet begrundelsen i den omtvistede afgørelse⁹¹, var bemærkningerne i denne doms præmis 162 ff. – som anført ovenfor i punkt 138 ff. – nemlig i sig selv tilstrækkelige til, at konstateringen i den omtvistede afgørelse, ifølge hvilken den kritiserede adfærd fraveg de midler, der henhører under konkurrence på ydelser, kunne tiltrædes⁹².

152. Rettens yderligere overvejelser vedrørende begrundelsen var således ikke nødvendige – i al fald ikke i denne sammenhæng og uanset deres retlige kvalificering. Med undtagelse af overvejselen om, at den kritiserede favorisering af Googles egen søgetjeneste i lyset af, at den infrastruktur, som selskabet stiller til rådighed, principielt er åben, var en anomali og udgjorde forskelsbehandling, er det i øvrigt ikke korrekt, at disse overvejelser ikke har udtrykkelig støtte i begrundelsen af den omtvistede afgørelse.

153. Dette fremgår som følger.

154. Som det *for det første* blev bekræftet i den indledende formulering i den appellerede doms præmis 180⁹³, bestod inddragelsen af forordning 2015/2120 – der ikke var nævnt i den omtvistede afgørelse – blot af subsidære overvejelser, der ikke dannede grundlag for konklusionen i denne doms præmis 179. *For det andet* støttede henvisningen til Googles »superdominerende« stilling på de forskellige (nationale) markeder i denne doms præmis 182 og 183 sig i det mindste implicit på 271.-283. betragtning til denne afgørelse, hvori Kommissionen fastslog, at de pågældende markedsandele i de fleste tilfælde lå langt over 90%. *For det tredje* kan udsagnet i denne doms præmis 181 og 184 om, at Google ændrede sin adfærd på disse markeder, efter at selskabets specielle søgetjeneste for varer, Froogle, ophørte, føres tilbage til konstateringerne i 343., 490. og 491. betragtning til denne afgørelse. *For det fjerde* gentog bemærkningerne i denne doms præmis 184 blot konstateringerne om Googles favorisering af sin egen tjeneste i 344. betragtning⁹⁴. *For det femte* og afslutningsvis henviste konklusionen in fine

⁸⁸ – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 25.11.2015 om foranstaltninger vedrørende adgang til det åbne internet og om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og forordning (EU) nr. 531/2012 om roaming på offentlige mobilkommunikationsnet i Unionen (EUT 2015, L 310, s. 1).

⁸⁹ – Den appellerede doms præmis 180.

⁹⁰ – Den appellerede doms præmis 181-184.

⁹¹ – Vedrørende dette substitutionsforbud jf. dom af 10.4.2014, Areva m.fl. mod Kommissionen (C-247/11 P og C-253/11 P, EU:C:2014:257, præmis 56), af 21.1.2016, Galp Energía España m.fl. mod Kommissionen (C-603/13 P, EU:C:2016:38, præmis 73), og af 28.9.2023, Ryanair mod Kommissionen (C-321/21 P, EU:C:2023:713, præmis 105).

⁹² – Jf. også punkt 83 ff. ovenfor.

⁹³ – »Det skal for fuldstændighedens skyld bemærkes [...]«. »It may be observed, for the sake of completeness [...]« i den engelske sprogversion; endnu tydeligere i den franske sprogversion: »Il peut d'ailleurs être observé, à titre surabondant [...]«.

⁹⁴ – Jf. også 378. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse samt den appellerede doms præmis 168.

præmis 185 om, at den kritiserede adfærd gik videre end konkurrence på ydelser, alene til de afgørende betragtninger i præmis 170-173, men ikke til Rettens yderligere betragtninger i denne doms præmis 176 ff., som appellanterne har kritiseret.

155. Det andet appelanbringendes andet led må derfor ligeledes forkastes.

156. Eftersom appellanternes kritikpunkter vedrørende det andet led ikke er relevante, er det ufornuddigt at bedømme det andet appelanbringendes tredje led, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt de yderligere overvejelser i den appellerede doms præmis 176 ff. isoleret set er behæftet med retlige fejl. Dette gælder også for det kritikpunkt, ifølge hvilket Retten begik en retlig fejl ved ikke at inddrage de anførte konkurrencefremmende aspekter i sin vurdering, men kun at undersøge dem som mulig begrundelse.

157. For så vidt som disse klagepunkter eller overvejelser vedrører anvendeligheden af Bronner-kriterierne, er det endelig tilstrækkeligt at henvise til betragtningerne ovenfor i punkt 83 ff. med henblik på at forkaste disse.

158. Det følger heraf, at det andet appelanbringende i sin helhed bør forkastes som ugrundet.

D. Årsagsforbindelse mellem den kritiserede adfærd og potentielle konkurrencebegrænsende virkninger – krav om en kontrafaktisk analyse (det tredje appelanbringende)?

1. Genstanden for det tredje appelanbringende og formaliteten vedrørende dette

159. Med det tredje appelanbringende har appellanterne foreholdt Retten, at den begik flere retlige fejl ved at acceptere, at den omtvistede afgørelse ikke omfattede en kontrafaktisk analyse. Kun ved hjælp af en sådan analyse kunne det ifølge appellanterne godtgøres, at de angivelige potentielle konkurrencebegrænsende virkninger i det væsentlige skyldtes den kritiserede adfærd og ikke andre omstændigheder.

160. Dette appelanbringende er rettet mod de konstateringer, der blev foretaget i den appellerede doms præmis 368 ff. som svar på det tredje anbringendes første led. Deri afviste Retten klagepunkterne om, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at den kritiserede adfærd havde ført til et fald i trafikken til ulempe for de konkurrerende sammenligningstjenester. Ifølge anbringendet i stævningen skyldtes dette fald nemlig alene virkningen af de specielle tilpasningsalgoritmer – der var ubestridte, men ikke var blevet påtalt af Kommissionen. Disse algoritmer havde imidlertid kun til formål at forbedre kvaliteten af søgeresultaterne. Det var derfor ikke bevist, at der var en årsagsforbindelse mellem den påtalte favorisering af Googles sammenligningstjeneste på den ene side og den angivelige fortrængning af konkurrerende sammenligningstjenester på den anden side. Kommissionen burde derimod have undersøgt, hvordan trafikken havde udviklet sig, såfremt den fordelagtige placering og præsentation af resultaterne fra Googles sammenligningstjeneste i Shopping Units ikke havde fundet sted.

161. Det tredje appelanbringende består af tre led. *For det første* begik Retten i den appellerede doms præmis 377-379 en retlig fejl ved at fastslå, at det var Google og ikke Kommissionen, der burde have foretaget denne kontrafaktiske analyse. *For det andet* var denne doms præmis 374 og 376 behæftet med en retlig fejl, idet Retten deri fastslog, at der med henblik på en sådan

analyse skulle ses bort fra begge de komponenter, der indgik i den kritiserede adfærd. *For det tredje* foretog Retten i denne doms præmis 572 en fejlagtig bedømmelse af virkningerne og den objektive begrundelse af denne adfærd.

162. I modsætning til hvad nogle af intervenienterne til støtte for Kommissionen har hævdet, kan dette appelanbringendes første og andet led antages til realitetsbehandling. Disse led tager ikke sigte på, at Domstolen skal foretage en fornyet bedømmelse af faktiske omstændigheder eller beviser. De rejser derimod tvivl om lovligheden af de kriterier, som Retten anvendte til at undersøge, hvorvidt og hvordan Kommissionen burde have foretaget en kontrafaktisk analyse med henblik på at påvise årsagsforbindelsen mellem en adfærd bestående af forskellige komponenter og deres mulige konkurrencebegrænsende virkninger.

2. Det tredje appelanbringendes første led

163. Inden for rammerne af det første led har appellanterne først kritiseret, at Kommissionen i 462. betragtning til den omtvistede afgørelse i virkeligheden fastslog, at den kritiserede adfærd havde haft faktiske og ikke blot potentielle virkninger for konkurrencen. Adfærden førte nemlig til et fald i trafikken fra Googles generelle resultatside til de konkurrerende sammenligningstjenester. Retten lagde også dette til grund i den appellerede doms præmis 519. Kommissionen burde derfor have foretaget en kontrafaktisk analyse af disse *faktiske* virkninger. Retten burde således ikke have lagt til grund, at Kommissionen antog, at denne adfærd kun havde potentielle virkninger.

164. Dette første led i det tredje appelanbringende er efter min opfattelse åbenbart ugrundet.

165. Retten støttede sig nemlig i den appellerede doms præmis 67, 228, 450, 454, 519 og 667 for det første på afsnit 7.3 i den omtvistede afgørelse⁹⁵, hvori Kommissionen redegjorde for, at den kritiserede adfærd havde *potentielle* konkurrencebegrænsende virkninger på flere nationale markeder. For det andet tog Retten i denne doms præmis 438 ff. og 518 ff. ligeledes udgangspunkt i princippet om, at Kommissionen med henblik på at godtgøre, at der forelå misbrug af en dominerende stilling, blot skulle bevise, at den pågældende adfærd havde *potentielle* virkninger, hvorfor det ikke var nødvendigt at påvise faktiske konkurrencebegrænsende virkninger. Disse konstateringer fra Rettens side i svaret på det første led og det fjerde led i det fjerde anbringende i stævningen har appellanterne desuden ikke anfægtet ved deres appel.

166. Konstateringen i 462. betragtning til den omtvistede afgørelse, som appellanter har henvist til, vedrørte derimod kun det – nu ubestridte – faktiske fald i trafikken fra Googles generelle resultatside til de konkurrerende sammenligningstjenester. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, er anbringendet heller ikke rettet mod konstateringerne desangående i den anfægtede doms præmis 401-422. Henvisningen hertil i denne doms præmis 519 kan derfor ikke omkvalificeres således, at Retten lagde til grund, at Kommissionen havde til hensigt og var forpligtet til at godtgøre, at den kritiserede adfærd havde haft *faktiske* virkninger for konkurrencen. Appellanternes argument om, at der skulle være påvist en årsagsforbindelse med hensyn til faktiske virkninger, er således irrelevant og må forkastes.

⁹⁵ – 589. betragtning ff. til denne afgørelse.

167. Endvidere har appellanterne, med støtte fra CCIA, foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 377-379 så bort fra, at Kommissionen burde have foretaget en kontrafaktisk analyse vedrørende denne adfærds angivelige faktiske og potentielle konkurrencebegrænsende virkninger og burde have begrundet denne i den omtvistede afgørelse, og at Retten i så henseende uretmæssigt vendte bevisbyrden om.

168. Det må medgives, at Rettens bemærkninger desangående er vanskelige at forstå. I den appellerede doms præmis 377 anførte Retten, at identifikationen af et kontrafaktisk scenario, som i det foreliggende tilfælde, kunne være en vilkårlig eller umulig øvelse, såfremt dette scenario »ikke findes i virkeligheden på et marked, der fra starten havde kendetegn, der ligner det [marked], hvorpå denne praksis er blevet gennemført«. Et pålideligt kontrafaktisk scenario skulle nemlig principielt svare til en reel situation, »der fra starten er tilsvarende, men hvis udvikling ikke påvirkes af hele den omhandlede praksis«. Endvidere anførte Retten i det væsentlige, at i modsætning til en situation, hvor to reelle udviklinger kan sammenlignes, skal en vurdering af potentielle virkninger ganske vist være realistisk, men skal beskrive en sandsynlig situation. I denne doms præmis 378 og 379 forkastede Retten argumentet om, at Kommissionen havde pligt til spontant eller for at besvare en kontrafaktisk analyse, som den påtalte virksomhed havde fremført, systematisk at fastlægge et kontrafaktisk scenario. Dette ville svare til at pålægge Kommissionen en forpligtelse – som ikke påhvilede den – til at godtgøre, at den kritiserede adfærd havde faktiske virkninger. En kontrafaktisk analyse, der fremlægges af denne virksomhed, og som tager sigte på at anfægte Kommissionens vurdering af denne adfærds potentielle virkninger, skal desuden gøre det muligt at fastlægge virkningerne af hele den kritiserede adfærd og ikke kun de delvise virkninger.

169. Disse konstateringer kan efter min opfattelse ikke fortolkes således, at Retten principielt afviste, at Kommissionen har pligt til at foretage en kontrafaktisk analyse af en adfærds faktiske eller potentielle virkninger, ligesom de heller ikke ses at indebære en ulovlig omvendt bevisbyrde til ulempe for den påtalte virksomhed. De skal derimod ses i den samlede kontekst i Rettens svar på argumentet i det tredje anbringendes første led og kun fortolkes i denne sammenhæng.

170. Som det navnlig fremgår af den appellerede doms præmis 372 og 374, forkastede Retten heri i det væsentlige klagepunktet om den manglende kontrafaktiske analyse med den begrundelse, at dette anbringende og de til støtte herfor fremlagte kontrafaktiske scenarier foretog en vilkårlig opsplitning af den kritiserede adfærd, som bestod af to uløseligt forbundne dele. De kumulative virkninger af disse kombinerede bestanddele – favoriseringen af Googles sammenligningstjeneste gennem den fremhævede præsentation af selskabets søgeresultater i boksene i Shopping Units på den ene side og anvendelsen af de specielle algoritmer til nedrykning af de konkurrerende sammenligningstjenesters resultater på den anden side – kunne nemlig ikke bedømmes særskilt. I denne doms præmis 376 konkluderede Retten derfor, at det eneste scenario, som med føje kunne påberåbes, var det, hvori ingen af disse bestanddele blev lagt til grund, idet de kombinerede virkninger heraf ellers kun ville blive taget delvist i betragtning.

171. Dette viser, at Rettens svar på anbringendet primært findes i præmis 372-376, mens bemærkningerne i den appellerede doms præmis 377-379, hvori ordene »i øvrigt« indgår, som Kommissionen har gjort gældende, kun har supplerende eller subsidær funktion.

172. Det må dog medgives appellanterne og CCIA, at sontringen mellem kontrafaktiske analyser i den appellerede doms præmis 377, afhængigt af, om de vedrører faktiske eller potentielle virkninger, ikke er holdbar. I begge tilfælde skal en faktisk fortidig udvikling nemlig efterfølgende under hensyntagen til overtrædelsen sammenlignes med en hypotetisk udvikling, hvorved der ses

bort fra denne overtrædelse⁹⁶. Det er desuden ikke indlysende, hvorfor en systematisk forpligtelse for Kommissionen til at udarbejde et kontrafaktisk scenario i tilfælde af, at der kun foreligger potentielle virkninger, skulle føre til, at det kræves af Kommissionen, at den fører bevis for faktiske virkninger, sådan som det muligvis var Rettens opfattelse.

173. Uanset dette fremgår det ikke af disse betragtninger, at Retten ikke anså Kommissionen for at være forpligtet til at tage hensyn til en holdbar kontrafaktisk analyse fra den påtalte virksomhed, som kunne rejse tvivl om Kommissionens konstateringer, og i givet fald forkaste denne. Tværtimod behandlede Retten i den appellerede doms præmis 380 ff. indgående spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen med rette kunne forkaste de analyser, som Google havde fremlagt under den administrative procedure⁹⁷, og fastslå, at der forelå en årsagsforbindelse mellem den adfærd, der foreholdtes Google, og faldet i trafikken fra selskabets generelle resultatside til de konkurrerende sammenligningstjenester⁹⁸.

174. For så vidt som appellanterne specifikt har anfægtet bemærkningerne i den appellerede doms præmis 377-379, er deres argument således irrelevant og bør forkastes.

175. Spørgsmålet om, hvorvidt den appellerede doms præmis 372-376 er behæftet med en retlig fejl og det alligevel var nødvendigt at foretage en kontrafaktisk analyse, som appellanterne har gjort gældende, undersøger jeg i forbindelse med det tredje appelanbringendes andet led.

176. Det tredje appelanbringendes første led skal således forkastes.

3. Det tredje appelanbringendes andet led

177. Med det andet led har appellanterne med støtte fra CCIA foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved at fastslå, at en kontrafaktisk analyse kun kunne vedrøre kombinationen af de to bestanddele af den adfærd, der foreholdtes Google, der er nævnt i punkt 170. Den appellerede doms præmis 374, 376 og 525 var behæftet med retlige fejl, idet de fortolkede begrebet »kontrafaktisk analyse« forkert af to grunde. For det første var det tilstrækkeligt at se bort fra blot en af disse bestanddele, nemlig placeringen og præsentationen i boksene i Shopping Units, for udelukke et misbrug. For det andet anvendte Retten et kriterium, som ikke var i overensstemmelse med de i retspraksis anerkendte krav til et realistisk, plausibelt eller sandsynligt kontrafaktisk scenario. Den udelukkelse af begge bestanddele, herunder de specielle tilpasningsalgoritmer, der blev krævet i denne doms præmis 376, gik ud over, hvad der var nødvendigt, var urealistisk og indebar en uretmæssig sammenblanding af de respektive virkninger af den tilladte og den ikke-tilladte bestanddel i denne kombinerede adfærd.

178. Dette andet led i det tredje appelanbringende anser jeg ligeledes for ugrundet.

179. Som det fremgår af den appellerede doms præmis 372, 417, 419 og 525, der i denne henseende ikke er blevet bestridt af appellanterne, var den kritiserede adfærd baseret på to kombinerede, uadskillelige bestanddele, nemlig for det første anvendelsen af de specielle tilpasningsalgoritmer, der kun førte til nedrykning af søgeresultaterne fra de konkurrerende

⁹⁶ – Vedrørende en overtrædelse af artikel 101 TEUF jf. dom af 30.1.2020, Generics (UK) m.fl. (C-307/18, EU:C:2020:52, præmis 118-121), af 2.4.2020, Budapest Bank m.fl. (C-228/18, EU:C:2020:265, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis), og af 18.11.2021, Visma Enterprise (C-306/20, EU:C:2021:935, præmis 74). Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Servier og Servier Laboratories (C-176/19 P, EU:C:2022:576, punkt 288 ff.).

⁹⁷ – Den omtvistede afgørelses afsnit 7.2.3.2 samt 464. betragtning ff. og 523. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse.

⁹⁸ – Jf. navnlig den appellerede doms præmis 392.

sammenligningstjenester, og for det andet den omstændighed, at det udelukkende var søgeresultaterne fra Googles sammenligningstjeneste, der blev præsenteret fremhævet i Shopping Units. Samspillet mellem disse to bestanddele muliggjorde Googles favorisering af sin egen tjeneste. Det var nemlig kun kombinationen af disse, der kunne påvirke brugeradfærden således, at trafikken i dette omfang blev omdirigeret til fordel for Googles egen sammenligningstjeneste.

180. I modsætning til det af appellanterne anførte kan denne uløselige forbindelse ikke splittes op med henblik på en kontrafaktisk analyse af årsagsforbindelsen mellem den kritiserede adfærd og dens (faktiske eller potentielle) virkninger. En sådan fremgangsmåde ville ikke tage højde for de kombinerede tekniske og økonomiske virkninger af de to bestanddele. Den ville navnlig se bort fra, hvordan disse i fællesskab påvirkede brugeradfærden. Det forøgede antal brugerklik til fordel for Googles sammenligningstjeneste beroede nemlig ikke kun på den favoriserede placering og præsentation af denne tjenestes søgeresultater i boksene i Shopping Units, men også på den parallelle, algoritmestyrede nedrykning og den mindre attraktive præsentation af de konkurrerende sammenligningstjenesters søgeresultater, der førte til, at disse ikke fangede brugernes opmærksomhed. Den opdelte kontrafaktiske analyse, som appellanterne har plæderet for, ville således hverken være plausibel eller realistisk, men derimod vilkårlig⁹⁹.

181. Retten kunne derfor uden at begå retlig fejl fastslå i den appellerede doms præmis 372, at »analysen af virkningerne af kombinationen af disse [bestanddele] [...] kan [ikke] gennemføres ved at betragte virkningerne af [en bestanddel] isoleret i forhold til et [anden]«. Vurderingen i denne doms præmis 376, ifølge hvilken det eneste kontrafaktiske scenario, som med føje kunne påberåbes, var det, hvori ingen af disse bestanddele blev lagt til grund, »idet de kombinerede virkninger [af disse bestanddele] ellers kun ville blive taget delvist i betragtning« er heller ikke behæftet med en retlig fejl.

182. Appellanterne kan ikke heroverfor gøre gældende, at anvendelsen af de specielle tilpasningsalgoritmer som sådan ikke var blevet kritiseret af Kommissionen. Som Retten med føje fastslog, var dette ikke afgørende. Det var nemlig den specifikke kombination af disse med den favoriserede præsentation af varesøgningsresultaterne fra Googles sammenligningstjeneste, der i det hele taget banede vejen for de potentielle skadelige virkninger for konkurrencen, der blev konstateret i den omtvistede afgørelse¹⁰⁰.

183. Konstateringerne i den appellerede doms præmis 372-376 er således ikke kritisable.

184. Det tredje appelanbringendes andet led skal således ligeledes forkastes.

4. Det tredje appelanbringendes tredje led

185. Det følger af vurderingen af det første og det andet led, at det tredje appelanbringendes tredje led heller ikke kan tages til følge. Ifølge dette led foretog Retten i den appellerede doms præmis 572 en fejlagtig bedømmelse af virkningerne og den objektive begrundelse af den kritiserede adfærd.

186. I denne præmis 572 kunne Retten derimod uden retlig fejl på grundlag af sine konstateringer vedrørende den uadskillelige karakter af de to bestanddele i den kritiserede adfærd konkludere, at adfærdens potentielle skadelige virkninger for konkurrencen og forbrugernes interesser ikke alene

⁹⁹ – Med denne fortolkning kan Rettens udsagn i den appellerede doms præmis 377 heller ikke kritiseres.

¹⁰⁰ – 344. betragtning ff. og 589. betragtning ff. til denne afgørelse.

kunne opvejes af eventuelle effektivitetsgevinster, der kun kunne henregnes til en af disse bestanddele, nemlig de specielle tilpasningsalgoritmer. Dette gælder, uanset om specifikke effektivitetsgevinster som følge af anvendelsen af tilpasningsalgoritmer er blevet påvist eller ej¹⁰¹.

187. Det følger heraf, at det tredje led samt det tredje appelanbringende som helhed skal forkastes som ugrundet.

E. Finder kriteriet om den lige så effektive konkurrent anvendelse (det fjerde appelanbringende)?

188. Med det fjerde appelanbringende har appellanterne foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved ikke at kritisere Kommissionen for at have undladt at bedømme virkningerne af den kritiserede adfærd for lige så effektive konkurrenter. Ifølge det i retspraksis anerkendte mål med artikel 102 TEUF er det generelt kun påvist, at denne adfærd har konkurrencebegrænsende virkninger, såfremt den pågældende adfærd påvirker eksisterende eller hypotetiske lige så effektive konkurrenter negativt. I den omtvistede afgørelse undersøgte Kommissionen imidlertid hverken de konkurrerende sammenligningstjenesters effektivitet eller en sådan hypotetisk konkurrent. Retten fastslog derfor fejlagtigt i den appellerede doms præmis 538, at Kommissionen i mangel af en eksisterende priskonkurrence ikke var forpligtet til at anvende kriteriet om den lige så effektive konkurrent.

189. Kommissionen har, støttet af sine intervenienter, heroverfor gjort gældende, at en sammenligning med en eksisterende eller hypotetisk lige så effektiv konkurrent ikke var nødvendig, da der ikke var tale om priskonkurrence. Eftersom Google ikke blev foreholdt et prisbaseret misbrug, skulle Kommissionen ikke anvende kriteriet om den lige så effektive konkurrent. Kommissionen kunne derimod føre beviset for potentielle virkninger for konkurrencen i en hvilken som helst form, hvilket den også gjorde i den omtvistede afgørelse.

190. Retten behandlede den kritiserede adfærds konkurrencebegrænsende virkninger i den appellerede doms præmis 518 ff. og kriteriet om den lige så effektive konkurrent i den appellerede doms præmis 538-543. I denne doms præmis 527 bekræftede Retten først¹⁰², at Kommissionen med føje havde fastslået, at denne adfærd medførte et fald i trafikken til de konkurrerende sammenligningstjenester og en stigning i trafikken til Googles egen sammenligningstjeneste og dermed i tilstrækkelig grad påvirkede situationen for en væsentlig kategori af Googles konkurrenter til, at det kunne konstateres, at der forelå konkurrencebegrænsende virkninger. I den appellerede doms præmis 538-541 fastslog Retten dernæst i det væsentlige, at Kommissionen ikke var forpligtet til at anvende kriteriet om den lige så effektive konkurrent med henblik herpå. Dette var kun relevant, såfremt der var tale om priskonkurrence, hvilket ikke var tilfældet i den foreliggende sag. Kommissionen skulle således alene godtgøre potentielle konkurrencebegrænsende virkninger af den kritiserede adfærd¹⁰³. I denne forbindelse var det ikke afgørende, om Googles søgemaskine for varer var mere effektiv end de konkurrerende sammenligningstjenesters.

191. Efter min opfattelse afviste Retten dermed uden at begå retlig fejl, at Kommissionen havde pligt til at anvende kriteriet om den lige så effektive konkurrent.

¹⁰¹ – Jf. herom den appellerede doms præmis 568, 577, 588 og 590.

¹⁰² – Med henvisning til konstateringerne i den appellerede doms præmis 420, 506 og 520-526.

¹⁰³ – Med henblik herpå henviste Retten til konstateringen i den appellerede doms præmis 441.

192. Anvendelsen af dette kriterium består i reglen i en undersøgelse af, om en dominerende virksomheds prisstrategi kan udelukke en konkurrent, der er lige så effektiv som denne virksomhed, fra markedet¹⁰⁴. Med henblik herpå kræves der en undersøgelse af priser og omkostninger, som generelt foretages i forhold til omkostningsstrukturen hos virksomheden med den dominerende stilling selv¹⁰⁵.

193. Ganske vist har artikel 102 TEUF ifølge fast retspraksis ikke til formål at sikre, at konkurrenter, der er mindre effektive end den dominerende virksomhed, forbliver på markedet. Den konkurrence på ydelser, som denne bestemmelse beskytter, kan pr. definition føre til, at de mindre effektive konkurrenter, som således er mindre interessante for forbrugerne i forhold til bl.a. pris, udvalg, kvalitet eller innovation, forsvinder fra markedet eller marginaliseres¹⁰⁶.

194. Denne retspraksis bør imidlertid ikke misforstås således, at den virksomhed, som udøves af mindre effektive, navnlig mindre konkurrenter, der ikke har de samme størrelses- eller omkostningsfordele som en dominerende virksomhed eller kan kompensere for disse, slet ikke bør beskyttes eller er uden betydning for opretholdelsen af en velfungerende konkurrence¹⁰⁷.

195. Tværtimod kan tilstedeværelsen af en mindre effektiv konkurrent, afhængig af markedsstrukturen, navnlig når adgangsbarriererne er høje, nemlig også medvirke til at intensivere konkurrencepresset på markedet og herved påvirke den dominerende virksomheds adfærd¹⁰⁸. Dette gælder så meget desto mere, når det, henset til en sådan markedsstruktur, er usandsynligt, at en anden virksomhed kan være lige så effektiv som den dominerende. Såfremt konkurrencen på et marked som følge af tilstedeværelsen af en sådan virksomhed er svækket i en sådan grad, at lige så effektive konkurrenter heller ikke engang kan etablere sig på markedet, må der under ingen omstændigheder ses bort fra det konkurrencepres, som en mindre effektiv virksomhed udøver. Selv dette pres kan nemlig forhindre, at markedsstrukturen og kundernes valgmuligheder forværres yderligere på grund af den dominerende virksomheds handelspraksis, og tjener således det grundlæggende formål om opretholdelse af konkurrencen, der forfølges med artikel 102 TEUF¹⁰⁹. I sådanne tilfælde har Domstolen som en logisk konsekvens heraf også udelukket, at kriteriet om den lige så effektive konkurrent kan finde anvendelse¹¹⁰.

196. I modsætning til det af appellanterne anførte kan kriteriet om den lige så effektive konkurrent således ikke anvendes generelt og er da slet ikke en ufravigelig forudsætning for at konstatere, hvorvidt en dominerende virksomheds handlemåde er i overensstemmelse med de midler, der henhører under konkurrence på ydelser¹¹¹. Denne fortolkning har Domstolen også bekræftet ved flere lejligheder og har fremhævet, at konkurrencemyndigheder principielt ikke har

¹⁰⁴ – I denne retning dom af 6.10.2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 53).

¹⁰⁵ – Jf. dom af 6.10.2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 54), og af 19.1.2023, *Unilever Italia Mkt. Operations* (C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 56 in fine).

¹⁰⁶ – I denne retning dom af 27.3.2012, *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, præmis 21 og 22), af 6.9.2017, *Intel mod Kommissionen* (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 134), og af 12.5.2022, *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.* (C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 45).

¹⁰⁷ – Jf. dog generaladvokat Rantos' forslag til afgørelse *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.* (C-377/20, EU:C:2021:998, punkt 45), der fortolkede denne retspraksis således, at den kun beskytter de mest effektive virksomheder, der er i stand til at stimulere konkurrencen på markedet, men ikke de mindre dygtige og mindre effektive virksomheder.

¹⁰⁸ – I denne retning dom af 6.10.2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 60).

¹⁰⁹ – Jf. i denne retning mit forslag til afgørelse *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:343, punkt 71 og 73).

¹¹⁰ – Dom af 6.10.2015, *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 59), og af 12.5.2022, *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.* (C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 101). Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse *Post Danmark* (C-23/14, EU:C:2015:343, punkt 71-73).

¹¹¹ – Dommen af 12.5.2022, *Servizio Elettrico Nazionale m.fl.* (C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 82), giver ikke mulighed for en anden fortolkning. Hvad angår ekskluderende praksis kvalificerede Domstolen i denne dom alene kriteriet om den lige så effektive konkurrent som et af de kriterier, der *gør det muligt* at afgøre, om en dominerende virksomheds adfærd skal anses for at være eller ikke være baseret på anvendelsen af midler, der falder ind under en normal konkurrence, *når denne [test] kan gennemføres* (min fremhævelse).

en retlig forpligtelse til at anvende dette kriterium. Der er nemlig alene tale om en af flere metoder til at vurdere, om en *prisbaseret* adfærd kan have udelukkelsesvirkninger¹¹². Eftersom anvendelsen af denne metode ikke kom i betragtning, kunne hverken Kommissionen eller Retten endvidere være forpligtet til at behandle den berørte virksomheds argumenter desangående¹¹³.

197. Navnlig bør anvendelsesområdet for kriteriet om den lige så effektive konkurrent ikke udvides til at omfatte adfærd, der ikke vedrører priskonkurrence, idet det ifølge Kommissionens prioriteringsmeddelelse oprindeligt var beregnet på denne form for adfærd¹¹⁴. Udsagn i retspraksis, der kan give anledning til misforståelser i så henseende, bør efter min opfattelse præciseres, eller endog korrigeres¹¹⁵.

198. Den kritiserede adfærd har ingen forbindelse med priskonkurrence. Retten kunne derfor uden at begå retlige fejl fastslå, at Kommissionen ikke var forpligtet til at anvende kriteriet om den lige så effektive konkurrent på de konkurrerende sammenligningstjenester eller tilsvarende hypotetiske konkurrenter med henblik på at kunne fastslå, at denne adfærd havde potentielle udelukkelsesvirkninger til skade for disse.

199. Det fjerde appelanbringende er følgelig ugrundet og skal ligeledes forkastes.

F. Foreløbig konklusion

200. Det følger af det ovenstående, at de fire appelanbringender og dermed appellen i sin helhed skal forkastes.

V. Sagsomkostninger

201. Følgelig træffer Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 184, stk. 2, afgørelse om sagsomkostningerne.

202. I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i henhold til samme reglements artikel 184, stk. 1, finder anvendelse på appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen og de parter, der har interveneret til støtte for Kommissionen, har nedlagt påstand herom, bør appellanterne pålægges hver at bære deres egne omkostninger og betale de med appelsagen forbundne omkostninger samt de til støtte for Kommissionen indtrådte intervenienters omkostninger.

203. I medfør af procesreglementets artikel 140, stk. 1 og 2, der finder tilsvarende anvendelse i appelsager, bærer de medlemsstater og EFTA-Tilsynsmyndigheden, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. I øvrigt kan Domstolen i henhold til procesreglementets artikel 184,

¹¹² – Dom af 6.10.2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651, præmis 57-61), af 12.5.2022, Servizio Elettrico Nazionale m.fl. (C-377/20, EU:C:2022:379, præmis 81 og 82), og af 19.1.2023, Unilever Italia Mkt. Operations (C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 56-58); jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, punkt 61, 63 og 71-74).

¹¹³ – Jf. modsætningsvist dom af 6.9.2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 141).

¹¹⁴ – Jf. punkt 23 ff. i Meddelelse fra Kommissionen – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af [artikel 102 TEUF] på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd (EUT 2009, C 45, s. 7). Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:343, punkt 59 og 60).

¹¹⁵ – Dom af 19.1.2023, Unilever Italia Mkt. Operations (C-680/20, EU:C:2023:33, præmis 59).

stk. 4, kun bestemme, at en intervenient i første instans, som ikke selv har iværksat appel, skal bære sine egne omkostninger, hvis den pågældende har deltaget i den skriftlige eller den mundtlige del af retsforhandlingerne for Domstolen.

204. Følgelig bør det fastslås, at EFTA-Tilsynsmyndigheden bærer sine egne omkostninger. Henset til punkt 5 i den appellerede doms konklusion er det ikke nødvendigt at træffe en afgørelse om omkostninger for så vidt angår Forbundsrepublikken Tyskland, der ikke har deltaget i appelsagen.

205. I henhold til procesreglementets artikel 140, stk. 3, der finder tilsvarende anvendelse i appelsager, kan Domstolen træffe afgørelse om, at andre intervenienter end de i stk. 1 og 2 nævnte hver skal bære deres egne omkostninger. Da CCIA har støttet de tabende appellanternes anbringender, bør CCIA pålægges at bære sine egne omkostninger.

VI. Forslag til afgørelse

206. På grundlag af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Appellen forkastes.
- 2) Google LLC og Alphabet Inc. bærer hver deres egne omkostninger og betaler de med appelsagen forbundne omkostninger samt de omkostninger, der er afholdt af Europa-Kommissionen, Den Europæiske Forbrugerorganisation (BEUC), Infederation Ltd, Verband Deutscher Zeitschriftenverleger eV, BDZV – Bundesverband Digitalpublisher und Zeitungsverleger eV, Visual Meta GmbH, Twenga og Kelkoo.
- 3) EFTA-Tilsynsmyndigheden og Computer & Communications Industry Association bærer hver deres egne omkostninger.«