

**EGEN-FAVORISERING – EN NY TEORI OM MISBRUG AF DOMI-  
NERENDE STILLING UNDER ARTIKEL 102 I TEUF?**

---

**SELF-PREFERENCING – A NEW THEORY OF ABUSE OF DOMI-  
NANT POSITION UNDER ARTICLE 102 TFEU?**

Forfatter:

Betina Vidriksen  
01/03/1989  
Cand.jur 10 semester

**Kandidatspeciale**

Antal anslag:  
139.996

Vejleder:

Jesper Kruse Markvart  
Ekstern lektor  
Juridisk Institut

## TRO OG LOVE ERKLÆRING

*Det erklæres herved på tro og love, at undertegnede egenhændigt og selvstændigt har udformet denne rapport. Alle citater i teksten er markeret som sådanne, og rapporten eller væsentlige dele af den har ikke tidligere været fremlagt i anden bedømmelsessammenhæng.*



---

Betina Vidriksen

## ABSTRACT

Ever since the European Commission (the Commission) in 2010 initiated investigations of alleged antitrust violations by Google, the EU competition law community has been profoundly divided. Some have argued that Google clearly abused its dominant position on the market for general search services by favouring its own comparison shopping services, at the expense of competing comparison shopping services. Others have argued that Google's conduct merely was a text-book example of vertical integration, allowed and incited by competition law. The Commission, in its largely atypical decision of 2017, took side with the former.

The character of Google's conduct, so-called 'self-preferencing', is the topic of this thesis. As such, the thesis analyses the decision of the Commission in the *Google Search (Shopping)* case to establish the test applied by the Commission for it to find that Google had infringed art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

Subsequently, having identified five elements essentially relied on by the Commission in its decision, the thesis considers Google's self-preferencing in the broader context of EU competition law. While self-preferencing is not found to fit perfectly within the well-established categories of abuse under art. 102 of the TFEU, some resemblance does indeed exist between self-preferencing and refusal to supply, margin squeeze and discrimination, respectively.

Considering self-preferencing in a broader context than the specific case of *Google Search (Shopping)*, the thesis contemplates the compatibility of self-preferencing with the fundamental aims of the EU competition law regime. Essentially, the thesis finds that self-preferencing, as a rule, should be subject to a modified per se presumption of legality. Nonetheless, it is argued that online platforms to some extent have a special responsibility, requiring a stricter assessment of self-preferential conduct.

For the determination of unlawful self-preferencing, inspiration is sought in the somewhat alike characteristics of refusal to supply in the *Commercial Solvents* case. While the Commission did not adopt the general criterion of indispensability when examining the conduct of Google, in a general sense, arguably, indispensability should be part of the test for assessing self-preferencing conduct. Notably, in addition to the criteria in *Commercial Solvents*, it is found suitable to require that the conduct in question may reduce consumer welfare.

# INDHOLDSFORTEGNELSE

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>1</b> | <b>INDLEDNING</b> .....   | <b>1</b>  |
| 1.1      | INTRODUKTION.....   | 1         |
| 1.2      | PROBLEMFORMULERING.....   | 2         |
| 1.3      | AFGRÆNSNING .....   | 2         |
| 1.4      | METODE.....   | 3         |
| 1.5      | STRUKTUR .....  | 8         |
| <b>2</b> | <b>FORBUDET MOD MISBRUG AF DOMINERENDE STILLING</b> .....             | <b>8</b>  |
| 2.1      | BESTEMMELSENS BAGGRUND, FORMÅL OG ANVENDELSESOMRÅDE.....              | 8         |
| 2.2      | BESTEMMELSENS ÅBNE FORMULERING OG PRINCIPPET OM RETSSIKKERHED .....   | 10        |
| 2.3      | BESTEMMELSEN I PRAKSIS .....  | 11        |
| 2.3.1    | <i>Begrebet 'misbrug af dominerende stilling'</i> .....               | 11        |
| 2.3.2    | <i>Konkurrence på ydelser</i> .....                                   | 12        |
| 2.3.3    | <i>Dominerende virksomheders særlige forpligtelse</i> .....           | 13        |
| 2.3.4    | <i>Lige muligheder</i> .....  | 14        |
| <b>3</b> | <b>CENTRALE BEGREBER</b> .....  | <b>14</b> |
| 3.1      | VERTIKAL INTEGRATION.....   | 14        |
| 3.2      | ONLINE PLATFORME – OG DERES DOBBELTROLLE .....                        | 16        |
| 3.3      | EGEN-FAVORISERING .....   | 17        |
| <b>4</b> | <b>GOOGLE SEARCH (SHOPPING)</b> .....                                 | <b>17</b> |
| 4.1      | SAGENS FAKTUELLE OMSTÆNDIGHEDER .....                                 | 18        |
| 4.2      | KOMMISSIONENS AFGØRELSE .....   | 19        |
| 4.2.1    | <i>Markedsafgrænsningen og Googles dominerende stilling</i> .....     | 20        |
| 4.2.2    | <i>Kommissionens misbrugsteori</i> .....                              | 20        |
| 4.2.3    | <i>Et bud på Kommissionens test</i> .....                             | 32        |
| <b>5</b> | <b>GOOGLE SEARCH (SHOPPING) HOLDT OP IMOD TIDLIGERE PRAKSIS</b> ..... | <b>33</b> |
| 5.1      | RETSPRAKSIS.....  | 33        |
| 5.1.1    | <i>Leveringsnægtelse</i> .....  | 34        |
| 5.1.2    | <i>Implicit leveringsnægtelse</i> .....                               | 43        |
| 5.1.3    | <i>Diskrimination</i> .....   | 45        |
| 5.2      | EN NY TEST? .....   | 47        |
| <b>6</b> | <b>BØR EGEN-FAVORISERING FORBYDES?</b> .....                          | <b>48</b> |
| 6.1      | FAVORISERING AF EGEN VIRKSOMHED – 'EVERYDAY BUSINESS' .....           | 48        |

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| 6.2      | EGEN-FAVORISERING – MISBRUG I KONKURRENCERETLIG FORSTAND? ..... | 49        |
| 6.3      | EGEN-FAVORISERING – EN ALTERNATIV ART LEVERINGSNÆGTELSE? .....  | 51        |
| 6.4      | EN SÆRLIG FORPLIGTELSE FOR ONLINE PLATFORME .....               | 54        |
| 6.4.1    | <i>Rækkevidden af Google Search (Shopping)</i> .....            | 54        |
| 6.4.2    | <i>Online platforme – noget særligt?</i> .....                  | 56        |
| 6.5      | DEN NYE FORORDNING.....   | 57        |
| 6.6      | ET FORBUD MOD EGEN-FAVORISERING? .....                          | 58        |
| 6.7      | BETINGELSER FOR AT FORBYDE EGEN-FAVORISERING .....              | 59        |
| <b>7</b> | <b>KONKLUSION</b> .....   | <b>62</b> |
| <b>8</b> | <b>KILDELISTE</b> .....   | <b>64</b> |
| 8.1      | RETSAKTER OG NATIONAL LOVGIVNING .....                          | 64        |
| 8.2      | DOMME .....   | 65        |
| 8.3      | AFGØRELSER .....  | 74        |
| 8.4      | SOFT LAW .....  | 74        |
| 8.5      | LITTERATUR .....  | 75        |
| 8.5.1    | <i>Bøger</i> .....  | 75        |
| 8.5.2    | <i>Artikler</i> .....   | 77        |
| 8.5.3    | <i>Blogindlæg og rapporter</i> .....                            | 81        |
| 8.6      | PRESSEMEDDELELSER, HJEMMESIDER, MV. ....                        | 82        |

# 1 INDLEDNING

## 1.1 INTRODUKTION

De bliver kaldt ”*the Big Four*” – Google, Amazon, Facebook og Apple. De har bragt forbrugerne innovative løsninger og EU-konkurrencemyndighederne nye og væsentligt anderledes udfordringer.

I 2018 opererede de 10 største virksomheder målt på markedsværdi i den digitale sektor, heriblandt ”*the Big Four*”.<sup>2</sup> I jagten på nye forretningsmuligheder og værdiskabelse for forbrugerne søger online platforme ofte at blive såkaldte ”*multi-business corporate ecosystems*”, hvor forbrugerne tilbydes en ”*one-stop-shopping*” med adgang til adskillige produkter og services det samme sted.<sup>3</sup> Herved bliver store platforme de nye ’gateways’ gennem hvilke forbrugere og virksomheder anvender internettet.<sup>4</sup>

Platformenes altomfavnende markedserobringer er dog ikke uden konkurrenceretlige betæneligheder. Således er konkurrence i traditionel forstand, hvor et stort antal virksomheder konkurrerer, i faldende grad realiteten i den digitale økonomi, hvor der ses en tendens til markeds-koncentration med få eller en enkelt dominerende virksomhed.<sup>5</sup>

De konkurrenceretlige aspekter er særligt blevet aktualiseret med Kommissionens afgørelse i *Google Search (Shopping)*, hvor Kommissionen fandt, at Googles favorisering af Googles egen prissammenligningstjeneste, *Google Shopping*, i forhold til konkurrerende prissammenligningstjenester på Googles generelle søgesider var i strid med art. 102 i Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF). I afgørelsen – som Google har anket<sup>6</sup> – blev Google pålagt en bøde på ikke mindre end 2,42 milliarder euro – den på daværende tidspunkt største bøde udstedt af Kommissionen for misbrug af markedsdominans.<sup>7</sup>

Afgørelsen har skabt intens debat blandt akademikere, der ikke kun er uenige om, hvilken kategori af misbrug, der bedst beskriver Googles adfærd, men ligeledes om hvorvidt en sådan adfærd over-

---

<sup>1</sup> Faria og Lima (2020), s. 145

<sup>2</sup> Crémer m.fl. (2019), s. 13; Csurgai-Horváth (2020), s. 68

<sup>3</sup> Csurgai-Horváth (2020), s. 68

<sup>4</sup> Crémer m.fl. (2019), s. 13

<sup>5</sup> Faria og Lima (2020), s. 145;

<sup>6</sup> Sag T-612/17 – Google and Alphabet [2017] OJ C369, s. 37

<sup>7</sup> Se *Google Search (Shopping)* (2017), artikel 1-3; Vesterdorf og Fountoukakos (2018), s. 3

hovedet bør kvalificeres som misbrug. Det har således til eksempel været fremført, at Kommissionen synes at have udviklet en *”novel and unprecedented theory of harm of ‘favouring’*”.<sup>8</sup> Sagen er ikke kun interessant for akademikere, men for EU-konkurrenceretten som helhed. Den siddende konkurrencekommissær, Margrethe Vestager, har således udtalt, at afgørelsen *”is a precedent which establishes the framework for the assessment of the legality of this type of conduct.”*<sup>9</sup>

Med divergerende opfattelser af afgørelsens indhold, korrekthed såvel som rækkevidde har denne afhandling til formål at skabe klarhed over sådan egen-favorisering under art. 102 i TEUF.

## 1.2 PROBLEMFORMULERING

*Kunne egen-favorisering forbydes under de på beslutningstidspunktet eksisterende juridiske tests under art. 102 i TEUF eller har Kommissionen udviklet en ny test for misbrug med sin afgørelse i Google Search (Shopping)-sagen, og i givet fald, hvad er da indholdet af denne test? Bør egen-favorisering forbydes og hvis ja, da under hvilke betingelser?*

## 1.3 AFGRENSNING

Denne afhandling er placeret inden for og afgrænset til de EU-retlige konkurrenceregler med fokus på forbuddet mod virksomheders brug af en dominerende stilling i art. 102 i TEUF. Følgelig er juridiske bidrag fra andre lande udeladt.

Afhandlingen vil alene behandle selve misbrugsbegrebet i art. 102 i TEUF, og alene i det omfang det bidrager til at belyse den juridiske test anvendt af Kommissionen i *Google Search (Shopping)*. Det er således uden for afhandlingens formål at redegøre for samtlige eksisterende kategorier af misbrug under art. 102 og dertilhørende juridiske tests.

Endvidere falder det uden for afhandlingens formål at behandle de øvrige kriterier for at art. 102 finder anvendelse. Der vil følgelig ikke blive kommenteret på definitionen af en *virksomhed* eller kriteriet om *samhandelspåvirkning*. Det vil ganske kort blive berørt, hvad der skal forstås ved *dominans*, men hverken den af Kommissionen foretagne markedsafgrænsning eller konstatering af Googles dominerende stilling vil blive vurderet.

Ligeledes falder det uden for afhandlingens formål at behandle selve håndhævelsen af art. 102 i TEUF.

---

<sup>8</sup> Vesterdorf og Fountoukakos (2018), s. 3

<sup>9</sup> Kom. Pressemeddelelse af 27. juni 2017

Konkurrenceretten er i høj grad baseret på økonomiske teorier,<sup>10</sup> men økonomiske teorier vil kun blive inddraget i det omfang, det bidrager til at belyse og kvalificere de juridiske tests og konsekvenserne af forskellige tiltag.

#### 1.4 METODE

Besvarelse af afhandlingens problemformulering giver anledning til en række metodiske overvejelser. Overordnet baseres afhandlingen på den retsdogmatiske metode, idet formålet først og fremmest er at systematisere, beskrive og analysere gældende ret; *de lege lata*.<sup>11</sup> Opfattelsen af gældende ret forstås i overensstemmelse med prognoseteorien som oprindeligt formuleret af Alf Ross, hvorefter en påstand om hvad der er gældende ret karakteriseres ved at forudberegne det retsgrundlag, som en tilsvarende fremtidig sag vil blive afgjort ud fra, dvs. en forudsigelse (prognose) om, hvilke retsregler og hvilken forståelse heraf domstolene vil inddrage i deres afgørelse.<sup>12</sup> Den retsdogmatiske kendsgerning der beskrives ved gældende ret fastslås ved at udforske retskilderne.<sup>13</sup> Til indkredsning af gældende ret tager specialet således udgangspunkt i retssystemets to hovedretskilder; retsfor skrifter og retlige afgørelser.<sup>14</sup>

For at kunne analysere om Kommissionens afgørelse i *Google Search (Shopping)* har ændret på gældende ret, beskrives først grundlæggende EU-konkurrenceretlige aspekter om art. 102 i TEUF, ligesom afgørelsen efterfølgende sammenholdes med tidligere EU-retlige afgørelser. Endeligt diskuteres og vurderes hensigtsmæssigheden af at forbyde egen-favorisering i et EU-konkurrenceretligt perspektiv. Hvorimod afhandlingens første del således baseres på *de lege late*, involveres særligt i afhandlingens sidste del *de lege ferenda*-betragtninger. Denne rækkefølge i undersøgelsen er kun naturlig, idet kendskab til *de lege lata* er en forudsætning for at kunne frembringe kvalificerede *de lege ferenda*-betragtninger.<sup>15</sup>

Da de i afhandlingen inddragne kilder er sproglige tekster, vil analysen fortrinsvis tage form som ordlydsfortolkning, som suppleres af formålsfortolkning af de forskellige bestemmelser og præmisser, hvilket indebærer inddragelse af henholdsvis formål og den kontekst hvori sådanne er givet.

---

<sup>10</sup> Daniel m.fl. (2011), s. 688

<sup>11</sup> Blume (2014), s. 40 f.

<sup>12</sup> Ross (1953), s. 55

<sup>13</sup> UfR.2014B.45

<sup>14</sup> Blume (2014), s. 56

<sup>15</sup> Tvarnø og Nielsen (2013), s. 28



Da retsgrundlaget for afhandlingen er de EU-retlige konkurrenceregler, er det relevant ganske kort at gøre sig nogle metodiske overvejelser om relevansen af disse i en dansk kontekst. EU-konkurrencereglerne er, ligesom resten af EU-retten, en del af gældende ret i Danmark,<sup>16</sup> og der er sket en harmonisering af de danske konkurrenceregler med EU-konkurrencereglerne.<sup>17</sup> Derudover er det af EU-Domstolen fastslået, at EU-retten har forrang frem for national ret,<sup>18</sup> ligesom national ret i videst muligt omfang skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten.<sup>19</sup> Følgelig kan der ikke være tvivl om, at EU-konkurrencereglerne er yderst relevante i en dansk kontekst.

EU-konkurrencerettens retskilder findes i traktaterne, som er primær EU-ret, og den afledte ret samt praksis fra Kommissionen og EU-Domstolen.<sup>20</sup> Hertil belyses gældende ret ofte ved inddragelse af relevant og beskrivende litteratur. Samtlige disse typer af retskilder vil blive anvendt i afhandlingen, om end i varierende omfang, hvorfor den retskildemæssige værdi af de forskellige kilder kort bør overvejes.

Afhandlingens primære EU-ret består navnlig i art. 102 i TEUF. Derudover vil der blive anvendt domme fra EU-Domstolen, bestående af Retten i første instans og Domstolen.<sup>21</sup> Afgørelser er alene bindende for adressaten,<sup>22</sup> og udgør således ikke generelle retsakter.<sup>23</sup> Alligevel har EU-Domstolen haft stor retsskabende betydning, da EU-Domstolen ofte kommer med generelle betragtninger, hvilket skal ses i sammenhæng med reglerne om præjudicielle spørgsmål, hvorefter de nationale domstole har ret (og i et vist omfang pligt) til at foretage præjudicielle forelæggelser for EU-Domstolen, som er kompetent til at fortolke traktaterne og andre EU-retsakter.<sup>24</sup> Henset til toinstansprincippet er det således Domstolen der endeligt og bindende fortolker EU-retten, herunder EU-konkurrencereglerne.<sup>25</sup> Følgelig har domme fra EU-Domstolen, særligt domme fra Domstolen, en høj præjudikatsværdi og må anses for yderst relevante retskilder.

---

<sup>16</sup> Ved Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og efterfølgende traktaterne om Den Europæiske Union, se Tiltrædelsesloven (1972) samt Amsterdam-traktaten (1997) og Maastricht-traktaten (1992)

<sup>17</sup> Se Konkurrenceloven

<sup>18</sup> *Costa mod ENEL* (1964)

<sup>19</sup> *Von Colson og Kamann* (1984)

<sup>20</sup> Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 23

<sup>21</sup> TEU, art. 19; TEUF, art. 256, stk. 1

<sup>22</sup> TEUF, art. 288, stk. 4

<sup>23</sup> Daniel m.fl. (2011), s. 284

<sup>24</sup> TEUF, art. 267, stk. 1 og art. 256, stk. 3

<sup>25</sup> Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 28

I begrænset omfang inddrages endvidere generaladvokaters forslag til Domstolens afgørelser.<sup>26</sup> Domstolen er ikke bundet af en generaladvokats forslag, men hvor Domstolen har fulgt et sådant, må det tillægges en vis retskildemæssig værdi.<sup>27</sup>

Da afhandlingen i al væsentlighed vedrører Kommissionens afgørelse i *Google Search (Shopping)*, og da der herudover inddrages visse øvrige Kommissionsafgørelser, er det relevant at overveje den retskildemæssige værdi af sådanne. Indledningsvis skal det bemærkes, at Kommissionen er EU's konkurrencemyndighed og den primære håndhæver af EU-konkurrencereglerne<sup>28</sup> men håndhævelsen sker under kontrol fra EU-Domstolen.<sup>29</sup> Følgelig har Kommissionsafgørelser ikke en lige så høj retskildemæssig værdi som domme fra EU-Domstolen. Alligevel tillægges Kommissionsafgørelser stor betydning, og det anføres i litteraturen, at Kommissionen har en central rolle i håndhævelsen af reglerne og sågar også i udviklingen heraf.<sup>30</sup> Det sidste skal ses i sammenhæng med, at Kommissionen har kompetence til at tage initiativ til ny EU-regulering.<sup>31</sup>

Kommissionsafgørelser er af hensyn til ensartet anvendelse af EU-konkurrenceretten i medfør af Forordning nr. 1/2003 bindende for nationale domstole og konkurrencemyndigheder,<sup>32</sup> der sammen med Kommissionen har kompetence til at håndhæve EU-konkurrencereglerne.<sup>33</sup> Det betyder at danske domstole og danske konkurrencemyndigheder ikke kan træffe afgørelser i strid med Kommissionsafgørelser.<sup>34</sup> Forordninger er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat,<sup>35</sup> hvilket betyder, at Forordning nr. 1/2003 skal anvendes som en national dansk lov uden gennemførselsforanstaltninger.

I afhandlingen inddrages endvidere meddelelser fra Kommission, særligt Kommissionens vejledning om håndhævelsen af art. 102 på dominerende virksomheders ekskluderende adfærd (herefter

---

<sup>26</sup> TEUF, art. 252

<sup>27</sup> Daniel m.fl. (2011), s. 300

<sup>28</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 94

<sup>29</sup> TEUF, art. 261; Forordning nr. 1/2003, art. 31

<sup>30</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 94

<sup>31</sup> *id.*, s. 893; TEU, art. 17

<sup>32</sup> Forordning nr. 1/2003, art. 16

<sup>33</sup> *id.*, art. 4-6

<sup>34</sup> *id.*, art. 16

<sup>35</sup> TEUF, art. 288, stk. 2

”Kommissionens Vejledning”). Kommissionens meddelelser betegnes *soft law*,<sup>36</sup> idet de ikke er bindende, men alene har en vejledende karakter.<sup>37</sup> EU-Domstolen har imidlertid fastslået, at meddelelserne kan udgøre praktiske regler, som Kommissionen ikke uden begrundelse i princippet om ligebehandling og berettigede forventninger kan afvige fra i den enkelte sag.<sup>38</sup> Således spiller disse meddelelser en ikke ubetydelig rolle i EU-konkurrenceretten og må anses for et vigtigt fortolkningsbidrag.<sup>39</sup>

De i afhandlingen behandlede domme og afgørelser er udvalgt ud fra en række kriterier med det formål at sikre inddragelse af for besvarelse af problemformuleringen relevant praksis med en høj retskildemæssig værdi.

For at sikre indholdsmæssig relevans er der lagt vægt på, hvilke afgørelser Kommissionen har henvist til i sin afgørelse i *Google Search (Shopping)*. Endvidere er det blevet tillagt vægt, hvilke afgørelser der er omtalt i den akademiske debat vedrørende efterforskningen af Google og sidenhen offentliggørelsen af Kommissionens afgørelse. Disse to kriterier betyder, at der er inddraget afgørelser, som Kommissionen *har* støttet sin afgørelse på samt afgørelser som Kommissionen måske *kunne* have støttet sin afgørelse på – med det formål at sammenholde Kommissionens afgørelse med tidligere relevant praksis.

For at sikre en høj retskildemæssig værdi er den afsigende instans, afgørelsernes anerkendelse i senere afgørelser og blandt akademikere samt til dels afgørelsernes alder blevet tillagt vægt ved udvælgelsen. Det første af disse kriterier betyder, at domme fra EU-Domstolen, særligt Domstolen, er prioriteret frem for Kommissionsafgørelser.

Det andet af disse kriterier betyder, at domme der ofte er citeret i senere afgørelser og i litteraturen (og dermed anerkendt af EU-Domstolen og akademikere) er prioriteret. Herved forstås særligt, at domme der har udviklet en efterfølgende gentaget og opretholdt test og således generelt anses for at være ’originale’ er prioriteret inddraget.

Det tredje og sidste af disse kriterier betyder, at nyere domme til dels er prioriteret ud fra *lex posterior* betragtninger. Det bemærkes i den henseende, at nyere afgørelser ikke alene på baggrund af det

---

<sup>36</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 108; Daniel m.fl. (2011), s. 687

<sup>37</sup> TEUF, art. 288, stk. 5

<sup>38</sup> Se f.eks. *Dansk Rørindustri* (2005), præmis 209-213; *Expedia* (2012), præmis 28; *Ziegler* (2013), præmis 60

<sup>39</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 108; Daniel m.fl. (2011), s. 687

tidsmæssige perspektiv opfattes som havende en højere præjudikatsværdi end ældre domme. Særligt to elementer understøtter dog berettigelsen af dette kriterie: Først og fremmest har nyere domme i høj grad fortolket og anvendt kriterier og tests fra de under det andet kriterie udvalgte afgørelser og kan således præcisere og afklare sådannes indhold. For det andet reflekterer nyere afgørelser i højere grad samfundsudviklingen, hvilket er særligt relevant for nærværende formål, der i høj grad omhandler digitale markeder.

Samlet betyder kriterierne, at de inddragne domme spænder over en lang årrække, fra domme der har knæsat nogle generelle principper, f.eks. *Commercial Solvents*<sup>40</sup> og *Bronner*<sup>41</sup>, til nyere domme, der har fortolket på disse principper, f.eks. *Microsoft*<sup>42</sup>.

Bidrag fra litteraturen er anvendt med det in mente, at der er tale om sekundære kilder, dvs. forfatterens fortolkninger af de primære kilder. Litteraturen kan dog i høj grad bruges til at tyde og udfylde de primære retskilder og herved bidrage til den juridiske forståelse og diskussion. Der er både i forhold til de valgte artikler og bøger foretaget en prioritering af nyere udgivelser for at sikre aktualitet. Endvidere er der lagt vægt på at inddrage forskellige akademikere for at sikre, at afhandlingen ikke farves af en enkelt akademikers holdninger. Yderligere er værdien og troværdigheden af særligt de inddragne artikler søgt sikret ved fortrinsvis at anvende artikler fra anerkendte tidsskrifter.

Det er dog værd at bemærke, at en del artikler er sponsoreret, hvilket i afhandlingen er søgt udlignet ved at anvende artikler sponsoreret af Google såvel som artikler sponsoreret af Googles konkurrenter og klagere i *Google Search (Shopping)*.

Der vil endvidere blive henvist til indlæg på blogs, men kun fra anerkendte akademikere og med det forbehold, at akademikere udtrykker sig mere frit på en blog end i en artikel eller en bog.

Når der henvises til traktaterne, praksis og øvrige retskilder vil det i videst muligt omfang ske på dansk, da dansk er et af EU's officielle sprog,<sup>43</sup> idet det dog erindres, at indholdet af retskilderne skal forstås i sammenhæng med alle sprogversioner.

---

<sup>40</sup> *Commercial Solvents* (1974)

<sup>41</sup> *Bronner* (1998)

<sup>42</sup> *Microsoft* (2007)

<sup>43</sup> TEUF, art. 342 og Forordning nr. 1/1958

Af hensyn til ensartethed og overskuelighed i afhandlingen refereres i domscitater alene til art. 102 trods bestemmelsens tidligere placeringer i artiklerne 82 og 86, da ordlyden er forblevet uændret.

De to begreber, uundværlighed og absolut nødvendig, anvendes synonymt.

## 1.5 STRUKTUR

Indledningsvist vil forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling blive overvejet i **afsnit 2**. For at kunne sætte art. 102 i TEUF i kontekst inddrages overvejelser om bestemmelsens baggrund, formål, formulering, praksis, mv.

Dernæst følger en kort introduktion til begreber, der er centrale for afhandlingen i **afsnit 3**.

Efterfølgende foretages i afsnit 4 en analyse af Kommissionens afgørelse i *Google Search (Shopping)*. Analysen søger at besvare, hvilken test Kommissionen anvendte i afgørelsen.

Herefter sammenholdes *Google Search (Shopping)* med tidligere praksis i **afsnit 5**, for herved at kunne fastslå, om Kommissionens test var ny.

På baggrund af de forudgående afsnit søger **afsnit 6** at vurdere, om egen-favorisering generelt bør forbydes og i givet fald under hvilke betingelser. Diskussionen inddrager generelle betragtninger om reglernes formål, online platformes særlige karakteristika såvel som konkrete overvejelser støttet på *Google Search (Shopping)*. I denne forbindelse inddrages endvidere betydningen af en ny forordning om fremme af retfærdighed og gennemsigtighed for brugere af onlineformidlingstjenester.

Til sidst konkluderes på afhandlingen i **afsnit 7**.

## 2 FORBUDET MOD MISBRUG AF DOMINERENDE STILLING

### 2.1 BESTEMMELSENS BAGGRUND, FORMÅL OG ANVENDELSESOMRÅDE

Art. 102 i TEUF er en del af EU's konkurrenceregler. Mens det er uden for rammerne af nærværende afhandling at redegøre for formålet med EU, er det nyttigt at erindre, at et af kerneformålene med EU i henhold til Traktaten om den Europæiske Union (TEU) er oprettelsen af et indre marked,<sup>44</sup> der i TEUF beskrives som et "område uden indre grænser med fri bevægelighed".<sup>45</sup> Konkurrencereglerne har en central funktion i henhold til oprettelsen og opretholdelsen af et indre marked, idet

---

<sup>44</sup> TEU, art. 3, stk. 3

<sup>45</sup> TEUF, art. 26

konkurrencereglerne – som supplement til forbuddet mod at medlemsstaterne hindrer den fri bevægelighed<sup>46</sup> – skal forhindre, at virksomheder opbygger barrierer, som hindrer den fri bevægelighed.<sup>47</sup>

Endvidere fremgår det af art. 119 i TEUF, at EUs økonomiske politik *”føres i overensstemmelse med princippet om en åben markedsøkonomi med fri konkurrence”*, ligesom det indre marked, ifølge den i traktaterne integrerede Protokol nr. 27,<sup>48</sup> *”omfatter et system, der sikrer, at konkurrencen ikke forvrides”*.<sup>49</sup> Uanset at EU-konkurrencereglerne ikke har nogen eksplicit formålsbestemmelse, må det grundlæggende formål med reglerne således være at sikre et integreret indre marked med en ufordrejet konkurrence i en fri markedsøkonomi.<sup>50</sup>

Et af de primære formål med art. 102 anses af Kommissionen som beskyttelse af *forbrugervelfærd*. Kommissionen anfører bl.a. i dennes Vejledning, at den vil *”koncentrere sig om de former for adfærd, der er mest skadelige for forbrugerne”*.<sup>51</sup>

Et andet af de primære formål anser Kommissionen som beskyttelse af *økonomisk effektivitet*, idet Kommissionen endvidere anfører i Vejledningen, at *”det er vigtigt at beskytte en effektiv konkurrence og ikke blot beskytte konkurrenterne”*.<sup>52</sup>

Et tredje af de primære formål er ifølge EU-Domstolen at opretholde en *effektiv konkurrencestruktur*,<sup>53</sup> hvilket også betegnes beskyttelse af *økonomisk frihed*.<sup>54</sup> Således har Domstolen fastslået, at art. 102 ikke blot omhandler *”adfærd, der kan medføre umiddelbar skade for forbrugerne, men også adfærd, som medfører skade for dem ved at ramme en effektiv konkurrencestruktur”*.<sup>55</sup> Domstolen har endvidere fastslået at EU-konkurrencereglerne ikke kun har *”til formål at beskytte konkurrenters eller forbrugeres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte strukturen på markedet og dermed konkurrencen som sådan.”*<sup>56</sup>

---

<sup>46</sup> Som findes i TEUF, art. 28-65

<sup>47</sup> Fejø og Ølykke (2014), s. 21-22

<sup>48</sup> TEU, art. 51

<sup>49</sup> Protokol nr. 27

<sup>50</sup> Daniel m.fl. (2011), s. 685; Jones og Sufrin (2016) s. 2, 34

<sup>51</sup> Kom. Vejledning, pkt. 5

<sup>52</sup> *id.*, pkt. 6

<sup>53</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 40-42

<sup>54</sup> Heide-Jørgensen (2009), s. 545

<sup>55</sup> *Continental Can* (1973), præmis 26; *TeliaSonera* (2011), præmis 24; *GlaxoSmithKline* (2008), præmis 68

<sup>56</sup> *T-Mobile* (2009), præmis 38

I tillæg hertil anføres *fairness* af og til som endnu et (primært) formål.<sup>57</sup>

Grundlæggende håndterer art. 102 i TEUF markedsdominans og finder derfor anvendelse på virksomheder, der har en dominerende stilling.<sup>58</sup> Opnåelsen af en dominerende stilling kan imidlertid være udtryk for at virksomheden opererer effektivt på markedet, hvorfor det afgørende kriterium for at gribe ind over for dominerende virksomheds markedsadfærd er selve misbruget.<sup>59</sup> Bestemmelsen forbyder derfor virksomheders *misbrug* af en dominerende stilling, men ikke i sig selv det at *have* eller *opnåelsen* af en dominerende stilling.<sup>60</sup>

Helt overordnet kan der skelnes mellem *udnyttende* misbrug, hvor den dominerende virksomhed udnytter sin dominans til direkte at skade forbrugernes velfærd, og *ekskluderende* misbrug, hvor den dominerende virksomhed marginaliserer eller eliminerer konkurrenter for at opretholde eller styrke sin markedsmagt og som indirekte skader forbrugernes velfærd.<sup>61</sup> Nogle tilføjer *diskriminerende* misbrug som en tredje overordnet kategori.<sup>62</sup>

## 2.2 BESTEMMELSENS ÅBNE FORMULERING OG PRINCIPPET OM RETSSIKKERHED

Til belysning af hvad der udgør et misbrug efter art. 102 i TEUF må bestemmelsens ordlyd først og fremmest overvejes:

*‘En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.*

*Misbrug kan især bestå i:*

*a) direkte eller indirekte påtvungelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser*

*b) begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling til skade for forbrugerne*

---

<sup>57</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 35

<sup>58</sup> *id.*, s. 258; Fejø og Ølykke (2014), s. 288

<sup>59</sup> Fejø og Ølykke (2014), s. 291

<sup>60</sup> Kom. Vejledning, pkt. 1. Se f.eks. også *Michelin* (1983), præmis 57

<sup>61</sup> Kom. Vejledning, pkt. 6-7; Jones og Sufrin (2016), s. 351

<sup>62</sup> Nazzini (2016), s. 11; Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 536

c) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

d) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrabenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelsædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.”

Mens bestemmelsen fastslår, at misbrug er forbudt, defineres det ikke, hvad der skal forstås ved sådant misbrug. En vis vejledning gives dog af den efterfølgende opstilling af adfærd, der i særdeleshed vil blive anset for misbrug. Ordvalget *”misbrug kan især bestå i”* indikerer, som bekræftet i retspraksis,<sup>63</sup> at opstillingen ikke er udtømmende, men alene udgør karakteristiske eksempler. Netop fraværet af en udtømmende liste er et væsentligt træk ved bestemmelsen, der sikrer afgørende fleksibilitet og gør bestemmelsen anvendelig til håndtering af nye typer af misbrug.<sup>64</sup>

Bestemmelsens åbne formulering bevirker imidlertid ikke, at dominerende virksomheder er pålagt et åbent ansvar. Det generelle og overordnede EU-retlige princip om retssikkerhed sætter grænser herfor.<sup>65</sup> Princippet om retssikkerhed medfører, at en dominerende virksomhed med en rimelig grad af sikkerhed skal kunne vurdere lovligheden af dens praksis.<sup>66</sup> På denne baggrund er det i litteraturen anført, at princippet stiller krav om tilstrækkeligt klare juridiske principper og regler samt at retspraksis udvikler sig i overensstemmelse hermed.<sup>67</sup>

## 2.3 BESTEMMELSEN I PRAKSIS

For nærværende afhandlings formål er det relevant ganske kort at belyse begrebet misbrug af dominerende stilling i praksis, samt de ofte anvendte begreber ’konkurrence på ydelser’, dominerende virksomheders ’særlige forpligtelse’ og ’lige muligheder’ for alle i konkurrencen.

### 2.3.1 Begrebet ’misbrug af dominerende stilling’

Startende med begrebet dominerende stilling, er der tale om et juridisk begreb baseret på det økonomiske begreb markedsmagt. Som fastslået af EU-Domstolen i *United Brands* og bekræftet i senere

---

<sup>63</sup> Se *Continental Can* (1973), præmis 26; *Tetra Pak* (1996), præmis 37; *Deutsche Telekom* (2010), præmis 173; *TeliaSonera* (2011), præmis 26

<sup>64</sup> Höppner (2017), s. 4

<sup>65</sup> O’Donoghue og Padilla (2013), s. 31

<sup>66</sup> *Deutsche Telekom* (2010), præmis 202

<sup>67</sup> Nazzini (2016), s. 3-4



domme skal herved forstås, at en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den kan hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den i betydeligt omfang kan handle uafhængigt af sine konkurrenter og kunder og i sidste instans forbrugerne.<sup>68</sup>

I *Hoffmann-La Roche* definerede EU-Domstolen i generelle vendinger begrebet misbrug som et objektivt begreb, hvorfor statuering af misbrug er uafhængig af den dominerende virksomheds subjektive intention. Af definitionen fremgår, at en given adfærd udgør misbrug når adfærden efter sin art kan påvirke strukturen på markedet, adfærden er egnet til at hindre opretholdelsen eller udviklingen af den endnu bestående konkurrence på markedet og der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence.<sup>69</sup>

EU-Domstolen har kvalificeret misbrugsbegrebet ved at fastslå, at der foreligger misbrug, såfremt det godtgøres, at der *kan* foreligge konkurrencebegrænsende virkninger på markedet, som kan fortrænge den dominerende virksomheds mindst lige så effektive konkurrent.<sup>70</sup> Det forhold, at det faktisk ikke er lykkedes at udelukke disse konkurrenter udelukker således ikke misbrug.<sup>71</sup>

Definitionen af misbrug i *Hoffmann-La Roche* er bekræftet af EU-Domstolen i efterfølgende sager.<sup>72</sup> Det synes således berettiget at anse definitionen for indflydelsesrig. Det er imidlertid (og formentlig med rette) anført, at en gennemgang af retspraksis viser, at definitionen, trods konsekvent godkendt i efterfølgende sager, aldrig i sig selv har været tilstrækkeligt grundlag til at etablere ansvar, men er altid blevet suppleret af mere specifikke og operationelle regler.<sup>73</sup>

### 2.3.2 Konkurrence på ydelser

Idet alene *misbrug* af en dominerende stilling forbydes efter art. 102, tillades dominerende virksomheder at konkurrere på normal vis, såkaldt 'konkurrence på ydelser' (på engelsk '*competition on the merits*').<sup>74</sup>

Såvel EU-Domstolen som Kommissionen er således af den opfattelse, at art. 102 forbyder, at dominerende virksomheder ekskluderer deres konkurrenter med andre midler end konkurrence på

---

<sup>68</sup> *United Brands* (1978), præmis 65; *Hoffmann-La Roche* (1979), præmis 38-39; *France Télékom* (2009), præmis 103

<sup>69</sup> *Hoffmann-La Roche* (1979), præmis 91

<sup>70</sup> Se f.eks. *TeliaSonera* (2011), præmis 64

<sup>71</sup> *id.*, præmis 65

<sup>72</sup> Se f.eks. *AKZO* (1991), præmis 69; *Michelin* (1983), præmis 70; *British Airways* (2007), præmis 66

<sup>73</sup> Nazzini (2016), s. 6

<sup>74</sup> Se f.eks. *Van den Bergh Foods* (2003), præmis 157; *Deutsche Telekom* (2010), præmis 177; *AKZO* (1991), præmis 70

ydelse om de produkter og tjenester, de udbyder.<sup>75</sup> Virksomheder – dominerende eller ej – tillades således naturligtvis at konkurrere på bl.a. pris, udvalg, kvalitet eller innovation.<sup>76</sup> Konkurrence på disse parametre kan meget vel føre til at en virksomhed, der tilbyder mere attraktive produkter og tjenester, på helt legitim vis ender med at ekskludere mindre effektive konkurrenter. Sådan konkurrence er i sagens natur tilladt, idet art. 102 ikke har til hensigt at sikre, ”at konkurrenter, der er mindre effektive end den dominerende virksomhed, kan forblive på markedet.”<sup>77</sup>

Konkurrence på de nævnte parametre er imidlertid ikke nødvendigvis konkurrence på ydelser. Som præciseret af EU-Domstolen anses f.eks. ikke enhver form for priskonkurrence for lovlig.<sup>78</sup> Der tilsigtes således noget mere end blot konkurrence på de nævnte parametre, når EU-Domstolen henviser til konkurrence på ydelser. Det er tilsvarende anført i litteraturen, at:

*”[...] competition is ‘on the merits’ when it is based on superior efficiency rather than on means that reflect the ability to harm competition that is constitutive of the dominant position.”<sup>79</sup>*

Konkurrence på ydelser er således et fleksibelt og flydende begreb, i modsætning til et klart defineret juridisk begreb, der tillader afgrænsning af adfærd, der falder henholdsvis inden for og uden for begrebet, hvorfor begrebet ikke betragtes som en operationel juridisk regel, men blot som et vejledende princip.<sup>80</sup>

### 2.3.3 Dominerende virksomheders særlige forpligtelse

At der følger en særlig forpligtelse med besiddelsen af en dominerende stilling, blev første gang udtrykt i *Michelin*, hvor EU-Domstolen udtalte, at en dominerende virksomhed, uafhængigt af årsagerne til dens dominerende stilling, er ”særligt forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence”.<sup>81</sup> EU-Domstolen har herefter gentagne gange bekræftet eksistensen af denne forpligtelse,<sup>82</sup> og har bl.a. fastslået, at en given adfærd kan være forbudt, hvis den udøves af en

---

<sup>75</sup> *Deutsche Telekom* (2010), præmis 177; *Van den Bergh Foods* (2003), præmis 157; Kom. Vejledning, pkt. 6.

<sup>76</sup> Se f.eks. *Post Danmark* (2012), præmis 22

<sup>77</sup> *id.*, præmis 21. Se også *Intel* (2017), præmis 134; Kom. Vejledning pkt. 5 og 6

<sup>78</sup> *Deutsche Telekom* (2010), præmis 177; *Michelin* (1983), præmis 73; *AKZO* (1991) præmis 70; *British Airways* (2007), præmis 68

<sup>79</sup> *Nazzini* (2016), s. 6

<sup>80</sup> *id.*, s. 5-7

<sup>81</sup> *Michelin* (1983), præmis 57

<sup>82</sup> Se f.eks. *Post Danmark* (2012), præmis 23; *AstraZeneca* (2012), præmis 134; *Intel* (2014), præmis 205; *France Télékom* (2009), præmis 105; *Compagnie Maritime Belge* (2000), præmis 37

dominerende virksomhed, uanset at selv samme adfærd ville være lovlig, hvis udøvet af mindre konkurrenter.<sup>83</sup>

Hvor EU-Domstolen ikke i *Michelin* gav udtryk for, om graden af dominans har betydning for omfanget af forpligtelsen, eller hvordan forpligtelsen i øvrigt nærmere skal afgrænses, har EU-Domstolen i senere sager præciseret, at det materielle anvendelsesområde for en dominerende virksomheds særlige forpligtelse skal vurderes under hensyn til de særlige omstændigheder i den enkelte sag, der kan påvise en svækkelse af konkurrencen.<sup>84</sup>

#### 2.3.4 Lige muligheder

Domstolen mindede i *Deutsche Telekom* om, at det følger af fast praksis, at ”en ordning med ufordrejet konkurrence, kun kan garanteres, hvis de forskellige erhvervsdrivende sikres lige muligheder.”<sup>85</sup> Retten gentog dette i *Telefónica*, og præciserede, at lige muligheder i den konkrete sag indebar, at den dominerende virksomhed og dennes mindst lige så effektive konkurrenter var stillet lige på downstream-markedet.<sup>86</sup>

### 3 CENTRALE BEGREBER

For de særlige formål under dette speciale er det hensigtsmæssigt at introducere tre centrale begreber, der har afgørende relevans for de resterende afsnit af specialet. I det følgende introduceres således vertikal integration, online platforme og egen-favorisering.

#### 3.1 VERTIKAL INTEGRATION

Ved vertikal integration forstås at en virksomhed udvider sine aktiviteter bagud (upstream) eller fremad (downstream) i forsyningskæden. Dette adskiller sig fra horisontal integration, hvor virksomheden udvider sine aktiviteter på det samme niveau i forsyningskæden.<sup>87</sup> Vertikal integration kan ske ved at virksomheden selv opbygger aktiviteten (organisk vækst) eller ved opkøb eller fusion.<sup>88</sup>

---

<sup>83</sup> *Compagnie Maritime Belge* (2000), præmis 131. Se også *Corcho* (2008), s. 3

<sup>84</sup> *Tetra Pak* (1996), præmis 24; *Compagnie Maritime Belge* (2000), præmis 114

<sup>85</sup> *Deutsche Telekom* (2010), præmis 230

<sup>86</sup> *Telefónica* (2012), præmis 204

<sup>87</sup> OECD DAF/COMP (2019)5, s. 5;

<sup>88</sup> *ibid.*

Fordelene ved vertikal integration er anerkendt blandt økonomer,<sup>89</sup> hvilket er reflekteret i Kommissionens administrative praksis vedrørende vertikale fusioner. Således fremgår det af Kommissionens Retningslinjer for vurdering af ikke-horisontale fusioner (herefter ”Kommissionens Retningslinjer”), at vertikale fusioner kan ”*skabe betydelige effektivitetsgevinster og fremme konkurrencen*”<sup>90</sup> til gavn for forbrugerne.<sup>91</sup>

Effektivitetsgevinster opstår først og fremmest, idet vertikal integration kan eliminere dobbeltdækningsbidrag til gavn for den integrerede virksomhed i form af højere profit og forbrugerne i form af lavere priser.<sup>92</sup> I tillæg hertil vil øget afsætning på ét niveau medføre en større belønning for en integreret virksomhed, der vil nyde godt af fordelene på andre niveauer.<sup>93</sup> Vertikal integration kan endvidere mindske transaktionsomkostninger og muliggøre en bedre samordning af forskellige processer.<sup>94</sup> Derudover kan det skabe synergieffekter at operere på to eller flere markeder,<sup>95</sup> samt skabe fordele for forbrugerne i form af ”one-stop-shopping”.<sup>96</sup>

Opfattelsen af vertikal integration som konkurrencefremmende synes imidlertid at ændre sig i relation til den digitale økonomi, hvor udvidelsen af markedsmagt fra et marked til et andet giver anledning til at konglomerater binder relaterede virksomheder sammen.<sup>97</sup> Vertikal integration kan herved være et effektivt middel til at afskærme konkurrenter ved at hindre eller fjerne faktiske eller potentielle konkurrenters adgang til forsyninger eller markeder, hvilket kan mindske deres evne og incitament til at konkurrere. Med ekskluderede konkurrenter og høje adgangsbarrierer kan den vertikalt integrerede virksomhed med fordel øge prisen til skade for forbrugerne.<sup>98</sup>

---

<sup>89</sup> *ibid.*

<sup>90</sup> Kom. Retningslinjer, pkt. 13

<sup>91</sup> *id.*, pkt. 11-14

<sup>92</sup> Pindyck og Rubinfeld (2013), s. 439-443

<sup>93</sup> Kom. Retningslinjer, pkt. 13

<sup>94</sup> Pindyck og Rubinfeld (2013), s. 439; O’Donoghue og Padilla (2013), s. 161

<sup>95</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 251

<sup>96</sup> Kom. Retningslinjer, pkt. 14

<sup>97</sup> Graef (2019 A), s. 454

<sup>98</sup> Jones og Sufrin (2016), s. 1088; Kom. Retningslinjer pkt. 18

### 3.2 ONLINE PLATFORME – OG DERES DOBBELTROLLE

Mens der (endnu) ikke findes en universelt accepteret definition på ”online platform”,<sup>99</sup> er der dog en vis enighed om, at sådanne grundlæggende karakteriseres ved at være såkaldte ”*online intermediaries*”, dvs. virksomheder hvis markedsmagt er baseret på, via internettet, at formidle eller på anden måde agere bindeled mellem enheder, særligt virksomheder og forbrugere.<sup>100</sup>

Online platforme giver store fordele, idet de gør virksomheder i stand til at nå ud til forbrugere, de ellers ikke ville kunne nå ud til. I denne henseende er platforme ofte den primære indgangsvinkel til nogle markeder. Platforme er også afhængige af virksomheder for at kunne levere værdi til forbrugerne. Men selvom platforme og virksomheder er gensidigt afhængige af hinanden, så har platforme ofte en betydelig forhandlingsstyrke.<sup>101</sup>

De særlige karakteristika for online platforme adresseres i en nyligt udgivet rapport fra Kommissionens særlige rådgivere. Heri anføres det, at et særligt træk ved online platformes formidlende funktion er, at den er ledsaget af en regelsættende funktion, således at online platforme sætter reglerne for, hvordan deres brugere interagerer, og følgelig for, hvordan konkurrencen udspiller sig på deres platforme.<sup>102</sup> Forfatterne anser ikke den regelsættende funktion for problematisk *per se*, idet en dominerende platform meget vel kan have incitament til at fastsætte ”gode” regler, hvorved forstås regler, der gør platformen mere værdifuld for brugere.<sup>103</sup>

Hvor operatøren af den digitale platform selv udbyder produkter eller tjenesteydelser på platformen opstår der imidlertid en ubalance mellem platformens og virksomhedernes interesser,<sup>104</sup> hvilken dobbeltrolle konkurrencekommissær Margrethe Vestager beskriver med reference til sportsverdenen:

*”[...] the very same business becomes both player and referee, competing with others that rely on the platform, but also setting the rules that govern that competition.”<sup>105</sup>*

---

<sup>99</sup> Bostoen (2018), s. 9

<sup>100</sup> Crémer m.fl. (2019), s. 13, 54; Graef (2019 A), s. 448; Bostoen (2018), s. 9

<sup>101</sup> Kom. om Onlineplatforme, s. 12

<sup>102</sup> Crémer m.fl. (2019), s. 60

<sup>103</sup> *id.*, s. 61

<sup>104</sup> *id.*, s. 61-62; Graef (2019 A), s. 448

<sup>105</sup> Vestagers tale den 3. juni 2019 ved OECD/G

Denne dobbeltrolle er ledsaget af en potentiel interessekonflikt, idet operatøren af den digitale platform kan være fristet til at tviste reglerne til sin fordel.<sup>106</sup>

### 3.3 EGEN-FAVORISERING

En konkurrenceretlig problemstilling, der er opstået i relation til online platforme, vedrører et helt sædvanligt fænomen; vertikalt integrerede virksomheder med en dominerende stilling på et upstream-marked, der favoriserer egne aktiviteter på et tilknyttet men separat downstream-marked.<sup>107</sup> Der er i litteraturen opfundet adskillige udtryk til beskrivelse af denne problemstilling, så som ”*self-favouring*”<sup>108</sup>, ”*self-preferencing*”<sup>109</sup>, ”*unequal treatment*”<sup>110</sup> og ”*exclusionary discrimination*”<sup>111</sup>. Til denne afhandling er opfundet et tilsvarende dansk udtryk; ’egen-favorisering’.

Der er ikke en officiel definition af egen-favorisering, men et bud er:

*”giving preferential treatment to one’s own products or services when they are in competition with products and services provided by other entities using that platform.”*<sup>112</sup>

Denne definition begrænser sig til online platforme, men selvom egen-favorisering synes at vise sig særligt problematisk når udøvet af online platforme, på grund af disses særlige karakteristika, må det dog understreges, at relevansen af egen-favorisering ikke nødvendigvis er begrænset hertil.

## 4 GOOGLE SEARCH (SHOPPING)

Efter 7 års efterforskning af Google i relation til Googles prissammenligningstjeneste, *Google Shopping*, vedtog Kommissionen i 2017 en forbudsafgørelse mod Google<sup>113</sup> i *Google Search (Shopping)*-sagen.<sup>114</sup> I afgørelsen fastslog Kommissionen, at Google havde handlet i strid med art. 102 i TEUF ved at favorisere *Google Shopping*.

---

<sup>106</sup> Crémer m.fl. (2019), s. 62

<sup>107</sup> Graef (2019 A), s. 453

<sup>108</sup> Zingales (2018)

<sup>109</sup> Vesterdorf (2015)

<sup>110</sup> Nazzini (2016)

<sup>111</sup> Colomo (2014)

<sup>112</sup> Crémer m.fl. (2019), s. 7

<sup>113</sup> Google Inc og dets moderselskab Alphabet Inc

<sup>114</sup> *Google Search (Shopping)* (2017)

#### 4.1 SAGENS FAKTUELLE OMSTÆNDIGHEDER

*Google Search* er Googles flagskib og den mest succesfulde generelle onlinesøgemaskine på markedet. Derudover leverer Google også specialiserede søgetjenester, som *Google Shopping*, *Google Flights* og *Google Maps*. Alle disse tjenester tilbydes gratis, idet Google generer sin indtjening gennem online annonceringstjenester.<sup>115</sup>

Googles søgemaskine viser først og fremmest *Google Search*, mens specialiserede søgetjenester som *Google Shopping* eksisterer som separate sider, der kan tilgås via et menu-lignende link i toppen af søgemaskinen, lige under feltet hvor brugerne indtaster deres søgeord. De specialiserede søgetjenester adskiller sig fra *Google Search*, idet de er specifikt optimeret til at identificere relevante resultater for en bestemt type information. På *Google Shopping* siden kan brugerne sammenligne produkter og priser fra forskellige forhandlere, men ikke købe produkterne.<sup>116</sup>

*Google Search*, derimod, er en *generel søgetjeneste*, der giver brugerne mulighed for at lave *generelle (horisontale) søgninger* efter information på tværs af internettet. Når en bruger har indtastet et eller flere søgeord, returnerer Googles algoritmer tre kategorier af søgeresultater, som vises på Googles generelle søgesider.<sup>117</sup>

For det første, returneres *generiske søgeresultater*, som der ikke betales for, og hvis placering Google heller ikke accepterer betaling for at ændre. De vises som blå links og rangeres af Googles generiske søgealgoritmer på en sådan måde, at de mest relevante resultater er placeret øverst. Generiske søgeresultater kan linke til en hvilken som helst webseite.<sup>118</sup>

For det andet, returneres *annoncer* hentet fra *Google AdWords*, som er betalte søgeresultater markeret med "Ad", der linker direkte til annoncørens webseite. De vises kun som tekstbaserede søgeresultater og er typisk placeret øverst blandt de generiske søgeresultater.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> *id.*, præmis 7

<sup>116</sup> *id.*, præmis 26-35

<sup>117</sup> *id.*, præmis 8-13

<sup>118</sup> *id.*, præmis 14-17

<sup>119</sup> *id.*, præmis 18-22

For det tredje, returneres *specialiserede (vertikale) søgeresultater* fra Googles *specialiserede søgetjenester*, herunder *Google Shopping*. De specialiserede søgeresultater vises i bokse med udbyggede grafiske funktioner herunder billeder og dynamisk information. Disse bokse er placeret øverst på den første generelle søgeside.<sup>120</sup>

Hvis en bruger indtaster et produktrelateret søgeord på *Google Search* f.eks. "Nike sko" returneres således forskellige søgeresultater, herunder specialiserede søgeresultater fra *Google Shopping*, hvilket gør brugeren i stand til at sammenligne Nike sko uden at klikke ind på selve *Google Shopping*-siden, samtidig med at brugeren kan se andre søgeresultater relateret til søgningen, dette betegnes "*Universal Search*".<sup>121</sup>

De forhandlere, hvis produkter Google viser på *Google Shopping*, betaler Google for at blive vist som søgeresultat, typisk således at der betales per klik.<sup>122</sup>

*Google Shopping* konkurrerer med andre online prissammenligningstjenester, der blandt andet drives af trafik generet gennem Googles generelle søgesider. Frem til Kommissionens afgørelse kunne konkurrerende prissammenligningstjenester kun vises som generiske søgeresultater eller som *Google AdWords* resultater.<sup>123</sup>

Efter at Google har indrettet sig efter Kommissionens afgørelse, har konkurrerende prissammenligningstjenester nu adgang til samme visning og placering som *Google Shopping* på Googles generelle søgesider mod betaling på auktionslignende vilkår.<sup>124</sup> Når sagens faktuelle omstændigheder herefter omtales i afhandlingen, vil det være med henvisning til, hvordan det forholdt sig på tidspunktet, hvor Kommissionen traf sin afgørelse.

## 4.2 KOMMISSIONENS AFGØRELSE

Det essentielle i afgørelsen er naturligvis Kommissionens misbrugsteori. Inden dette overvejes, knyttes dog, for god ordens skyld, et par bemærkninger til markedsafgrænsningen.

---

<sup>120</sup> *id.*, præmis 23-25

<sup>121</sup> Yun (2018), s. 314

<sup>122</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 24 og 26-35

<sup>123</sup> *id.*, præmis 14, 22 og 427

<sup>124</sup> Google Ads Blog (2017)



#### 4.2.1 Markedsafgrænsningen og Googles dominerende stilling

Ifølge Kommissionen var de relevante produktmarkeder henholdsvis markedet for *generelle søgetjenester* og markedet for *prissammenligningstjenester*, der begge geografisk blev afgrænset nationalt til de enkelte lande i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde.<sup>125</sup> For så vidt angår prissammenligningstjenester var det Kommissionens opfattelse, at de blandt andet adskiller sig fra andre specialiserede søgetjenester og handelsplatforme som Amazon, der faktisk sælger produkter.<sup>126</sup>

Kommissionen konkluderede, at Google har en dominerende stilling på hvert af de nationale markeder for generelle søgetjenester, hvor Google har været aktiv siden 1998.<sup>127</sup> Dette begrundede Kommissionen blandt andet med Googles estimerede markedsandele på over 90%, som har været stabile siden 2008, eksistensen af adgangs- og ekspansionsbarrierer, at et fåtal af brugere anvender mere end én generel søgemaskine og Googles stærke brand.<sup>128</sup> Google har altså en monopolligende stilling, selvom konkurrenterne *Bing* og *Yahoo!* kun er et klik væk.

Det skal bemærkes, at denne afhandling uden videre lægger Kommissionens markedsafgrænsning til grund – uanset om denne vil kunne pådrage sig kritik.

#### 4.2.2 Kommissionens misbrugsteori

Kommissionen pointerede indledningsvist i afgørelsen, at ufordrejet konkurrence kun kan garanteres, hvis de forskellige aktører har lige muligheder,<sup>129</sup> og mindede om, at dominerende virksomheder har en særlig forpligtelse til ikke, ved adfærd, der falder uden for konkurrence på ydelser, at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence.<sup>130</sup> Endvidere mindede Kommissionen om, at art. 102 ikke udtømmende oplister adfærd, der kan udgøre misbrug af en dominerende stilling, og anførte at:

*”The legal characterisation of an abusive practice does not depend on the name given to it, but on the substantive criteria used in that regard.”<sup>131</sup>*

---

<sup>125</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 154 og 251

<sup>126</sup> *id.*, præmis 191-250

<sup>127</sup> *id.*, præmis 271 og 273

<sup>128</sup> *id.*, præmis 272-327

<sup>129</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 331

<sup>130</sup> *id.*, præmis 331 og 337

<sup>131</sup> *id.*, præmis 335

Herved indikerede Kommissionen fra start, at sagen er særlig – og muligvis også, at sagens fakta ikke passer nøjagtigt på en af de eksisterende kategorier af misbrug.

Kommissionen karakteriserede Googles misbrug som den mere favorable placering og visning af *Google Shopping* på Googles generelle søgesider, sammenlignet med konkurrerende prissammenligningstjenester.<sup>132</sup> Denne adfærd udgjorde, ifølge Kommissionen, misbrug Googles dominerende stilling på de nationale markeder for generelle søgetjenester, fordi:

*“[...] it constitutes a practice falling outside the scope of competition on the merits as it: (i) diverts traffic in the sense that it decreases traffic from Google's general search results pages to competing comparison shopping services and increases traffic from Google's general search results pages to Google's own comparison shopping service; and (ii) is capable of having, or likely to have, anti-competitive effects in the national markets for comparison shopping services and general search services.”<sup>133</sup>*

Hvad Kommissionen nærmere mente hermed, vil blive søgt uddybet nedenfor, men kernen i det påtalte misbrug var, at søgeresultater fra *Google Shopping* konsekvent blev placeret og vist øverst på Googles sider med generelle søgeresultater i et grafisk attraktivt format, uanset hvor relevante de var for en brugers søgning, imens søgeresultater fra konkurrerende prissammenligningstjenester blev nedgraderet med det resultat at brugerne klikkede oftere på søgeresultater fra *Google Shopping*.

Som resultat heraf oplevede rivalerne et fald i trafikken, hvilket påvirkede deres evne til at konkurrere, og med svækkede rivaler frygtede Google at kunne udvide sin dominerende stilling fra de nationale upstream-markeder for generelle søgetjenester til de nationale downstream-markeder for prissammenligningstjenester, hvilket vil efterlade forhandlere og annoncører med færre alternativer i forhold til at nå ud til brugerne.

Det fremgår af afgørelsen, at Kommissionen anså Googles adfærd som en form for løftestangsstrategi; et begreb, der anvendes om den situation, hvor en virksomhed med en dominerende stilling på et marked anvender denne dominans som løftestang til at opnå en fordel på eller udvide sin dominans til et tilstødende men separat marked.<sup>134</sup> Kommissionen anførte, at den anså Googles adfærd for egnet til at udvide Googles dominerende stilling fra de nationale markeder for generelle

---

<sup>132</sup> *id.*, pkt. 7.2.

<sup>133</sup> *id.*, præmis 341

<sup>134</sup> O'Donoghue og Padilla (2013), s. 253

søgetjenester til de nationale markeder for prissammenligningstjenester.<sup>135</sup> Forinden præciserede Kommissionen, at art. 102 ikke kun forbyder adfærd, hvorved en virksomhed med en dominerende stilling styrker denne stilling,

*”[...] but also the conduct of an undertaking with a dominant position in a given market that tends to extend that position to a neighbouring but separate market by distorting competition.”<sup>136</sup>*

Kommissionen anførte endvidere, at der ikke er noget nyt i at anse en sådan adfærd for misbrug – tværtimod:

*”Such a form of conduct constitutes a well-established, independent, form of abuse falling outside the scope of competition on the merits.”<sup>137</sup>*

Det anføres imidlertid i teorien, at løftestangsstrategier ikke i sig selv er grundlag for at statuere misbrug under EU-konkurrenceretten, men blot er et praktisk – og muligvis vildledende – begreb, der anvendes til at identificere sager, der har som fællestræk, at en dominerende virksomhed anvender sin dominans på et marked til at opnå en (ulovlig) fordel på et tilstødende, enten horisontalt eller vertikalt marked.<sup>138</sup> En løftestangsstrategi er med andre ord ikke en selvstændig type af misbrug med en tilhørende juridisk test – det har det i hvert fald ikke været anset for hidtil. Det er derfor relevant at se under hvilke nærmere kriterier Kommissionen anså Googles løftestangsstrategi for misbrug.

#### 4.2.2.1 *Googles adfærd er et strategiskifte*

Om den mere favorable *placering* forklarede Kommissionen, at konkurrerende prissammenligningstjenester rangeredes blandt Googles generiske søgeresultater på grundlag af deres relevans og underlagt algoritmer der var tilbøjelige til at nedgradere dem, mens søgeresultater fra *Google Shopping* konsekvent placeredes øverst på den første af Googles generelle søgesider og aldrig nedgraderedes af Googles algoritmer.<sup>139</sup> Om den mere favorable *visning* forklarede Kommissionen, at søgeresultater fra *Google Shopping* vistest i et grafisk attraktivt format med billeder og dynamisk information om

---

<sup>135</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 342

<sup>136</sup> *id.*, præmis 334

<sup>137</sup> *id.*, præmis 649

<sup>138</sup> O’Donoghue og Padilla (2013), s. 253; Monti (2007), s. 186; Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 646

<sup>139</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis, 345, 349, 379, 395

produktets karakteristika, pris og forhandleren, hvilket øgede klikraten,<sup>140</sup> mens søgeresultater fra konkurrerende prissammenligningstjenester vistest som almindelige tekstbaserede søgeresultater, de såkaldte blå links.<sup>141</sup>

Denne adfærd adskilte sig fra Googles hidtidige adfærd. Hvor Google tidligere rangerede og viste alle søgeresultater på baggrund af de samme kriterier, begyndte Google i slutningen af 2007 at favorisere søgeresultater fra sin egen prissammenligningstjeneste.<sup>142</sup> Kommissionen forsøgte i afgørelsen at bevise eksistensen af en bevidst strategi om nedgradering af konkurrerende prissammenligningstjenester. Til støtte herfor henviste Kommissionen til den første udgave af Googles prissammenligningstjeneste, *Froogle*, der ikke tiltrak trafik, fordi den ikke var synlig på Googles generelle søgesider,<sup>143</sup> hvilket Google ifølge Kommissionen var opmærksom på. Til at understøtte dette citerede Kommissionen en række interne dokumenter, herunder en mail med følgende ordlyd:

*"Froogle simply doesn't work."*<sup>144</sup>

Kommissionen citerede også en anden intern mail, hvoraf det fremgik, at Google var af den opfattelse, at *Froogle* ikke ville rangere højt, hvis den var underlagt de samme kriterier og algoritmer som de konkurrerende prissammenligningstjenester.<sup>145</sup>

Herefter anførte Kommissionen, at det da også først var efter, at Google begyndte at placere og vise sin prissammenligningstjeneste mere favorabelt, at trafikken hertil steg – på bekostning af trafikken til konkurrerende prissammenligningstjenester.<sup>146</sup>

Google argumenterede for, at stigningen i trafikken fra Googles generelle søgesider til nu *Google Shopping* skyldtes, at søgeresultaterne fra *Google Shopping* var udvalgt på baggrund af særlige relevanskriterier, og at den grafisk attraktive visning med billeder og pris gjorde det nemmere for brugerne at sammenligne produkter.<sup>147</sup> Google sagde med andre ord, at stigningen i trafikken til *Google Shopping* skyldtes, at Google havde forbedret sin søgetjeneste. Heroverfor anførte Kommissionen, at

---

<sup>140</sup> *id.*, præmis 372 og 374-375

<sup>141</sup> *id.*, præmis 371, 397 og 400

<sup>142</sup> *id.*, præmis 598

<sup>143</sup> Faktisk mistede *Froogle* trafik i 2007, inden Google ændrede strategi, dette på trods af at trafikken til Googles generelle søgesider steg i samme periode; se *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 343 og 598

<sup>144</sup> *id.*, præmis 491 (fremhævning i original)

<sup>145</sup> *ibid.*

<sup>146</sup> *id.*, præmis 343 og 598

<sup>147</sup> *id.*, præmis 510

den ikke gjorde indsigelse mod forbedringerne, men mod at Google kun anvendte disse på sin egen prissammenligningstjeneste,<sup>148</sup> hvorved Google aktivt favoriserede sin egen prissammenligningstjeneste og således nedgraderede konkurrenterne.

Kommissionen henviste ikke til ”no economic sense”-testen, men som Kommissionen anførte, konkurrerer en generel søgemaskine som *Google Search* på blandt andet relevansen af de leverede søgeresultater.<sup>149</sup> Således kan der argumenteres for, at Googles strategi ville have været kontraproduktiv i et konkurrencepræget marked, idet Google ville risikere, at brugerne skiftede til en anden, mere upartisk, søgemaskine. Strategien ville, med andre ord, ikke give økonomisk mening, hvis ikke det var for at ekskludere downstream-konkurrenterne, hvilket kun kan lade sig gøre fordi Google har en monopollignende stilling på upstream-markedet.<sup>150</sup>

Hvorvidt Kommissionen egentlig formåede at bevise eksistensen af en bevidst strategi må være for Retten at bedømme. Imidlertid er etableringen af hensigt, som Kommissionen selv påpegede, ikke en forudsætning for at statuere misbrug.<sup>151</sup>

Googles hensigt har således ikke været et kriterie for Kommissionens statuering af misbrug, men Kommissionen inddrog Googles hensigt som en relevant faktisk omstændighed.<sup>152</sup>

#### 4.2.2.2 *Googles adfærd leder trafik fra konkurrenterne hen til Google Shopping*

Googles favorable placering og visning af *Google Shopping* øgede ifølge Kommissionen trafikken hertil på bekostning af trafikken til konkurrerende prissammenligningstjenester.<sup>153</sup>

Denne konklusion underbyggede Kommissionen først ved at henvise til en analyse af brugernes adfærd, der blandt andet viste, at brugerne typisk kigger på de første tre til fem generiske søgeresultater, mens de er meget lidt eller slet ikke opmærksomme på de resterende søgeresultater.<sup>154</sup> Analysen viste også, at de ti højest rangerede generiske søgeresultater, dvs. søgeresultaterne på den

---

<sup>148</sup> *id.*, præmis 537 og 538

<sup>149</sup> *id.*, præmis 160

<sup>150</sup> Höppner (2017), s. 8; Bork & Sidak (2012), s. 663, 665

<sup>151</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 338

<sup>152</sup> *ibid.*

<sup>153</sup> *id.*, præmis 452

<sup>154</sup> *id.*, præmis 455

første side med søgeresultater, modtager 95 % af alle klik.<sup>155</sup> Dette har betydning, idet Kommissionen på baggrund af en række dataudtræk viste, at de vigtigste af *Google Shoppings* konkurrenter generelt var rangeret på den fjerde af Googles sider med søgeresultater eller endnu længere nede.<sup>156</sup> Analysen af brugernes adfærd viste endvidere, at hvis et søgeresultat flyttes fra første til tredje rang eller fra første til tiende rang reduceres trafikken med henholdsvis 50 % og 85 %.<sup>157</sup>

Herefter dokumenterede Kommissionen, på baggrund af en betydelig mængde data, den faktiske udvikling i trafikken.<sup>158</sup> Ifølge Kommissionen viste denne data, at der, siden Google begyndte at placere og vise *Google Shopping* mere favorabelt, var sket et varigt fald i trafikken fra Googles generelle søgesider til næsten alle konkurrerende prissammenligningstjenester, mens der var sket en varig stigning i trafikken fra Googles generelle søgesider til *Google Shopping* i samme periode.<sup>159</sup>

#### 4.2.2.3 Trafikken er vigtig og kan ikke på effektiv vis erstattes

Ifølge Kommissionen er trafik et vigtigt, hvis ikke det vigtigste, konkurrenceparameter for prissammenligningstjenester.<sup>160</sup> Det skyldes flere forhold, men først og fremmest at trafik tiltrækker forhandlere og genererer indtjening.<sup>161</sup>

Kommissionen anførte, at den generiske søgetrafik fra Googles generelle søgesider tegner sig for en betydelig andel af trafikken til konkurrerende prissammenligningstjenester,<sup>162</sup> og konkluderede at:

*"[...] none of the existing alternative sources of traffic currently available to competing comparison shopping services [...] can effectively replace generic search traffic from Google's general search results pages."<sup>163</sup> (mine understregninger)*

Denne konklusion baserede Kommissionen for det første på, at alternativerne ikke kan generere en tilstrækkelig volumen af trafik og for det andet på, at selv hvis det mest oplagte alternativ, betalt

---

<sup>155</sup> *id.*, præmis 457

<sup>156</sup> *id.*, præmis 370

<sup>157</sup> *id.*, præmis 460-461

<sup>158</sup> *id.*, s. 126-162

<sup>159</sup> *id.*, præmis 462, 489

<sup>160</sup> *id.*, præmis 444

<sup>161</sup> Se i det hele *id.*, præmis 445-451

<sup>162</sup> *id.*, præmis 540

<sup>163</sup> *id.*, præmis 542

trafik fra *AdWords*, kunne, så ville det ikke være et økonomisk bæredygtigt alternativ.<sup>164</sup> Kommissionen argumenterede altså ikke for, at det er umuligt for de konkurrerende prissammenligningstjenester at genere trafik på anden måde end gennem visning som generiske søgeresultater på Googles generelle søgesider, men at disse alternative kilder til trafik er ineffektive og utilstrækkelige, hvis de konkurrerende prissammenligningstjenester skal have en reel chance for at konkurrere med *Google Shopping*. Således tegnede Kommissionen et billede af, at ikke-diskriminatorisk adgang til generisk søgetrafik fra Googles generelle søgesider er essentielt for de konkurrerende prissammenligningstjenesters evne til at konkurrere. Kommissionen argumenterede imidlertid ikke for, at adgang til denne trafik er absolut nødvendig.

Kommissionen afviste derimod eksplicit at anvende kriterierne etableret af Domstolen i *Bronner*-sagen,<sup>165</sup> som er en central dom om leveringsnægtelse, hvor Domstolen blandt andet fastslog, at en dominerende virksomhed kun kan være forpligtet til at give en konkurrent adgang til sin tjenesteydelse, hvis adgang hertil er absolut nødvendig for at konkurrenten kan konkurrere på et downstream-marked. Dommen er genstand for nærmere analyse i afsnit 5.1.1.1.

Afvisningen af at anvende *Bronner*-kriterierne var et svar på Googles påstand om, at Googles favorisering af *Google Shopping* kun kan anses for misbrug, hvis *Bronner*-kriterierne er opfyldt,<sup>166</sup> hvilket ligeledes er et af synspunkterne fremsat i litteraturen.<sup>167</sup> Således argumenterede Google for, at Kommissionen, ved ikke at anvende disse kriterier, pålagde Google en pligt til at fremme konkurrencen ved at give konkurrerende prissammenligningstjenester adgang til en betydelig del af Googles sider med generelle søgeresultater på trods af, at adgang til disse sider ikke er absolut nødvendig for at konkurrere.<sup>168</sup>

Kommissionen afviste at anvende *Bronner*-kriterierne med henvisning til *Van den Bergh Foods*-dommen<sup>169</sup>:

*"[T]he Bronner criteria are irrelevant in a situation, such as that of the present case, where bringing to an end the infringement does not involve imposing a duty on*

---

<sup>164</sup> *id.*, præmis 539-588

<sup>165</sup> *id.*, præmis 651, se også *Bronner* (1998)

<sup>166</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 645

<sup>167</sup> Vesterdorf (2015), s. 8

<sup>168</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 645

<sup>169</sup> *Van Den Bergh Foods* (2006)

*the dominant undertaking to 'transfer an asset or enter into agreements with persons with whom it has not chosen to contract'.<sup>170</sup>*

Forinden anførte Kommissionen:

*"[T]he Conduct does not concern a passive refusal by Google to give competing comparison services access to a proportion of its general search results pages, but active behaviour relating to the more favourable positioning and display [...]"<sup>171</sup>*

Kommissionen afviste altså ikke bare at anvende *Bronner*-kriterierne, men i det hele taget, at sagen skulle behandles som en sag om leveringsnægtelse. Således undgik Kommissionen at tage stilling til om kriteriet om absolut nødvendighed er et relevant kriterie for sagen. Det efterlader et åbent spørgsmål om, hvorvidt konstateringen af, at trafikken ikke på *effektiv vis* kan erstattes, er et nyt kriterie, som Kommissionen udviklede til denne sag.

#### 4.2.2.4 *Googles adfærd har potentiale til at afskærme konkurrenterne*

Adfærden havde ifølge Kommissionen potentiale til at afskærme konkurrerende prissammenligningstjenester fra de nationale markeder for prissammenligningstjenester.<sup>172</sup> Dette begrundede Kommissionen med det netop ovenfor etablerede; at adfærden ledte vigtig trafik, der ikke på effektiv vis kan erstattes, væk fra konkurrerende prissammenligningstjenester og hen til *Google Shopping*.<sup>173</sup> I tillæg hertil anførte Kommissionen:

*"The prospects of commercial success of Google's comparison shopping service are enhanced not because of the merits of that service, but because Google applies different underlying mechanisms on the basis of the advantages provided to it by its dominant position in the national markets for general search services."<sup>174</sup> (min understregning)*

Kommissionen anså det med andre ord ikke for skadeligt i sig selv, at trafikken til *Google Shopping* steg, heller ikke selvom det var på bekostning af trafikken til konkurrerende prissammenligningstjenester. Det konkurrencefordrejende bestod i, at denne stigning i trafikken til *Google Shopping* ikke

---

<sup>170</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 651 (fremhævning i original)

<sup>171</sup> *id.*, præmis 650

<sup>172</sup> *id.*, præmis 593-594

<sup>173</sup> *id.*, præmis 592

<sup>174</sup> *id.*, præmis 600



nødvendigvis skyldtes, at søgeresultaterne fra *Google Shopping* var mere relevante, men (alene) at de var mere synlige. Google havde med andre ord ændret konkurrencevilkårene på de nationale markeder for prissammenligningstjenester til sin fordel, således at der ikke længere konkurreredes på ydelser, dvs. om at vise de mest *relevante* søgeresultater, men om at have de mest *synlige* søgeresultater – et parameter som Google i kraft af sin monopollignende stilling på de nationale markeder for generelle søgetjenester har fuld kontrol over. Googles adfærd skabte med andre ord en situation, hvor Googles prissammenligningstjeneste:

*"[...] does not currently need to compete on the merits with competing comparison shopping services."*<sup>175</sup>

Det kan heraf udledes, at Kommissionen er af den opfattelse, at Google har misbrugt sin dominerende stilling på de nationale markeder for prissammenligningstjenester til at give sin prissammenligningstjeneste en ulovlig fordel på de nationale markeder for prissammenligningstjenester. Kommissionen konstaterede videre om Googles adfærd:

*"The Conduct therefore risks undermining the competitive structure of the national markets for comparison shopping services."*<sup>176</sup>

Som det fremgår, lagde Kommissionen sig tæt op ad Domstolens definition af misbrug i *Hoffmann-La Roche*, hvor Domstolen definerede misbrug som adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked og som hæmmer konkurrencen ved at tage unormale midler i brug.

Google mente ikke, at Kommissionen havde påvist et link mellem Googles adfærd og de konkurrencebegrænsende virkninger heraf, og anførte blandt andet til støtte herfor, at Kommissionen ikke havde identificeret hvilke prissammenligningstjenester, der havde forladt markedet. Hertil anførte Kommissionen, at Kommissionen ikke var forpligtet til at bevise, at Googles adfærd faktisk har ekskluderet bestemte prissammenligningstjenester;

*"Rather, it is sufficient for the Commission to demonstrate that the Conduct is capable of having, or likely to have, such an effect."*<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> *id.*, præmis 596

<sup>176</sup> *id.*, præmis 600

<sup>177</sup> *id.*, præmis 602

Ligeledes anså Kommissionen sig ikke for forpligtet til at bevise, at adfærden faktisk reducerede trafikken til konkurrerende prissammenligningstjenester og øgede trafikken til *Google Shopping*, idet det er tilstrækkeligt at vise at adfærden er egnet hertil eller sandsynligvis har denne effekt.<sup>178</sup> Kommissionen mente dog at have fremlagt konkrete beviser for denne virkning af Googles adfærd.<sup>179</sup>

Kommissionen henviste ikke eksplicit til standarden om den lige så effektive konkurrent, som skal sikre, at art. 102 ikke anvendes til at beskytte mindre effektive konkurrenter. Der er imidlertid flere indikationer på, at Kommissionen anvendte denne standard. Henvisningerne til at *Froogle* ikke klarede sig godt, fordi *Froogle* ikke blev favoriseret samt konstateringen af, at *Google Shopping* ikke behøvede at konkurrere på ydelser, fordi *Google Shopping* blev favoriseret, er det samme som at sige, at Googles adfærd var egnet til at udelukke lige så effektive og muligvis også mere effektive prissammenligningstjenester. Således er afgørelsen i overensstemmelse med formålet om at beskytte en effektiv konkurrence og ikke blot konkurrenterne.<sup>180</sup>

Googles adfærd var ifølge Kommissionen endvidere egnet til at beskytte Googles dominerende stilling på de nationale markeder for generelle søgetjenester.<sup>181</sup> Dette, da adfærden beskyttede den indtjening som Google generer på sine generelle søgesider.<sup>182</sup> Argumentet er dog ikke særlig udviklet eller underbygget i afgørelsen.

#### 4.2.2.5 *Googles adfærd kan skade forbrugerne*

Kommissionen konkluderede, at Googles adfærd var *egnet til* og *sandsynligvis ville* skade forbrugerne.

For det første, anså Kommissionen adfærdens afskærmende virkninger for egnet til at føre til mindre innovation.<sup>183</sup> Dette begrundede Kommissionen med, at Googles adfærd sandsynligvis ville reducere konkurrenternes incitament til at investere i at udvikle nye innovative tjenester og i at

---

<sup>178</sup> *id.*, præmis 606

<sup>179</sup> *id.*, præmis 607

<sup>180</sup> Se Kom. Vejledning, pkt. 6. Se også afsnit 2.1

<sup>181</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 342

<sup>182</sup> *id.*, præmis 642

<sup>183</sup> *id.*, præmis 593

forbedre deres eksisterende tjenester, for uanset hvor gode tjenester de tilbyder, kan de ikke tiltrække nok trafik.<sup>184</sup> Derudover ville adfærden sandsynligvis reducere Googles incitament til at forbedre kvaliteten af sin prissammenligningstjeneste, fordi Googles prissammenligningstjeneste ikke behøvede at konkurrere på ydelser.<sup>185</sup>

For det andet, ville Googles adfærd ifølge Kommissionen sandsynligvis fratage forbrugerne valgmuligheder. Kommissionen anførte at:

*”[T]he Conduct is likely to reduce the ability of consumers to access the most relevant comparison shopping services.”<sup>186</sup>*

Det skyldes, at brugerne er tilbøjelige til at anse højt rangerede resultater på Googles generelle søgesider for de mest relevante søgeresultater for deres søgning og således klikke på dem, uanset at andre resultater kunne være mere relevante.<sup>187</sup> Kommissionen anførte endvidere, at brugerne ikke var opmærksomme på, at søgeresultaterne fra *Google Shopping* var underlagt særlige underliggende mekanismer, navnlig eftersom Google ikke havde informeret brugerne herom.<sup>188</sup>

Kommissionen synes således at anse adfærden for at skade forbrugerne direkte. Kommissionen pointerede imidlertid tidligere i afgørelsen, at:

*”Article 102 of the Treaty [...] prohibit abusive practices which may cause damage to consumers directly, but also those which harm them indirectly through their impact on an effective competition structure.”<sup>189</sup>*

Følgelig kan Kommissionen ikke have anset det for en forudsætning for at forbyde Googles adfærd, at forbrugerne blev skadet direkte. Det betyder imidlertid ikke, at den direkte forbrugerskade ikke blev tillagt betydning – den kan meget vel have indgået som en skærpende faktisk omstændighed.

---

<sup>184</sup> *id.*, præmis 595

<sup>185</sup> *id.*, præmis 596

<sup>186</sup> *id.*, præmis 597

<sup>187</sup> *id.*, præmis 535

<sup>188</sup> *id.*, præmis 536

<sup>189</sup> *id.*, præmis 332

#### 4.2.2.6 Ingen objektiv berettigelse

Kommissionen afviste eksistensen af objektive begrundelser eller effektivitetsgevinster, som kunne begrunde Googles adfærd.<sup>190</sup> Kommissionen fandt således ikke, at Google havde demonstreret, at adfærden var enten objektivt nødvendig eller at de ekskluderende virkninger kunne modsvares eller opvejes af fordele i form af effektivitetsgevinster der også gavnede forbrugerne.<sup>191</sup> Endvidere havde Google ifølge Kommissionen ikke vist, at det ikke var teknisk muligt for Google at anvende de samme underliggende mekanismer til at placere og vise sin egen og konkurrerende prissammenligningstjenester.<sup>192</sup>

Google argumenterede for, at et krav om at vise søgeresultater fra konkurrerende prissammenligningstjenester forhindrer Google i at udnytte pladsen på sine generelle søgesider til at generere indtjening og er i strid med Googles ejendomsrettigheder, kommercielle frihed og ret til at formidle information.<sup>193</sup> Heroverfor anførte Kommissionen, at begrænsninger i disse rettigheder er foreskrevet ved art. 102, er i overensstemmelse med målsætningerne for Unionen og er nødvendige for at beskytte andres rettigheder og friheder.<sup>194</sup> Endvidere anførte Kommissionen, at;

*”Any restriction on Google’s rights and freedoms is also necessary to protect the rights of users to receive information from competing comparison shopping services.”*<sup>195</sup>

Igen synes Kommissionen således at have vægtet hensynet til forbrugernes frie valg højt.

#### 4.2.2.7 Princippet om ligebehandling

Kommissionen krævede, at Google skulle stoppe den ulovlige adfærd og gav Google valgfrihed med hensyn til hvordan,<sup>196</sup> dog således at:

---

<sup>190</sup> *id.*, præmis 653-671

<sup>191</sup> *id.*, præmis 653

<sup>192</sup> *id.*, præmis 671

<sup>193</sup> *id.*, præmis 657-658

<sup>194</sup> *id.*, præmis 665

<sup>195</sup> *id.*, præmis 670

<sup>196</sup> *id.*, præmis 697

”[...] *Google treats competing comparison shopping services no less favorably than its own comparison shopping service within its general search results pages.*”<sup>197</sup> (min understregning)

Google blev mere specifikt pålagt at anvende de samme underliggende processer og metoder for placering og visning af *Google Shopping* og konkurrerende prissammenligningstjenester på Googles generelle søgesider.<sup>198</sup>

Google blev således pålagt et princip om ligebehandling for at bringe misbruget til ophør, hvilket også fremgår eksplicit af den officielle pressemeddelelse i forbindelse med offentliggørelse af afgørelsen:

”*In particular, Google has to respect the simple principle of equal treatment in its search results [...]*”<sup>199</sup>

Med denne sanktion søgte Kommissionen at genetablere situationen som den var, før Google påbegyndte misbruget.

#### 4.2.3 Et bud på Kommissionens test

Kommissionen undlod i afgørelsen at specificere indholdet af den anvendte test til bedømmelse af Googles adfærd. Alligevel kan der af afgørelsen udledes nogle kriterier, som af Kommissionen ansås for anvendelige og tilstrækkelige til at forbyde egen-favorisering. Derudover kan udledes, hvilke faktuelle omstændigheder der tillagdes vægt – uden dog at være egentlige kriterier.

Indledningsvis bemærkes det, at Kommissionens behandling af sagen indikerer, at Kommissionen ikke *per se* fandt Googles egen-favorisering forbudt. Havde Kommissionen været af den opfattelse, at EU konkurrenceretten forbyder egen-favorisering i sig selv, havde det været tilstrækkeligt, hvis Kommissionen, efter at have etableret Googles dominerende stilling, blot havde beskrevet egen-favoriseringen og konstateret fraværet af en objektiv berettigelse. Det er imidlertid ikke, hvad Kommissionen gjorde. Kommissionen viste i stedet, at egen-favoriseringen var *egnet til* eller *sandsynligvis ville* udelukke konkurrenterne.

---

<sup>197</sup> *id.*, præmis 699

<sup>198</sup> *id.*, præmis 700

<sup>199</sup> Kom. Pressemeddelelse af 27. juni 2017

Der kan med styrke argumenteres for, at Kommissionen anser Googles egen-favorisering for en strategi om bevidst nedgradering af konkurrenterne.

Kommissionen synes at have lagt vægt på egen-favoriseringens skadelige effekter på forbrugerne, men pointerede samtidig eksplicit, at anvendelsen af art. 102 ikke kræver direkte skade på forbrugerne. Kommissionen anså det således for tilstrækkeligt, at adfærden kan skade forbrugerne indirekte ved at påvirke den konkurrencemæssige struktur.

Endeligt bemærkes det, at det forhold, at Kommissionen baserede sin afgørelse på enorme mængder data og relativt få henvisninger til tidligere praksis i sig selv kan indikere, at Kommissionen med afgørelsen har udviklet en ny test.

Endvidere var etableringen af hensigt ikke et kriterie for at statuere misbrug, ej heller var det et kriterie, at adfærden faktisk udelukkede bestemte eller alle konkurrerende prissammenligningstjenester.

På baggrund af ovenstående analyse, vurderes det, at Kommissionens test for at anse egen-favorisering for misbrug kan opdeles i følgende fem kriterier:

1. Virksomheden indtager en dominerende stilling på et upstream-marked, hvor virksomheden leverer en tjeneste, (som er vigtig for konkurrencen på et tilknyttet, men separat downstream-marked og som ikke på effektiv vis kan erstattes)
2. Egen-favoriseringen udgør en ændring i virksomhedens adfærd relateret til tjenesten leveret på upstream-markedet for at opnå en fordel på downstream-markedet
3. Egen-favoriseringen er egnet til eller vil sandsynligvis afskærme konkurrenter, der er mindst lige så effektive som den dominerende virksomhed
4. Egen-favoriseringen er egnet til eller vil sandsynligvis skade forbrugerne
5. Egen-favoriseringen er ikke objektivt begrundet og opvejes ikke af effektivitetsgevinster

## **5 GOOGLE SEARCH (SHOPPING) HOLDT OP IMOD TIDLIGERE PRAKSIS**

### **5.1 RETSPRAKSIS**

Nedenfor vil Googles egen-favorisering og den af Kommissionen anvendte juridiske test i *Google Search (Shopping)* blive holdt op imod tidligere praksis. Inspireret af den akademiske debat er den

relevante praksis blevet indsnævret til sager, der kan belyse, om Googles adfærd på beslutnings-tidspunktet ville kunne have været forbudt som leveringsnægtelse, implicit leveringsnægtelse eller diskrimination. Således inddrages sagerne *Bronner*, *Commercial Solvents*, *Stena Sealink* og *GT-Link*. I forhold til afgørelser vedrørende leveringsnægtelse er alene valgt domme, hvor nægtelsen af at levere er sket til kunder som også er *konkurrenter*. Dette af hensyn til afhandlingens omfang og da disse vurderes at belyse egen-favorisering bedst.

Derudover inddrages sager, som Kommissionen henviste til i relation til at etablere, at art. 102 finder anvendelse på løftestangsstrategier.<sup>200</sup> Disse sager er *CBEM-Télémarketing*, *Irish Sugar*, *Tetra Pak*, *Microsoft* og *TeliaSonera*.<sup>201</sup>

*Tetra Pak*<sup>202</sup> vedrørte kombinationssalg, som foreligger, hvor den dominerende virksomhed gør købet af et primært produkt afhængig af købet af et sekundært produkt. Sagen er udeladt af hensyn til afhandlingens omfang, da kombinationssalg, der specifikt er nævnt i art. 102, stk. 2, litra d, er en særskilt form for misbrug, der vurderes at adskille sig væsentligt fra egen-favorisering.

### 5.1.1 Leveringsnægtelse

#### 5.1.1.1 *Bronner*

Som bekendt afviste Kommissionen at anvende kriterierne etableret i den præjudicielle afgørelse i *Bronner*.<sup>203</sup> Det må dog vurderes, om denne afvisning var berettiget.

*Bronner* angik hvorvidt Mediaprint, et bladhus som drev den eneste landsdækkende udbringningsordning for aviser i Østrig, havde misbrugt sin dominerende stilling ved at nægte udgiveren af et konkurrerende dagblad, Oscar Bronner, at blive optaget i ordningen på vilkår og til priser svarende til de på markedet gældende.<sup>204</sup>

Domstolen fandt, at følgende betingelser skal være opfyldt, for at en leveringsnægtelse, som den i sagen omhandlende, kunne anses for misbrug:

*”[...] ikke alene [...] at nægtelsen af at levere den tjenesteydelse, udbringningen udgør, medfører, at enhver konkurrence på dagbladsmarkedet fra den virksomheds*

---

<sup>200</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 334

<sup>201</sup> *id.*, note 349 og 350 til præmis 334

<sup>202</sup> *Tetra Pak* (1996)

<sup>203</sup> *Bronner* (1998)

<sup>204</sup> *id.*, præmis 23

*side, som efterspørger tjenesteydelsen, udelukkes og ikke kan begrundes ud fra objektive forhold, men også, at tjenesteydelsen i sig selv er absolut nødvendig for udøvelsen af den pågældendes virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget reelt eller potentielt alternativ til den pågældende udbringningsordning.*<sup>205</sup>

Domstolen fandt ikke, at betingelserne var opfyldt, da der var andre tilgængelige distributionsmuligheder, herunder udbringning via postvæsenet og salg i forretninger og kiosker, og da der hverken var tekniske, juridiske eller økonomiske hindringer for, at Oscar Bronner opbyggede sin egen udbringningsordning.<sup>206</sup> Dette uanset, at de alternative distributionsmuligheder måtte være mindre fordelagtige og til trods for, at det ikke var økonomisk rentabelt for Oscar Bronner at opbygge sin egen udbringningsordning som følge af det beskedne oplag af hans dagblade.<sup>207</sup> For at kunne anse optagelse i Mediaprints udbringningsordning for absolut nødvendig, krævede Domstolen det godtgjort, at det ikke – for et oplag svarende til Mediaprints – var økonomisk rentabelt at opbygge en konkurrerende udbringningsordning med henblik på distribution af dagblade.<sup>208</sup>

For at en nægtelse af at give adgang til en facilitet kan anses for misbrug krævede Domstolen altså, (i) at nægtelsen udelukker enhver konkurrence fra den efterspørgende konkurrent, (ii) at nægtelsen ikke er objektivt begrundet, og (iii) at den efterspurgte tjeneste er absolut nødvendig, forstået på den måde, at der hverken er et reelt alternativ, heller ikke et mindre fordelagtigt et, eller et potentielt alternativ, idet det ikke er økonomisk rentabelt at lave en tilsvarende facilitet.

Domstolen i *Bronner* synes således – som påpeget i litteraturen<sup>209</sup> – at have defineret kriteriet 'absolut nødvendig' snævert.

*Google Search (Shopping)* adskiller sig imidlertid fra *Bronner* på flere væsentlige punkter. Først og fremmest, da Google (modsat Mediaprint) ikke nægtede, men derimod gav, sine konkurrenter adgang til den generiske søgetrafik fra Googles generelle søgesider, forstået på den måde at konkurrenterne blev vist som generiske søgeresultater. Det er således svært at se, hvordan der skulle foreligge et afslag i juridiske termer. I afgørelsen anfægtede Kommissionen netop også alene de mindre favorable vilkår, som konkurrenterne blev givet adgang under.

---

<sup>205</sup> *id.*, præmis 41

<sup>206</sup> *id.*, præmis 43-45

<sup>207</sup> *ibid.*

<sup>208</sup> *id.*, præmis 46

<sup>209</sup> Vesterdorf (2015), s. 7



Der er i litteraturen argumenteret for, at *Google Search (Shopping)* kan konstrueres som en sag om afslag på at give adgang til de fremtrædende pladser på Googles generelle søgesider.<sup>210</sup> I så fald bliver spørgsmålet, om det har betydning, om konkurrenterne har haft anmodet om at blive vist som fremtrædende resultater, førend der kan være tale om et afslag. Det er dog i nogen grad formalistisk at insistere på, at der skal foreligge et afslag i traditionel forstand, henset til den måde markedet fungerer på. Google indgår ikke aftaler med de prissammenligningstjenester eller andre websteder, der linkes til som generiske søgeresultater på Googles generelle søgesider. Hvorvidt der foreligger et afslag eller ej bliver således hurtigt et spørgsmål om semantik.

De to sager adskiller sig yderligere derved, at hvorimod Mediaprint og Oscar Bronner allerede var konkurrenter, så har Google aktivt taget en beslutning om at integrere vertikalt ind på markedet for prissammenligningstjenester, hvorved Google er blevet konkurrent til de prissammenligningstjenester, som Google linker til på sine generelle søgesider.

Som det fremgår, er der væsentlige forskelle mellem de to sager, hvorfor det kan anses for begrundet, at Kommissionen ikke har anvendt *Bronner*-kriterierne. Heroverfor kan det imidlertid anføres, at uanset at de to sager adskiller sig fra hinanden, så var virkningerne af Mediaprints afslag og Googles egen-favorisering i store træk sammenfaldende – Mediaprints konkurrent fik ikke adgang til Mediaprints udbringningsordning og Googles konkurrenter har ikke (længere) adgang til de fremtrædende pladser på Googles generelle søgesider.

Noget helt andet er, om Google er i besiddelse af en væsentlig facilitet, der er uundværlig for at konkurrere på markedet for prissammenligningstjenester, dvs. om *Bronner*-kriterierne ville have været opfyldt, hvis Kommissionen havde valgt at tage disse i betragtning som påstået af Google.

Kommissionen synes at være lykkedes med at etablere, at *Google Search* er en vigtig gateway for konkurrerende prissammenligningstjenester i forhold til at få adgang til brugere (modtage trafik) og følgelig deres evne til at konkurrere. Der er imidlertid, som anerkendt af Kommissionen,<sup>211</sup> alternative kilder til trafik, som Google ikke har kontrol over. Det er således tvivlsomt, at generisk søgetrafik fra Googles generelle søgesider kan anses for 'absolut nødvendigt' for at konkurrere på markedet for prissammenligningstjenester, sådan som dette kriterie er etableret i *Bronner*. Som det

---

<sup>210</sup> Graef (2019 A), s. 477

<sup>211</sup> Se afsnit 4.1 og *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 542

fremgår af *Bronner*-dommen, er det ikke tilstrækkeligt til at statuere absolut nødvendighed, at de alternative kilder er mindre populære end den generiske søgetrafik fra Googles generelle søgesider.

#### 5.1.1.2 *Commercial Solvents*

Der kan være grund til at gå lidt længere tilbage i tiden og se på *Commercial Solvents*-sagen<sup>212</sup>, hvor leveringsnægtelse var til prøvelse ved EU-Domstolen for første gang.<sup>213</sup>

Commercial Solvents havde en dominerende stilling på verdensmarkedet for produktion og salg af råmaterialer, som blev anvendt til fremstilling af følgeprodukter med ethambutol, et præparat mod tuberkulose.<sup>214</sup> Da Commercial Solvents planlagde selv at påbegynde fremstilling af disse følgeprodukter, stoppede Commercial Solvents med at levere råmaterialerne til sin faste kunde, den italienske lægemiddelvirksomhed Zoja.<sup>215</sup>

Commercial Solvents begrundede sit valg om at stoppe med at levere råmaterialerne med en omlægning i produktionen, der skete ud fra almindelige forretningsmæssige hensyn,<sup>216</sup> men Domstolen fandt at leveringsnægtelsen skete for at lette Commercial Solvents adgang til downstream-markedet for følgeprodukter,<sup>217</sup> og udtalte at;

*”[...] en sådan virksomhed, som har en dominerende stilling på området for fremstilling af råmaterialer og af denne grund er i stand til at kontrollere leveringerne til fabrikanter af følgeprodukter, kan imidlertid ikke, fordi den beslutter selv at påbegynde produktionen af disse følgeprodukter, en beslutning, hvorved den selv bliver konkurrent til sine tidligere kunder, handle således, at den eliminerer konkurrencen fra disse, i det foreliggende tilfælde således, at den eliminerer en af hovedproducenterne af ethambutol [...]”<sup>218</sup> (mine understregninger)*

Domstolen fandt således, at det udgjorde misbrug, at Commercial Solvents

---

<sup>212</sup> *Commercial Solvents* (1974)

<sup>213</sup> Fejø og Ølykke (2014), s. 353

<sup>214</sup> *Commercial Solvents* (1974), pkt. I og præmis 18

<sup>215</sup> *id.*, præmis 23-24

<sup>216</sup> *ibid.*

<sup>217</sup> *ibid.*

<sup>218</sup> *id.*, præmis 25

”[...] med henblik på at forbeholde disse råmaterialer for sin egen produktion af følgeprodukter nægte[de] at levere til en kunde, der også producere[de] disse følgeprodukter, med fare for at eliminere enhver konkurrence fra denne kunde.”<sup>219</sup>

Følgelig blev Commercial Solvents pålagt at genoptage leveringen af råmaterialerne til Zoja i samme mængde som tidligere leverancer.<sup>220</sup>

Indledningsvis er det værd at bemærke, at Domstolen ikke anvendte udtrykket uundværlig (absolut nødvendig) – dette udtryk er først kommet til i senere praksis.<sup>221</sup> Der kan imidlertid argumenteres for, at det indgik som et kriterie i dommen, at råmaterialerne var uundværlige. Commercial Solvents var den eneste kilde til råmaterialerne,<sup>222</sup> og Domstolen afviste eksplicit at andre spirende teknologier i forsøgsfasen kunne substituere råmaterialer produceret af Commercial Solvents,<sup>223</sup> og udtalte, at det ikke på ”økonomisk konkurrencedygtige vilkår” var muligt ”i industriel målestok” at fremstille følgeprodukterne af andre råmaterialer.<sup>224</sup>

I litteraturen er der fremført både det synspunkt, at Domstolen krævede uundværlighed<sup>225</sup> og det synspunkt, at Domstolen ikke gjorde.<sup>226</sup> Domstolen har imidlertid i *Bronner* bekræftet, at det var et kriterie i *Commercial Solvents*, at råmaterialerne var uundværlige.<sup>227</sup>

Endvidere er det værd at bemærke, at Domstolen ikke krævede udelukkelse af enhver konkurrence, men udelukkelse af enhver konkurrence fra den efterspørgende kunde – ligesom Domstolen i *Bronner*.

Der er betydelige ligheder mellem *Google Search (Shopping)* og *Commercial Solvents*, idet Google præcis ligesom Commercial Solvents, efter at have besluttet sig for at træde ind på et downstream-marked, ændrede sin adfærd på upstream-markedet med det formål at beholde et vigtigt input for sig selv –

---

<sup>219</sup> *ibid.*

<sup>220</sup> *id.*, præmis 42 og 46

<sup>221</sup> Se f.eks. *Bronner* (1998), men også *CBEM-Télémarketing* (1985)

<sup>222</sup> *Commercial Solvents* (1974), pkt. I

<sup>223</sup> *id.*, præmis 13

<sup>224</sup> *id.*, præmis 16

<sup>225</sup> Colomo (2019), s. 542

<sup>226</sup> Höppner (2017), s. 14

<sup>227</sup> *Bronner* (1998), præmis 38

for Google var det søgetrafik og for Commercial Solvents var det råmaterialer. Ligesom Commercial Solvents tog Google altså aktivt en beslutning, hvorved Google blev konkurrent til de prissammenligningstjenester Google hidtil havde forsynet med søgetrafik.

Der er imidlertid den forskel, at hvor Commercial Solvents stoppede helt med at levere råmaterialer til Zoja, modtog Googles konkurrenter stadig søgetrafik, og der var andre kilder til søgetrafik – men spørgsmålet er om den søgetrafik Googles konkurrenter var efterladt med var tilstrækkeligt til at de på *økonomiske konkurrencedygtige vilkår* kunne konkurrere med Googles prissammenligningstjeneste.

Der kan således argumenteres for, at *Google Search (Shopping)* burde have været eller i hvert fald *kunne* have været behandlet ligesom *Commercial Solvents*.

#### 5.1.1.3 CBEM-Télémarketing

*CBEM-Télémarketing*<sup>228</sup> vedrørte ligesom *Commercial Solvents* en dominerende virksomhed, der afbrød sine leverancer – men her en tjenesteydelse – til en eksisterende kunde. Denne sag vil ikke blive analyseret nærmere, da Domstolens præmisser i store træk er en gentagelse af præmisserne i *Commercial Solvents*. Dog skal det bemærkes, at Domstolen i *CBEM-Télémarketing* eksplicit anførte at, den i sagen omhandlede tjenesteydelse var ”*absolut nødvendig*” for kundens aktiviteter på downstream-markedet.<sup>229</sup>

#### 5.1.1.4 Stena Sealink

Kommissionen formulerede første gang et egentligt princip om væsentlige faciliteter i sin afgørelse i *Stena Sealink*<sup>230</sup>, som vedrørte adgang til en havn.<sup>231</sup> Kommissionen præciserede med henvisning til blandt andet *Commercial Solvents* og *CBEM-Télémarketing* at:

*”En virksomhed, som har en dominerende stilling på markedet for en væsentlig facilitet og selv benytter denne facilitet (en facilitet eller infrastruktur, som konkurrenterne nødvendigvis må have adgang til for at kunne præstere ydelser for deres kunder), og som uden objektiv grund nægter andre virksomheder adgang til denne facilitet eller kun giver dem adgang hertil på vilkår, der er mindre fordelagtige end*

---

<sup>228</sup> *CBEM-Télémarketing* (1985)

<sup>229</sup> *id.*, præmis 26

<sup>230</sup> *Stena Sealink* (1993)

<sup>231</sup> Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 776

*dem, der anvendes for dens egne ydelser, overtræder derved artikel [102], forudsat at de øvrige kriterier i denne artikel er opfyldt.<sup>232</sup> (min understregning)*

Herefter fandt Kommissionen, at Sealink, der ejede havnen i Holyhead og samtidig drev færgeoverfarter mellem Storbritannien og Irland, havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for havneydelser ved at nægte Sea Containers, som ønskede at drive en ny hurtigoverfart på samme rute, adgang til at benytte havnen på ikke diskriminerende vilkår. Sealink havde ikke udtrykkeligt nægtet Sea Containers adgang, men forhalet adgangen og i mellemtiden selv etableret en hurtigoverfart.<sup>233</sup>

Princippet har senere fundet anvendelse i flere sager for Kommissionen om adgang til kritisk infrastruktur.<sup>234</sup>

Der er betydelige ligheder mellem *Stena Sealink* og *Google Search (Shopping)*, idet begge sager vedrører en dominerende virksomhed der for at lette sin adgang til et downstream-markedet favoriserer sin egen downstream-aktivitet – en væsentlig forskel er imidlertid, at hvor Kommissionen eksplicit anførte at *Stena Sealink* var i besiddelse af en væsentlig facilitet, synes Kommissionen ikke at være af den opfattelse at Googles søgemaskine er en væsentlig facilitet.

#### 5.1.1.5 *Microsoft*

I *Microsoft*-sagen blev Microsoft pålagt en bøde for to misbrug, hvor det for nærværende analyse relevante misbrug vedrørte Microsofts afslag på at give sin konkurrent Sun licens på protokoller indeholdende teknisk information, såkaldte interoperabilitetsoplysninger, som Sun havde brug for, for at kunne lave styresystemer til arbejdsgruppeservere, der fungerede med Microsofts styresystem Windows.<sup>235</sup> Microsoft havde en dominerende stilling på såvel markedet for pc-styresystemer som downstream-markedet for styresystemer til arbejdsgruppeservere, hvor Sun var en konkurrent.<sup>236</sup> Microsoft havde tidligere givet disse interoperabilitetsoplysninger til sine konkurrenter men nægtede nu dette.<sup>237</sup>

---

<sup>232</sup> *Stena Sealink* (1993), præmis 66

<sup>233</sup> *id.*, præmis 75-76

<sup>234</sup> Se f.eks. *Rødby Havn* (1993); *Flughafen Frankfurt/Main* (1998); *GVG/FS* (2003)

<sup>235</sup> *Microsoft* (2007), præmis 36

<sup>236</sup> *id.*, præmis 30

<sup>237</sup> *id.*, præmis 41

Med hensyn til den relevante test henviste Retten til kriterierne fastslået af Domstolen i tidligere sager vedrørende immaterielle rettigheder.<sup>238</sup>

Således har Domstolen i *Magill*-dommen<sup>239</sup> fastslået og senere i *IMS Health*-dommen<sup>240</sup> bekræftet, at en dominerende virksomheds nægtelse af at give tredjemand adgang til at anvende et produkt eller en tjenesteydelse, der er omfattet af en immateriel rettighed, kun udgør misbrug under følgende særlige omstændigheder; (i) nægtelsen vedrører et produkt eller en tjenesteydelse, som er absolut nødvendig for at udøve en given aktivitet på et beslægtet marked, (ii) nægtelsen er til hinder for fremkomsten af et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel efter fra forbrugernes side (iii) nægtelsen kan føre til udelukkelse af enhver konkurrence på det beslægtede marked og (iv) nægtelsen er ikke objektivt begrundet.<sup>241</sup>

I forhold til kravet om uundværlighed, opretholdt Retten Kommissionens konstatering af, at det var nødvendigt for at konkurrenternes styresystemer til arbejdsgruppeservere "*kunne konkurrere bæredygtigt*" med Microsofts styresystemer til arbejdsgruppeservere, at de fungerede "*på lige fod*" med Windows-domænearkitekturen som Microsofts egne styresystemer.<sup>242</sup> Dette, selvom der var en lille andel af konkurrenter, der var i stand til at operere på markedet uden disse oplysninger.<sup>243</sup> Retten anså det således som afgørende, om der var et *bæredygtigt* alternativ snarere end ved om der overhovedet var et alternativ, sådan som Domstolen gjorde i *Bronner*.

Retten fastslog endvidere, at det ikke er nødvendigt at påvise, at enhver konkurrence på markedet vil blive udelukket som resultat af afslaget på at give licens, men derimod "*om der er fare, eller sandsynlighed, for, at afslaget fører til udelukkelse af enhver effektiv konkurrence på markedet*"<sup>244</sup> (min understregning). Retten understregede i den forbindelse, at en marginal tilstedeværelse af den dominerende virksomheds konkurrenter ikke er tilstrækkeligt til at fastslå, at der fortsat foreligger effektiv konkurrence.<sup>245</sup> Vesterdorf, daværende præsident for Retten, har selv senere bemærket, at dette skifte

---

<sup>238</sup> *id.*, præmis 330-333

<sup>239</sup> *Magill* (1995)

<sup>240</sup> *IMS Health* (2004)

<sup>241</sup> Se *Magill* (1995), præmis 52-56 og *IMS Health* (2004), præmis 38

<sup>242</sup> *Microsoft* (2007), præmis 374

<sup>243</sup> *id.*, præmis 424-433

<sup>244</sup> *id.*, præmis 563

<sup>245</sup> *ibid.*

fra eliminering af enhver konkurrence til eliminering af enhver effektiv konkurrence har løsnet på betingelserne for at statuere overtrædelse af art. 102.<sup>246</sup>

Det må bemærkes, at testen i *Microsoft* langt fra mister sin relevans for *Google Search (Shopping)* ved at omhandle nægtelse af adgang til at anvende immaterielle rettigheder. Dette, da kun kriteriet om, at nægtelsen skal være til hinder for fremkomsten af nye produkter, er særlig for sager om immaterielle rettigheder.<sup>247</sup> Derudover er det ikke alene testen i sig selv, men det forhold, at Retten sænkede standarden for opfyldelse af de enkelte kriterier, der er interessant.

Som det fremgår anvendte Retten godt nok de af Domstolen i tidligere retspraksis fastsatte kriterier, men sænkede, som Kommissionen, tærsklen for opfyldelse heraf. Dette viser, at hvis Kommissionen havde valgt at analysere *Google Search (Shopping)* som en sag om leveringsnægtelse, er det ikke givet, at de strenge kriterier etableret i tidligere praksis skulle have været anvendt én-til-én. Eftersom Microsoft ikke appellerede sagen til Domstolen, har Domstolen dog ikke haft lejlighed til at tage stilling til, om de lavere standarder anvendt af Kommissionen og Retten kan anerkendes generelt – uden for sagens særlige omstændigheder.

Det blev i *Microsoft*-sagen tillagt betydning, at Microsofts dominerende stilling på markedet for pc-styresystemer udviste ”ganske særlige træk”, idet Microsofts markedsandele på dette marked udgjorde over 90% og Windows repræsenterede ”de facto-standard” for pc-styresystemer.<sup>248</sup> Lignende betragtninger kan fremføres om Googles dominerende stilling på markedet for generelle søgetjenester. Som tidligere omtalt har Google ligeledes markedsandele på over 90 %, og Google er om noget *de facto standard* for generelle søgninger på internettet – man søger ikke længere, man ”googler”.

Derudover er der en lighed mellem de to sager, idet der i begge sager synes at blive lagt vægt på sikring af lige muligheder. I *Microsoft*, derved, at konkurrenternes styresystemer som nævnt ovenfor skulle kunne fungere ”på lige fod” med Windows-domænearkitekturen som Microsofts egne styresystemer. I *Google Search (Shopping)* derved, at de konkurrerende prissammenligningstjenester skal have adgang til samme visning og placering som *Google Shopping* på Googles generelle søgesider.

---

<sup>246</sup> Vesterdorf (2008), s. 8.

<sup>247</sup> *Microsoft* (2007), præmis 334

<sup>248</sup> *id.*, præmis 387

En yderligere lighed er bekymringen for at forbrugerne bliver frataget deres reelle valgmuligheder. I Microsoft fandt Retten, at som følge af konkurrenternes manglende mulighed for at udbyde styresystemer, der kunne fungere med Windows-domænearkitekturen ”fastlåses stadig flere forbrugere i en homogen Windows-løsning”<sup>249</sup>. I *Google Search (Shopping)* fandt Kommissionen som bekendt, at Googles adfærd sandsynligvis ville fratage forbrugerne deres valgmuligheder.<sup>250</sup>

## 5.1.2 Implicit leveringsnægtelse

### 5.1.2.1 *TeliaSonera*

Domstolens præjudicielle afgørelse i *TeliaSonera*<sup>251</sup>, vedrørte kriterierne for at anse avancepres for misbrug af en dominerende stilling. Avancepres opstår hvor den dominerende virksomhed forlanger en pris for et produkt på upstream-markedet, som i forhold til den pris, den forlanger på downstream-markedet, ikke giver en lige så effektiv konkurrent mulighed for permanent at drive rentabel handel på downstream-markedet.<sup>252</sup>

Et af de præjudicielle spørgsmål i sagen var, om den vare eller tjenesteydelse, som den dominerende virksomhed udbyder på upstream-markedet, skal være uundværlig for at konkurrenterne kan levere på downstream-markedet.<sup>253</sup> Hertil udtalte Domstolen, at det er i forbindelse med avancepressets virkninger, at uundværligheden for så vidt angår upstream-produktet kan være relevant.<sup>254</sup>

Det blev også i dommen behandlet, hvorvidt avancepres er en variant af doktrinen om en væsentlig facilitet og følgelig bør være underlagt *Bronner*-kriterierne, som foreslået af generaladvokat Mazak i hans forslag til en afgørelse i sagen.<sup>255</sup>

*TeliaSonera* havde gjort gældende, at dominerende virksomheder frit bør kunne fastsætte deres handelsvilkår, medmindre betingelserne er så ugunstige for medkontrahenterne, at de under hensyn

---

<sup>249</sup> *id.*, præmis 650

<sup>250</sup> Se afsnit 4.2.2.5

<sup>251</sup> *TeliaSonera* (2011)

<sup>252</sup> Kom. Vejledning, pkt. 80

<sup>253</sup> *TeliaSonera* (2011), præmis 19

<sup>254</sup> *id.*, præmis 69

<sup>255</sup> Generaladvokat Mazak i *TeliaSonera* (2011), pkt. 23



til de i *Bronner*-dommen opstillede kriterier kan betragtes som en leveringsnægtelse.<sup>256</sup> Hertil udtalte Domstolen, at en sådan fortolkning fulgte af en ”*urigtig læsning af dommen*”<sup>257</sup> og:

*”Det kan især ikke udledes af [Bronner-dommen], at de nødvendige betingelser med henblik på at fastslå tilstedeværelsen af en leveringsnægtelse nødvendigvis også skal finde anvendelse i forbindelse med vurderingen af misbrug som følge af en adfærd, som har bestået i at lade udbud af tjenester eller varesalg være omfattet af ufordelagtige vilkår [...]”*<sup>258</sup> (min understregning)

Avancepres var ifølge Domstolen ”*en selvstændig form for misbrug*”, forskellig fra en leveringsnægtelse.<sup>259</sup> Herefter anførte Domstolen, at en modsat fortolkning af *Bronner*-dommen i øvrigt ville:

*”kræve, at betingelserne for at fastslå, at der foreligger en leveringsnægtelse, altid skal være opfyldt, for at enhver adfærd, der udvises af en dominerende virksomhed vedrørende dennes handelsvilkår, skal betragtes som misbrug, hvilket utilbørligt vil svække den effektive virkning af artikel 102 TEUF.”*<sup>260</sup> (mine understregninger)

Det er imidlertid endnu uklart, hvorvidt Domstolens konstatering af at betingelserne for en leveringspligt ikke behøver at være opfyldt i relation til avancepres, kan udstrækkes til at gælde bredere end kun avancepres. Domstolens henvisning til ”ufordelagtige vilkår” og ”handelsvilkår” synes at give mulighed for at ræsonnementet kan udvides til andre former for misbrug – f.eks. egen-favorisering.

I *Slovak Telekom*-dommen<sup>261</sup>, som er afsagt efter Kommissionens afgørelse i *Google Search (Shopping)* fortolkede Retten Domstolens udsagn i *TeliaSonera* og anførte om Domstolens henvisning til ”ufordelagtige vilkår” og ”handelsvilkår” (frem for specifikt at nævne avancepres), at:

*”Such wording suggests that the exclusionary practices to which reference was therefore made concerned not solely a margin squeeze, but also other business practices*

---

<sup>256</sup> *TeliaSonera* (2011), præmis 54

<sup>257</sup> *id.*, præmis 55

<sup>258</sup> *ibid.*

<sup>259</sup> *id.*, præmis 56

<sup>260</sup> *id.*, præmis 58

<sup>261</sup> *Slovak Telekom* (2018)

*capable of producing unlawful exclusionary effects for current or potential competitors, [...]'*<sup>262</sup>

Efter denne udtalelse fra Retten i *Slovak Telekom* synes en udvidende fortolkende af Domstolens udtalelse i *TeliaSonera* berettiget.

Det er foreslået i litteraturen, at der fra *Google Search (Shopping)* kan laves en analogi til implicit leveringsnægtelse og avancepres. Argumentet er at Kommissionen herved kunne have kommet uden om uundværlighedskriteriet uden at etablere en ny teori om egen-favorisering som misbrug.<sup>263</sup>

Sådanne forslag har nogen berettigelse. Som det fremgår af Kommissionens Vejledning, kan et implicit afslag f.eks. bestå i at "*virksomheden forsinker leveringen urimeligt*", "*forringer leveringen*" eller "*fastsætter urimelige leveringsbetingelser*";<sup>264</sup> og ovenstående udtalelser fra Domstolen i *TeliaSonera* og Retten i *Slovak Telekom* understøtter muligheden for at lave en sådan analogi. Det fremgår imidlertid af Vejledningen, at denne anser det for en betingelse for at gribe ind over for avancepres, at avancepreset vedrører et produkt eller en tjeneste "*der objektivt set er en nødvendig forudsætning*" for at virksomheder kan konkurrere på et downstream-marked.<sup>265</sup>

I forhold til at lave en analogi, kan der argumenteres for at Googles nedgradering af konkurrenterne på Googles generelle søgesider kan ses som et implicit afslag, idet det er et alternativ til at nægte at vise konkurrenterne som søgeresultater men med tilsvarende virkninger; konkurrenterne presses ud. For diskussionens skyld kan det forudsættes, at egen-favorisering kan anses som et modsvar til avancepres på markeder hvor virksomheder ikke konkurrerer på pris men på visning for at tiltrække brugere (genere trafik), som det er tilfældet på markedet for prissammenligningstjenester. Så hvor upstream-operatøren ved avancepres presser sine downstream-konkurrenter ud på prisen kan en platform som Google presse sine konkurrenter ud ad det virtuelle vindue.

### 5.1.3 Diskrimination

#### 5.1.3.1 *GT-Link*

I den præjudicielle afgørelse i *GT-Link*-sagen, havde DSB, en offentlig dansk jernbanevirksomhed, der ejede og drev en trafikhavn, fritaget sin egen færgerute samt – og på grundlag af gensidighed –

---

<sup>262</sup> *id.*, præmis 126

<sup>263</sup> Graef (2019 B), s. 59; Bostoen (2018), s. 17 ff.

<sup>264</sup> Kom. Vejledning, pkt. 79

<sup>265</sup> Kom. Vejledning, pkt. 81

visse af sin samarbejdspartners færgeruter for betaling af afgifter men samtidig opkrævet afgifter fra GT-Link, et rivaliserende fergeselskab.<sup>266</sup> Domstolen udtalte, at adfærden kunne udgøre misbrug i strid med art. 102, stk. 2, litra c for så vidt dette indebar ”*anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi*”.<sup>267</sup>

Som det anføres i litteraturen, er *GT-Link* således et eksempel på, at art. 102, stk. 2, litra c kan anvendes på tilfælde, hvor en vertikalt integreret dominerende virksomhed ved diskrimination søger at give egen virksomhed på et downstream-marked en fordel på bekostning af downstream-konkurrenter, som både er kunder og rivaler.<sup>268</sup> Et andet eksempel er *Deutsche Bahn*-sagen.<sup>269</sup>

*Google Search (Shopping)* har visse ligheder med *GT-Link*. Et af synspunkterne i litteraturen er da også, at sagen passer bedst under den juridiske ramme for diskriminerende misbrug i art. 102, stk. 2, litra c.<sup>270</sup> Kommissionen henviste imidlertid ikke til art. 102, stk. 2, litra c, ej heller blev sagen behandlet som en om diskrimination. Essensen af Googles misbrug var ikke diskriminationen men de ekskluderende virkninger heraf og hvorvidt det var egnet til at udvide Googles dominerende stilling fra upstream-markedet til downstream-markedet.

I tillæg hertil kan der argumenteres for, at art. 102, stk. 2, litra c ikke er den rette hjemmel til behandling af en vertikalt integreret virksomheds favorisering af egne aktiviteter på et downstream-marked, idet bestemmelsens forbud som fastslået af Domstolen i *British Airways* er rettet imod diskrimination hvorved den dominerende virksomheds medkontrahter favoriseres eller stilles ringere i den konkurrence, de fører indbyrdes.<sup>271</sup>

Uanset at *GT-Link* ikke er begrundet i doktrinen om væsentlige faciliteter, ligesom *Stena Sealink*, er der ikke desto mindre tale om kritisk infrastruktur.

---

<sup>266</sup> *GT-Link* (1997), præmis 14

<sup>267</sup> *id.*, præmis 41

<sup>268</sup> O’Donoghue og Padilla (2013), s. 780; Petit (2015), s. 3

<sup>269</sup> *Deutsche Bahn* (1997)

<sup>270</sup> Valdivia (2018), s. 58; se ligeledes Petit (2015) s. 3, der kalder art. 102, stk. 2, litra c er et ligetil retsgrundlag for en teori om egen-favorisering som misbrug

<sup>271</sup> *British Airways* (2007), præmis 143. Se også *Clearstream* (2009), præmis 192; Höppner (2017), s. 4; Nazzini (2016), s. 14

### 5.1.3.2 *Irish Sugar*

Et af flere misbrug i Rettens afgørelse i *Irish Sugar*<sup>272</sup> var prisdiskrimination, hvorved Irish Sugar, den største sukkerleverandør i Irland, søgte at give egen virksomhed på et downstream-marked en fordel. Irish Sugar, der både var aktiv på industrisukkermarkedet og på detailsukkermarkedet, havde anvendt diskriminerende industrisukkerpriser over for sukkerpakkerier, der konkurrerede med Irish Sugar på detailmarkedet.<sup>273</sup>

Efter at have henvist til Domstolens ræsonnement i *Commercial Solvents* udtalte Retten:

*”Selv om en undladelse af at yde tilsvarende rabatter til andre købere af industrisukker ikke er ensbetydende med en leveringsnægtelse, er der i princippet tale om et misbrug af en dominerende stilling på et marked for at påvirke konkurrencen på et andet marked.”*<sup>274</sup>

Heraf fremgår, at ræsonnementet i *Commercial Solvents* kan anvendes uden at der behøver at være tale om en leveringsnægtelse. Hverken Kommissionen eller Retten støttede imidlertid statueringen af misbrug alene herpå, men på art. 102, stk. 2, litra c.<sup>275</sup>

Dette da prisdiskriminationen havde fordrejet konkurrencen mellem sukkerpakkerierne. I denne sag blev art. 102, stk. 2, litra c således anvendt efter sin ordlyd og som advokeret for ovenfor.

Det udelukkede ifølge Retten ikke anvendelse af denne bestemmelse, at den pågældende praksis fandt sted på et marked (industrisukkermarkedet) men virkede på et tilgrænsende, men særskilt marked (detailsukkermarkedet).<sup>276</sup>

## 5.2 EN NY TEST?

Som det fremgår af analysen ovenfor, er løftestangsstrategier ikke en ny problemstilling. De sager Kommissionen har henvist til repræsenterer løftestangsstrategier i forskellige afskygninger – og alle med en test forskellig fra den Kommissionen har anvendt i *Google Search (Shopping)*. Også de øvrige

---

<sup>272</sup> *Irish Sugar* (1999)

<sup>273</sup> *id.*, præmis 51 og 57

<sup>274</sup> *id.*, præmis 166

<sup>275</sup> *Irish Sugar* (1999), præmis 163-164

<sup>276</sup> *id.*, præmis 165

inddragne sager indeholder en anden test end den af Kommissionen anvendte. Baseret på ovenstående analyse vurderes det således, at Kommissionen har udviklet en ny test indeholdende betingelser for at anse egen-favorisering – som en ny form for løftestangsstrategi – som misbrug i strid med art. 102 i TEUF.

Som det fremgår af analysen, kunne egen-favorisering godt forbydes før Kommissionens afgørelse i *Google Search (Shopping)*, dette inden for doktrinen om væsentlige faciliteter, som eksemplificeret i *Stena Sealink*.

Muligvis ville egen-favoriseringen ligeledes have kunnet forbydes ved anvendelse af art. 102, stk. 2, litra c, dog formentlig kun hvis der er tale om kritisk infrastruktur eller den vertikalt integrerede virksomhed ikke blot diskriminerer til fordel for sine egne aktiviteter, men samtidig diskriminerer mellem flere uafhængige konkurrenter, hvilket ikke er ren egen-favorisering.

## 6 BØR EGEN-FAVORISERING FORBYDES?

Dette afsnit vil diskutere hensigtsmæssigheden af at forbyde egen-favorisering, således at en vertikalt integreret virksomhed med en dominerende stilling på et upstream-marked ikke må favorisere sine aktiviteter på et tilknyttet men separat downstream-marked. Et sådant forbud forudsætter naturligvis, at egen-favorisering overhovedet kan karakteriseres som misbrug. Idet Kommissionen i *Google Search (Shopping)* fandt dette at være tilfældet, vil en del af diskussionen også berøre rækkevidden af denne afgørelse.

### 6.1 FAVORISERING AF EGEN VIRKSOMHED – 'EVERYDAY BUSINESS'

Det er uundgåeligt at adressere, at egen-favorisering er allestedsnærværende – vertikalt integrerede virksomheder favoriserer helt naturligt deres egne downstream-aktiviteter, da sådan favorisering af egen virksomhed på bekostning af konkurrenter i sagens natur er en del af den konkurrencemæssige proces.<sup>277</sup> Det anføres ligefrem, at:

*"Self-preferencing has never been seen as a concern, but as an expression of competition on the merits."<sup>278</sup>*

---

<sup>277</sup> Polley (2019), s. 219; Vesterdorf (2015), s. 6-9

<sup>278</sup> Colomo (2019)

Herudover er det anerkendt,<sup>279</sup> at vertikal integration ofte er begrundet i effektivitetsgevinster og synergieffekter, der kan virke konkurrencefremmende til gavn for forbrugerne. Et forbud mod egen-favorisering er essentielt et forbud mod, at den vertikalt integrerede virksomhed drager fordel af disse effektivitetsgevinster og synergieffekter, og kan følgelig mindske eller helt fjerne incitamentet for vertikal integration.<sup>280</sup> Henset til at vertikal integration blandt andet sker ved organisk vækst, vil konsekvenserne af et forbud mod egen-favorisering følgelig være, at samfundet mister organisk vækst.

Således kan der argumenteres for, at muligheden for at favorisere egen virksomhed er en rimelig belønning for den vertikalt integrerede virksomhed. Eksempliceres dette ræsonnement med Google, har Google investeret i *Google Search* og tilknyttede søgetjenester som *Google Shopping* – der stilles ’gratis’<sup>281</sup> til rådighed for forbrugerne. Googles mulighed for at generere indtjening baseres delvist på adgang til at råde over søgesiderne på *Google Search*, der trods alt er Googles ejendom, ved eksempelvis at favorisere *Google Shopping*. Det kan således overvejes, om det er samfundsgavnligt, at Google – og øvrige vertikalt integrerede virksomheder – ’straffes’ for at være innovative, udviklende og, på baggrund heraf, succesfulde.

## 6.2 EGEN-FAVORISERING – MISBRUG I KONKURRENCERETLIG FORSTAND?

Uanset hensynene til virksomheders økonomiske hensyn må egen-favorisering vurderes i lyset af de overordnede formål med EU-konkurrenceretten. Det har i denne henseende stor betydning for vurderingen af, om egen-favorisering bør forbydes, hvilket normativt ideal man holder spørgsmålet op imod. Nedenfor holdes det derfor op imod forskellige økonomiske og konkurrencepolitiske mål som EU-konkurrenceretten forfølger.<sup>282</sup>

Et muligt udgangspunkt er at holde forbuddet op imod formålet om at sikre *økonomisk frihed* for alle markedsdeltagere til at handle uden at møde kunstige forhindringer skabt af dominerende virksomheder med markedsmagt. Bag dette formål ligger økonomiske antagelser om, at et marked med mange deltagere, i modsætning til et koncentreret marked, skaber den bedste markedspræstation.<sup>283</sup> Ud fra sådanne betragtninger kan det være begrundet at forbyde, at dominerende virksomheder

---

<sup>279</sup> Se afsnit 3.1

<sup>280</sup> Geradin & Petit (2006), s. 521

<sup>281</sup> Forstået monetært – forbrugerne betaler med data.

<sup>282</sup> Som beskrevet i afsnit 2.1

<sup>283</sup> Harvard-skolen, se Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 544

favoriserer egne downstream-aktiviteter, idet konkurrenterne således sikres adgang til downstream-markedet og får en *fair chance* for at konkurrere med den dominerende virksomheds downstream-aktiviteter.

Et forbud mod egen-favorisering kan således søges legitimeret ud fra *fairness*-betragtninger og med henvisning til, at det sikrer *lige muligheder* for flere virksomheder, hvilket er i overensstemmelse med, at EU-Domstolen, som tidligere nævnt, har understreget, at en ufordrejet konkurrence kun kan garanteres, hvis virksomhederne sikres lige muligheder.<sup>284</sup> En ukritisk prioritering af økonomisk frihed kan imidlertid lede til beskyttelse af konkurrenter frem for konkurrencen. Det er i den forbindelse værd at bemærke, at en høj markedsconcentration ikke nødvendigvis i sig selv er problematisk, da markedsconcentration (ud fra økonomiske antagelser) kan ses som en naturlig følge af, at de mest effektive virksomheder efterhånden udkonkurrerer de mindre effektive virksomheder.<sup>285</sup>

Henset hertil kan der, under henvisning til målet om at fremme *økonomisk effektivitet*, argumenteres for, at ikke enhver konkurrent bør beskyttes, men udelukkende konkurrenter, der er *lige så effektive* som den dominerende virksomhed. Som tidligere nævnt tilsigter Kommissionen og EU-Domstolene da heller ikke blot at beskytte konkurrenterne, men derimod konkurrencen som helhed.<sup>286</sup>

Det anføres i litteraturen at et underliggende og grundlæggende formål med konkurrencereglerne er at bevare virksomhedernes evne og incitamentet til at udkonkurrere rivaler på markedet.<sup>287</sup> I tråd hermed anføres det, at dominerende virksomheder ikke er forpligtede til at assistere deres rivaler.<sup>288</sup> Konkurrencereglerne skal med andre ord fremme *rivalisering* til gavn for forbrugerne. Ud fra sådanne betragtninger kan det være svært at se det hensigtsmæssige i at forbyde egen-favorisering, idet et forbud mod egen-favorisering er tenderende til at forpligte dominerende virksomheder til aktivt at assistere deres konkurrenter.

Omvendt er det måske berettiget at anse egen-favorisering som misbrug, hvis de mindre favorable vilkår for konkurrenterne – på grund af karakteristika ved markedet og aktørerne – reelt fratager konkurrenterne enhver betydelig chance for at konkurrere med den dominerende virksomhed på downstream-markedet. Der kan således argumenteres for, at realiteten med få online platforme,

---

<sup>284</sup> Se afsnit 2.3.4. Se også *Deutsche Telekom* (2010), præmis 230; *Telefónica* (2012), præmis 204

<sup>285</sup> Chicago-skolen, se Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 546

<sup>286</sup> Se afsnit 2

<sup>287</sup> Colomo (2015), s. 74

<sup>288</sup> Graef (2019 A), s. 484

der dominerer flere og flere markeder giver anledning til at overveje, om der er behov for at beskytte *endnu ikke* lige så effektive konkurrenter.<sup>289</sup>

Herudover bør formålet om beskyttelse af *forbrugervelfærd* tages i betragtning, hvilket Kommissionen forstår bredt som omfattende i hvert fald pris, kvalitet, udvalg og innovation.<sup>290</sup> Et forbud mod egen-favorisering er ikke nødvendigvis lige hensigtsmæssigt eller uhensigtsmæssigt holdt op imod hver af disse former for forbrugervelfærd, hvilket diskuteres og illustreres nærmere i afsnit 6.3.

Hvorvidt egen-favorisering bør forbydes kan endvidere ses som et spørgsmål om, hvorvidt man vil beskytte konkurrencen *på* markedet eller tilskynde til konkurrence *om* markedet.<sup>291</sup> Et valg, som kan have betydning for, hvilken type innovation der stimuleres, idet det i den økonomiske litteratur anføres, at konkurrence *på* markedet typisk leder til statisk innovation såsom follow-on innovation, hvorimod konkurrence *om* markedet typisk leder til forstyrrende innovation, der angriber eksisterende markedsstrukturer og leder til udvikling af nye markeder.<sup>292</sup> Følgelig kan der argumenteres for, at et forbud mod egen-favorisering vil stimulere konkurrencen *på* markedet og statisk innovation, idet forbuddet som nævnt vil skabe lige muligheder for flere virksomheder under de gældende markedsstrukturer.

### 6.3 EGEN-FAVORISERING – EN ALTERNATIV ART LEVERINGSNÆGTELSE?

Til yderligere belysning af om (og evt. under hvilke betingelser) egen-favorisering bør forbydes, kan der drages paralleller til leveringsnægtelse.

Først og fremmest kan det anføres, at lige så vel som en dominerende virksomhed principielt er berettiget til at disponere frit over egen ejendom og til at handle med hvem den vil, bør den principielt være berettiget til at favorisere sine egne vertikalt integrerede aktiviteter.<sup>293</sup> Der kan således argumenteres for, at egen-favorisering kun bør anses for misbrug under betingelser svarende til de for misbrug i form af leveringsnægtelse gældende.

Retten til frit at kontrahere og retten til at disponere frit over sin ejendom er grundlæggende principper i EU-retten og i medlemsstaternes retsorden, hvorfor indgreb i disse rettigheder som anført

---

<sup>289</sup> *ibid.*

<sup>290</sup> Se Kom. Vejledning, pkt. 6, 11 og 19

<sup>291</sup> Se Graef (2019 B), s. 51, der behandler spørgsmålet om hvorvidt virksomheder bør give adgang til deres væsentlige faciliteter som en afvejning af konkurrence *på* og *om* markedet

<sup>292</sup> *id.*, s. 47-48; Christensen og Raynor (2003), s. 32-34

<sup>293</sup> Colomo (2015), s. 65



af Kommissionen kræver ”*nøje overvejelse*”<sup>294</sup> – hvilket må gælde uanset hvilken form dette indgreb tager.

Tilsvarende har det været anført, at et forbud mod at favorisere egne downstream-aktiviteter kan have de samme (negative) effekter på en virksomheds incitament til at investere og innovere som en forpligtelse til at levere til downstream-konkurrenter.<sup>295</sup> Sådanne overvejelser synes berettigede, for effekten bliver jo reelt den samme; nemlig at konkurrenterne skal have adgang til den dominerende virksomheds facilitet eller input og i førstnævnte tilfælde endda på samme vilkår som den dominerende virksomheds egne downstream-aktiviteter. Det er også netop derfor, at visse forfattere anfører, at egen-favorisering og leveringsnægtelse er to sider af samme sag.<sup>296</sup>

Et forbud mod egen-favorisering kan, ligesom en leveringsforpligtelse, risikere at gøre mere skade end gavn. Det er klart, at på *kort sigt* kan et forbud mod egen-favorisering øge konkurrencen på downstream-markedet og eksempelvis lede til lavere priser for forbrugerne, idet konkurrenterne vil få adgang til at konkurrere med den dominerende virksomhed på downstream-markedet.

På *længere sigt* kan et forbud mod egen-favorisering imidlertid reducere investeringer og innovation. Retten til at beholde et aktiv for sig selv og sine egne aktiviteter er vigtigt for virksomheders incitament til at investere og innovere. Som forklaret af generaladvokat Jacobs i *Bronner*-sagen, og som anerkendt af Kommissionen i Vejledningen, kan dominerende virksomheder miste incitamentet til at investere og innovere, hvis de ikke forventer at kunne udnytte gevinsten ved investeringerne efter eget ønske.<sup>297</sup> Det er, meget naturligt, udsigterne til at kunne genvinde investeringsomkostninger og forventningerne om profit, der driver virksomheder til at investere og innovere.<sup>298</sup>

Et forbud mod egen-favorisering kan ikke kun reducere den dominerende virksomheds men også downstream-konkurrenternes incitament til at investere i innovation. I relation til leveringspligt anfører Kommissionen i Vejledningen, at konkurrenterne kan ”*blive fristet til at udnytte den dominerende virksomheds investeringer gratis i stedet for at investere selv.*”<sup>299</sup> Tilsvarende må gøre sig gældende for egen-favorisering, idet et forbud vil indebære, at downstream-konkurrenterne kan forvente at få adgang

---

<sup>294</sup> Kom. Vejledning, pkt. 75

<sup>295</sup> Colomo (2015), s. 75

<sup>296</sup> *ibid.*, Vesterdorf (2015), s. 6-9

<sup>297</sup> Generaladvokat Jacobs i *Bronner* (1998), præmis 57; Kom. Vejledning, pkt. 75

<sup>298</sup> O’Donoghue og Padilla (2013), s. 784; Devlin (2014), s. 359

<sup>299</sup> Se Kom. Vejledning, pkt. 75; se ligeledes Generaladvokat Jacobs i *Bronner* (1998), præmis 57

til den dominerende virksomheds facilitet på samme vilkår som den dominerende virksomheds egne aktiviteter, således tilskyndende til såkaldt 'free-riding'.

Omvendt kan et forbud mod egen-favorisering øge konkurrenternes incitament til at investere i follow-on innovation, fordi deres adgang til markedet bevares, og konkurrencepresset kan tilskynde den dominerende virksomhed til at investere i innovation, hvorved diskussionen endnu en gang relaterer sig til, hvorvidt man vil beskytte konkurrencen *på* markedet eller tilskynde til konkurrence *om* markedet.<sup>300</sup>

Diskussionen om et forbud mod egen-favorisering er i denne henseende grundlæggende en afvejning af konkurrencen på længere hhv. kort sigt – eller, i økonomiske termer, mellem *ex ante*-incitamenter til investering og innovation og *ex post*-effektivitetsgevinster som følge af øget konkurrence på downstream-markedet.<sup>301</sup>

Endelig må det, under parallel til leveringsnægtelse, overvejes, om egen-favorisering der er udtryk for en ændring i adfærd, skal vurderes strengere, end hvis den dominerende virksomhed hele tiden har egen-favoriseret og dermed hele tiden beholdt sin facilitet eller sit input for sig selv. For leveringsnægtelse sondres netop mellem leveringsafbrydelser og såkaldte *de novo*-leveringsnægtelser,<sup>302</sup> hvorved forstås afslag på levering, hvor den dominerende virksomhed ikke tidligere har leveret til udenforstående.<sup>303</sup> Som anført af Kommissionen er det "*mere sandsynligt, at der konstateres misbrug ved ophævelse af en eksisterende leveringsaftale end ved en de novo-leveringsnægtelse.*"<sup>304</sup>

Begrundelsen for at sondre er, at forudgående levering kan have ledt rivaler til at lave specifikke investeringer under berettigede forventninger om fremtidig levering.<sup>305</sup> Derudover indikerer den dominerende virksomheds tidligere interesse i at levere, i Kommissionens optik, at en leveringsforpligtelse ikke vil indebære nogen risiko for, at den dominerende virksomhed ikke får tilstrækkelig kompensation for den oprindelige investering.<sup>306</sup> Sådanne betragtninger gør sig ligeledes gældende

---

<sup>300</sup> Graef (2019 B), s. 51

<sup>301</sup> Se Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 764-765

<sup>302</sup> Kom. Vejledning, pkt. 84

<sup>303</sup> *ibid.*

<sup>304</sup> *ibid.*

<sup>305</sup> *ibid.* Se også *Clearstream* (2009), præmis 242-243; O'Donoghue og Padilla (2013), s. 575

<sup>306</sup> Kom. Vejledning, pkt. 84

i relation til egen-favorisering, hvorfor det ikke nødvendigvis er uden betydning, om egen-favoriseringen er en adfærdsændring.

Det er imidlertid vigtigt at bemærke, at berettigelsen af denne sondring, trods Kommissions opfattelse, kan diskuteres. Der kan argumenteres for, at retspraksis vedr. leveringsnægtelse repræsenterer et samlet sæt principper, forstået på den måde, at der ikke sondres mellem, om der tidligere har været leveret eller ej.<sup>307</sup> Analysen i afsnit 5.1 viser netop også, at EU-Domstolen i sager om leveringsnægtelse kræver uundværlighed, uagtet at f.eks. *Commercial Solvents* og *CBEM-Télémarketing* vedrørte leveringsafbrydelser mens *Bronner* vedrørte en *de novo*-leveringsnægtelse.

#### 6.4 EN SÆRLIG FORPLIGTELSE FOR ONLINE PLATFORME

Kommissionens opfattelse af forbudt egen-favorisering relaterer sig som bekendt i nogen grad til online platforme. Det må således vurderes, i hvilket omfang online platformes særlige karakteristika kan begrunde en skærpet vurdering af egen-favorisering. Først må de nærmere omstændigheder i *Google Search (Shopping)* dog overvejes, for herved at kunne vurdere rækkevidden af afgørelsen, dvs. i hvilken grad bedømmelsen af Googles egen-favorisering er relevant uden for sagens omstændigheder.

##### 6.4.1 Rækkevidden af *Google Search (Shopping)*

En mulig fortolkning af afgørelsen i *Google Search (Shopping)* er, at Kommissionen har etableret et *generelt* princip om, at dominerende virksomheder ikke må favorisere deres egne produkter og tjenester.<sup>308</sup> En sådan fortolkning er dog formentlig for vidtgående. Det princip om ligebehandling, som Google er blevet pålagt at overholde i sine generiske søgeresultater, kan ikke nødvendigvis strækkes ud over sagens særlige omstændigheder til en generel pligt til ligebehandling.

Dette skyldes først og fremmest, at afgørelsen skal ses i lyset af den funktion, søgemaskiner har eller i hvert fald forventes at have, nemlig at returnere de mest relevante søgeresultater – modsat partiske søgeresultater. Som tidligere nævnt anser brugerne generelt de generiske søgeresultater, der rangerer højest på Googles generelle søgesider, som de mest relevante for deres søgning.<sup>309</sup> Det må således forstås, at brugerne forventer, at Googles søgemaskine er objektiv og neutral. Netop i en sådan situation, hvor egen-favoriseringen ikke er transparent, kan det være særligt begrundet at

---

<sup>307</sup> O'Donoghue og Padilla (2013), s. 575

<sup>308</sup> Lamadrid (2017); Calzolari (2017)

<sup>309</sup> Se *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 598

gribe ind,<sup>310</sup> da en vertikalt integreret platform som Google, hvis rolle opfattes som objektiv, er i stand til at vildlede forbrugerne og prioritere sine egne produkter og tjenester uden at forbrugerne opdager det.<sup>311</sup>

Som følge af at brugernes forventninger om objektivitet har været fejlagtige, kan der således argumenteres for, at Google har været i stand til at afskærme konkurrenter, uden at forbrugerne har virket som en udlignende faktor ved at skifte søgemaskine. For online platforme generelt må det betyde, at egen-favorisering er særligt problematisk når platformens adfærd er i strid med brugernes forventninger, altså når egen-favoriseringen ikke er transparent.

Et yderligere element er afgræsningen over for egen-favorisering i offline-verdenen, hvor bl.a. fysiske detailbutikker ofte viser egne brands mere fremtrædende, f.eks. i øjenhøjde. Som tidligere nævnt kigger forbrugere typisk kun på de første tre til fem søgeresultater på Googles første generelle søgeside.<sup>312</sup> For en online platform som Google vil en kunstig nedrykning af rivaler derfor i langt højere grad end i en fysisk butik mindske disses synlighed.<sup>313</sup> Det er passende blevet anført, at:

*“So whereas in the offline environment, a product may be on the bottom shelf, in the virtual world of online platforms a search algorithm gets to determine whether a product makes the “virtual” shelf at all.”<sup>314</sup>*

Sådanne karakteristika ved en onlinesøgemaskine kan begrunde en skærpet vurdering af egen-favorisering. Hvor karakteristika og brugeradfærd selvfølgelig vil variere fra platform til platform, må det dog generelt gælde, at den online dimension adskiller sig mærkbart fra offline markeder.

Endeligt bemærkes det, som også eksplicit fremhævet i Kommissionens Vejledning, at styrken af den dominerende virksomheds stilling er en relevant faktor for vurderingen af, om adfærd kan

---

<sup>310</sup> Ahlborn m.fl. (2018), s. 7

<sup>311</sup> Polley (2019), s. 220

<sup>312</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 598 og 457

<sup>313</sup> Ahlborn m.fl. (2018), s. 7

<sup>314</sup> *ibid.*

afskærme konkurrenter.<sup>315</sup> Relevansen for den konkrete sag ses da også, idet Google har en betydelig markedsstyrke med stabile markedsandele over 90%.<sup>316</sup> Afgørelsens rækkevidde må således, i hvert fald i nogen grad, korrigeres for Googles stærke dominerende stilling.

Således kan Kommissionens afgørelse på visse parametre anses for begrundet i særlige omstændigheder, hvorfor afgørelsens muligvis ikke er helt så afkølede for konkurrencen, som det umiddelbart kunne synes.

#### 6.4.2 Online platforme – noget særligt?

Som indikeret i forrige afsnit har online platforme visse særlige karakteristika. For nærværende formål er det hensigtsmæssigt at være opmærksom på, at dette kan begrunde at pålægge online platforme en særlig forpligtelse.

Først og fremmest må overvejes særegenheden ved konkurrence på digitale markeder, hvor i højere grad end ellers ses, at enkelte pionerende virksomheders markedsandele har nået ekstreme dimensioner. For nogle online platforme er markedsmagten så at sige selvforstærkende i en sådan grad, at giganterne møder meget lidt konkurrencepres.<sup>317</sup> Ved at nå en størrelse, hvor online platforme bliver digitale økosystemer, kan det frygtes, at den med en dominerende stilling næppe kan udfordres af konkurrenter i mange år frem. Herved er der ingen reel konkurrence *om* markedet.

Tidligere diskuterede betragtninger om betydningen af at forbyde egen-favorisering for konkurrencen *på* hhv. *om* markedet må således overvejes i dette lys. Det kan, med andre ord, tale for at forbyde egen-favorisering (for online platforme), at der ingen eller forsvindende lille konkurrence er *om* markedet, hvorfor konkurrencemyndighederne kan gøre klogt i at beskytte den tilbageværende konkurrence *på* markedet.

Derudover er online platforme særlige ved, som omtalt i afsnit 3.2, at kunne have såvel en formidlende som en regelsættende funktion. Særligt online platformes dobbeltrolle – når platformene bliver både spillere og dommere – kan være ledsaget af en interessekonflikt. Med Google til eksemplificering kan dobbeltrollen siges at bestå i, at Google på én gang agerer (objektiv) søgeplatform og samtidig tilbyder en tjeneste, som konkurrerer med andre tjenester om at modtage søgetrafik fra platformen, og interessekonflikten kan siges at bestå i, at uanset at Google konkurrerer

---

<sup>315</sup> Kom. Vejledning, pkt. 20

<sup>316</sup> *Google Search (Shopping)* (2017), præmis 685

<sup>317</sup> Crémer m.fl. (2019), s. 70

om at vise de mest relevante søgeresultater, kan Google være fristet til at favorisere sine egne produkter og tjenester på søgeplatformen, også selvom det risikerer at reducere relevansen af de søgeresultater, brugerne præsenteres for.

Online platformes regelsættende funktion kan således i visse tilfælde begrunde en særlig udvidet forpligtelse for platformene, idet det kan anføres, at operatøren af en online platform må have et ansvar for at sikre, at reglerne ikke uden objektiv begrundelse hæmmer en fri og ufordrejet konkurrence på platformen.<sup>318</sup> Operatøren bør, med andre ord, ikke bruge sin magt som regelsætter til at bestemme udfaldet af konkurrencen.

Referencen til at platforme agerer spillere og dommere på én gang er intuitivt stærk; det er nemt at se, hvordan det kan skabe uretfærdige konkurrencevilkår for andre virksomheder. Det er imidlertid væsentligt at erindre, at platformen ikke er hele markedet. I relation til prissammenligningstjenester, f.eks., er Googles onlinesøgemaskine ikke den eneste – om end dog den mest effektive – måde for prissammenligningstjenester at nå ud til forbrugerne på.

Sammenfattende må det konkluderes, at der med det særlige ansvar følger en særlig forpligtelse – der dog ikke begrundes en selvstændig og anderledes test.

## 6.5 DEN NYE FORORDNING

Europa-Parlamentet og Rådet har efter forslag fra Kommissionen vedtaget en ny forordning<sup>319</sup> med virkning fra den 12. juli 2020,<sup>320</sup> som introducerer nye regler for forskellige online platforme.<sup>321</sup> Betydningen af forordningen for den konkurrenceretlige behandling af online platformes egenfavorisering vil ganske kort overvejes.

Forordningen, der skal supplere EU-konkurrencereglerne,<sup>322</sup> skal fremme retfærdighed og gennemsigtighed for brugerne af online platforme, særligt virksomheder.<sup>323</sup>

---

<sup>318</sup> *id.*, s. 61-62

<sup>319</sup> Forordning L 186/57

<sup>320</sup> *id.*, art. 19, stk. 2

<sup>321</sup> *id.*, art. 1, stk. 2

<sup>322</sup> *id.*, art. 1, stk. 5

<sup>323</sup> *id.*, art. 1, stk. 1

I forordningen stilles blandt andet krav om, at udbyderne af onlinesøgemaskiner oplyser om de vigtigste parametre for rangordningen af søgeresultater samt muligheder for at påvirke denne rangordning mod betaling.<sup>324</sup> Endvidere stilles der f.eks. krav om, at udbyderne af online platforme oplyser om enhver forskelsbehandling mellem varer og tjenesteydelser som udbyderne selv tilbyder forbrugerne via platformen og varer og tjenesteydelser som tredjeparter tilbyder forbrugerne via platformen.<sup>325</sup>

Forordningen foregriber således ikke vurderingen af om dominerende platformes egen-favorisering udgør misbrug under art. 102, men den søger at mindske virkningerne af egen-favorisering ved at stille krav om, at egen-favorisering skal være transparent. Den øgede transparens og brugerens øgede mulighed for at træffe oplyste valg kan hjælpe til at udligne den magtasymmetri, der i stigende grad ses mellem virksomheder og online platforme.

Dette bestyrker, at der ikke bør udvikles en selvstændig test for online platformes egen-favorisering.

## 6.6 ET FORBUD MOD EGEN-FAVORISERING?

På baggrund af ovenstående vurderes det at være aldeles uhensigtsmæssigt at indføre et *per se*-forbud mod egen-favorisering. Omvendt synes det også klart, at egen-favorisering heller ikke skal kategoriseres som en 'safe harbour'. Dette, da ovenstående diskussion har vist, at der er særlige omstændigheder, der kan begrunde et forbud.

Da flest argumenter synes at tale for at være varsom med at forbyde egen-favorisering, vurderes valget således at stå mellem en modificeret *per se*-formodning om lovlighed ledsaget af en række særlige omstændigheder, under hvilke egen-favorisering skal være forbudt, eller en 'rule of reason' tilgang, hvor der *ex post* foretages en afvejning af samtlige positive og negative virkninger for konkurrencen.<sup>326</sup>

Førstnævnte vil være bedst overensstemmende med retssikkerhedsprincippet, da det vil gøre virksomheder i stand til at forudsige om deres handlinger er lovlige. Dertil kommer, at der på konkurrencerettens område yderligere gælder det særlige forhold, at uklare regler i sig selv er egnet til at skade konkurrencen, idet uklare regler kan få virksomheder til at holde sig tilbage fra at konkurrere

---

<sup>324</sup> *id.*, art. 5, stk. 2

<sup>325</sup> *id.*, art. 7, stk. 1 og 2

<sup>326</sup> For en nærmere forklaring af de anvendte begreber, se Heide-Jørgensen m.fl. (2009), s. 556 ff.

aggressivt og effektivt.<sup>327</sup> Omvendt vil en 'rule of reason' tilgang være bedre egnet til at tage konkrete forhold i betragtning.<sup>328</sup>

Således vurderes den bedste tilgang at være en modificeret *per se*-formodning om lovlighed.

## 6.7 BETINGELSER FOR AT FORBYDE EGEN-FAVORISERING

Med udgangspunkt i den netop konkluderede nødvendige tilgang og baseret på de i analysen i afsnit 5.1 inddragne kategorier af misbrug og dertilhørende betingelser, vil det i dette afsnit blive diskuteret og søgt vurderet under hvilke betingelser egen-favorisering bør forbydes. I den henseende synes det væsentligste spørgsmål at være, om uundværlighed skal være en betingelse, hvilket der bør tages eksplicit stilling til for at undgå usikkerhed og inkonsekvens i retspraksis. For at kunne vurdere, om uundværlighed bør være en del af den juridiske test, er det nødvendigt først at overveje tidligere praksis der har påkrævet uundværlighed, hvilket bedst illustreres ved afgørelsen i *Google Search (Shopping)*.

Det erindres, at analysen i afsnit 4 fandt, at uundværlighed ikke var en del af testen i *Google Search (Shopping)*. Det erindres dog endvidere, at *Google Search (Shopping)* i afsnit 5 fandtes at have en del fællestræk med sager, hvor uundværlighed var en del af testen. Dette giver anledning til at overveje, om det, henset til ovenstående analyse og diskussion, var hensigtsmæssigt at Kommissionen afveg fra tidligere praksis. Uanset om en afvigelse kunne være begrundet i Googles særlige karakteristika som online platform, var dette dog ikke Kommissionens begrundelse.

For at adskille sagen fra *Bronner*, karakteriserede Kommissionen Googles adfærd for 'aktiv'. Herved tog Kommissionen imidlertid ikke stilling til *Commercial Solvents*, hvor den påtalte adfærd ligeledes kan karakteriseres som aktiv. Det samme gør sig gældende for *CBEM-Télémarketing* og *Microsoft*. Alle tre er sager, hvor uundværlighed var en del af den juridiske test. Af hensyn til konsistens i retspraksis kan der således argumenteres for, at uundværlighed ligeledes burde have været en del af testen i *Google Search (Shopping)*.

Kommissionens argument om, at det ikke er nyt at anse en løftestangsstrategi som misbrug udelukker ikke betingelsen om uundværlig – særligt henset til, at uundværlighed var en betingelse i to af de sager (*CBEM-Télémarketing* og *Microsoft*) som Kommissionen henviser til i denne forbindelse.

---

<sup>327</sup> *id.*, s. 557

<sup>328</sup> *ibid.*



Derudover blev Googles nedgradering af konkurrenterne betragtet som problematisk, netop fordi den i praksis var uadskillelig fra at udelade disse konkurrenter fra Googles søgeresultater.<sup>329</sup> Effekterne af egen-favorisering kan altså være meget lig effekterne af et afslag på at give adgang til en facilitet. Tilsvarende erindres diskussionen i afsnit 6.3 som viser, at tilbageholdenhed med at forbyde egen-favorisering kan begrundes i hensyn, som også kan begrunde tilbageholdenhed med at pålægge en leveringsforpligtelse. Henset til de åbenbare ligheder mellem egen-favorisering og leveringsnægtelser, kan der argumenteres for, at situationerne bør behandles under samme kriterier, således at betingelserne for indgriben bør være de samme.

Heroverfor kan det imidlertid anføres, at Domstolen i *TeliaSonera* eksplicit fastslog, at det kan mindske effektiviteten af art. 102, hvis der altid skal kræves uundværlighed. Domstolen anså således ikke uundværlighed som en betingelse i testen ved avancepres.<sup>330</sup> Med visse karakteristiske fællestræk mellem avancepres og egen-favorisering kan der således argumenteres for, at tilsvarende bør gøre sig gældende for sidstnævnte.

Som modsvar til bekymringen om effektiviteten af art. 102 kan overvejes Rettens afgørelse i *Microsoft*, der har banet vejen for et uundværlighedskriterie med en lavere standard end krævet i hidtidig praksis.<sup>331</sup> Derudover, uden at tage del i litteraturens kritik af *TeliaSonera*,<sup>332</sup> kan behovet for en betingelse om uundværlighed anskues på anden vis. Spørgsmålet om, hvorvidt egen-favorisering bør forbydes, involverer, som tidligere omtalt, en afvejning af *ex ante* og *ex post* dimensioner af konkurrencen. Denne afvejning er kompleks, og netop derfor kan kravet om uundværlighed fungere som en meningsfyldt betingelse til at filtrere de sager fra, hvor indgriben ville have skadet virksomhedernes incitamenter til at investere og innovere.<sup>333</sup>

Det kan desuden være gavnligt at anskue sanktionen som den afgørende faktor for, om der skal kræves uundværlighed. Således kan det være berettiget at lade 'uundværlig' indgå som en betingelse, hvor sanktionen pålægger den dominerende virksomhed en positiv forpligtelse.<sup>334</sup> Hvis man følger dette argument, bliver det underordnet hvorvidt egen-favorisering etableres som en selvstændig og

---

<sup>329</sup> Colomo (2019 B), s. 542

<sup>330</sup> Afsnit 5.1.2.1

<sup>331</sup> Afsnit 5.1.1.5

<sup>332</sup> Petit (2015); Graef (2019 A); Colomo (2019 B)

<sup>333</sup> Colomo (2019 B), s. 546

<sup>334</sup> *id.*, s. 550

ny kategori af misbrug – afgørende bliver i stedet, hvorvidt den dominerende virksomhed pålægges en positiv forpligtelse til at bringe misbruget til ophør – som i *Bronner* og *Commercial Solvents*.

Risikoen ved denne tilgang illustreres af *Google Search (Shopping)*, hvor Kommissionen dikterede et princip, som Google skulle følge, frem for at regulere under hvilke betingelse Google skulle placere og vise konkurrenterne, dvs. frem for at pålægge Google en positiv forpligtelse.<sup>335</sup> Det kan dog anføres, at opfyldelse af sanktionen reelt nødvendiggjorde ændringer i den måde hvorpå Google opererede sin platform.<sup>336</sup> Googles reelt nødvendige ændringer af platformen kan hurtigt blive et teknisk spørgsmål, som derfor ikke vil blive udforsket yderligere her. Men det må anerkendes, at hvis konkurrencemyndighederne kan komme uden om uundværlighedskriteriet ved at pålægge positive forpligtelser forklædt som principper, da vil uundværlighedskriteriet ikke længere fungere som et filter.

Derudover kan det være begrundet at se på platformens formidlende rolle. Det er givet, at dette er den digitale verdens modsvar til væsentlige faciliteter så som havne i den fysiske verden. Således kommer man også uden om at differentiere mellem om adfærden kaldes leveringsnægtelse, leveringafbrydelse, diskrimination, egen-favorisering eller noget helt andet; hvad det reelt handler om er, hvorvidt konkurrenterne har adgang til at bruge den digitale væsentlige platform.

Endeligt må det overvejes, om kriteriet om absolut nødvendighed er irrelevant, så længe der kan etableres konkurrencebegrænsende virkninger af egen-favoriseringen, hvortil det vil være nødvendigt at gøre klart, hvordan konkurrencebegrænsende virkninger skal defineres. Det kan anføres, at hvis tærsklen er *enhver konkurrencemæssig ulempe*, vil egen-favorisering være prima facie misbrug, da klager over egen-favorisering essentielt er klager over, at den dominerende virksomheds downstream-aktiviteter opnår en *konkurrencemæssig fordel*.<sup>337</sup> Det er derfor nødvendigt at gøre klart, hvad der skal forstås ved konkurrencebegrænsende virkninger – og det bør være mere end blot en konkurrencemæssig ulempe. Tilsvarende følger det også af praksis, at opnåelsen af en konkurrencemæssig fordel ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at udgøre en konkurrencebegrænsende virkning.<sup>338</sup>

---

<sup>335</sup> *id.*, s. 544

<sup>336</sup> *ibid.*

<sup>337</sup> Colomo (2019 A)

<sup>338</sup> *Deutsche Telekom (2010)*, præmis 250; *MEO (2018)*, præmis 26

Opsummerende synes der at være grund til at holde fast ved testen i *Commercial Solvents*, der har fungeret tilfredsstillende i mange år, og som der stadig henvises til – og som analysen viste endvidere er den sag, *Google Search (Shopping)* minder mest om.

Betingelserne for at forbyde egen-favorisering bør således være *Commercial Solvents*-testen indeholdende uundværlighedsbetingelsen. Dog bør en tilføjelse være – i hvert fald henset til Kommissionens faste beslutsomhed på at beskytte forbrugerne – et kriterie om, at adfærden er egnet til at skade forbrugerne. Ligeledes bør uundværlighedskriteriet vurderes ud fra om der er et bæredygtigt alternativ, ligesom virkningerne bør være udelukkelse af enhver effektiv konkurrence – begge inspireret af *Microsoft*.

## 7 KONKLUSION

Det er, i nærværende afhandling, først og fremmest undersøgt, om egen-favorisering kunne forbydes under de på beslutningstidspunktet eksisterende juridiske tests under art. 102 i TEUF, eller om Kommissionen har udviklet en ny test for misbrug med sin afgørelse i *Google Search (Shopping)*-sagen, og hvad indholdet af denne test i givet fald er.

Mens Kommissionen, i afgørelsen, undlod at specificere indholdet af den anvendte test til bedømmelse af Googles adfærd, er der imidlertid med dette speciales analyse af afgørelsen udledt fem kriterier, som af Kommissionen ansås for anvendelige og tilstrækkelige til at forbyde egen-favorisering: For det første, at virksomheden indtager en dominerende stilling på et upstream-marked, hvor virksomheden leverer en tjeneste, som er vigtig for konkurrencen på et tilknyttet, men separat downstream-marked og som ikke på effektiv vis kan erstattes. For det andet, at egen-favoriseringen udgør en ændring i virksomhedens adfærd relateret til tjenesten leveret på upstream-markedet for at opnå en fordel på downstream-markedet. For det tredje, at egen-favoriseringen er egnet til eller sandsynligvis vil afskærme konkurrenter, der er mindst lige så effektive som den dominerende virksomhed. For det fjerde, at egen-favoriseringen er egnet til eller sandsynligvis vil skade forbrugerne. For det femte, at egen-favoriseringen ikke er objektivt begrundet og ikke opvejes ikke af effektivitetsgevinster.

Holdt op imod tidligere praksis har det vist sig, at egen-favorisering ikke rigtigt passer ind under en af de veletablerede kategorier af misbrug under art. 102 i TEUF, ligesom Kommissionens test ej heller afspejler en af de på beslutningstidspunktet allerede eksisterende tests.

På beslutningstidspunktet ville egen-favorisering kun kunne have været at anse som misbrug, hvis den egen-favoriserende vertikalt integrerede virksomhed var i besiddelse af en væsentlig facilitet.

En facilitet er, i EU-Domstolens terminologi, væsentlig, hvis adgang til den dominerende virksomheds facilitet er uundværlig for at konkurrenterne kan udføre aktiviteter på et downstream-marked, og afslag på adgang vil udelukke enhver effektiv konkurrence på dette downstream-marked.

Kommissionens test var med andre ord ny og har markeret en hård linje over for online platforme.

Herefter er det i afhandlingen undersøgt, om egen-favorisering generelt bør forbydes og hvis ja, da under hvilke betingelser.

Holdt op imod formålene med EU-konkurrencereglerne og med paralleller til leveringsnægtelse vurderes det, at egen-favorisering som udgangspunkt bør underkastes en modificeret per se formodning om lovlighed med dertilhørende særlige omstændigheder, som skal være opfyldt førend egen-favorisering bør forbydes. Ikke desto mindre hævdes det, at online platforme til en vis grad har et udvidet særligt ansvar henset til deres regelsættende funktion, hvilket skærper bedømmelsen af egen-favorisering udøvet af platforme, men ikke begrunder en anden test for disse.

Til bestemmelse af under hvilke nærmere særlige omstændigheder egen-favorisering bør forbydes kan det være hensigtsmæssigt at holde fast i testen etableret af EU-Domstolen i *Commercial Solvents* om end i tilpasset form. Således bør egen-favorisering kun forbydes, hvis egen-favoriseringen (i) vedrører et produkt eller en tjeneste, som er uundværlig for at kunne konkurrere bæredygtigt på et downstream-marked, (ii) er egnet til at eliminere enhver effektiv konkurrence (iii) er egnet til at skade forbrugerne og (iv) ikke er objektivt begrundet.

## 8 KILDELISTE

### 8.1 RETSAKTER OG NATIONAL LOVGIVNING

#### Anvendt forkortelse

#### Fuld henvisning

*Amsterdam-traktaten (1997)*

Traktaten om ændring af Traktaten om den Europæiske Union, Traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter (97/C 340/01) af 01.11.1997

*Forordning nr. 1/1958*

Forordning nr. 1/1958 om den ordning, der skal gælde for Det europæiske økonomiske Fællesskab på det sproglige område. Seneste konsoliderede udgave af 01.01.2007

*Forordning nr. 1/2003*

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82

*Forordning nr. 2019/1150*

Parlamentets og Rådets forordning nr. 2019/1150 af 20. juni 2019 om fremme af retfærdighed og gennemsigtighed for brugere af onlineformidlingstjenester (L 186/57)

*Konkurrenceloven*

Lovbekendtgørelse 2018-03-01 nr. 155 Konkurrenceloven

*Maastricht-traktaten (1992)*

Maastricht-traktaten om den Europæiske Union (EFT C 191) af 29.7.1992

|                                 |  |
|---------------------------------|--|
| <i>Protokol nr. 27</i>          | Protokol nr. 27 om det indre marked og konkurrence (EUT C 115) af 9.5.2008                                   |
| <i>TEU</i>                      | Traktaten om den Europæiske Union (2016/C 202/01). Seneste konsoliderede udgave af 07.06.2016                |
| <i>TEUF</i>                     | Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde (2016/C 202/01). Seneste konsoliderede udgave af 07.06.2016 |
| <i>Tiltrædelsesloven (1972)</i> | Lov 1972-10-11 nr. 447 om Danmarks tiltrædelse af Den Europæiske Union                                       |

## 8.2 DOMME

### Anvendt forkortelse

*AKZO (1991)*

*AstraZeneca (2012)*

### Fuld henvisning

*AKZO Chemie BV mod Kommissionen*

Domstolens dom af 3. juli 1991

Sagsnr. C-62/86

*AstraZeneca m.fl. mod Kommissionen m.fl.*

Domstolens dom af 6. december 2012

Sagsnr. C-457/10 P

*British Airways (2007)*

*British Airways plc mod Kommissionen*

Domstolens dom af 15 marts 2007

Sagsnr. C-95/04 P

*Bronner (1998)*

*Oscar Bronner GmbH & Co. KG mod Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG m.fl.*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 26. november 1998

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat F. G. Jacobs fremsat den 28. maj 1998

Sagsnr. C-7/97

*CBEM-Télémarketing (1985)*

*SA Centre belge d'études de marché — télémarketing (CBEM) mod Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) & SA Information publicité Benelux (IPB)*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 3. oktober 1985

Sagsnr. 311/84

*Clearstream (2009)*

*Clearstream Banking AG og Clearstream International SA mod Kommissionen*

Rettens dom af 9. september 2009

Sagsnr. T-301/04

|  |  |
|--|--|
| <i>Commercial Solvents (1974)</i>      | <i>Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents Corporation mod Kommissionen</i> |
|  | Domstolens dom af 6. marts 1974  |
|  | Forenede sager 6 og 7/73   |
| <i>Compagnie Maritime Belge (2000)</i> | <i>Compagnie maritime belge transports SA m.fl. mod Kommissionen</i>                               |
|  | Domstolens dom af 16. marts 2000   |
|  | Forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P.   |
| <i>Continental Can (1973)</i>          | <i>Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc. mod Kommissionen</i>                 |
|  | Domstolens dom af 21. februar 1973   |
|  | Sagsnr. 6-72.  |
| <i>Costa mod ENEL (1964)</i>           | <i>Flaminio Costa mod ENEL</i>   |
|  | Domstolens præjudicielle afgørelse af 15. juli 1964  |
|  | Sagsnr. 6-64   |
| <i>Dansk Rørindustri (2005)</i>        | <i>Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen</i>  |
|  | Domstolens dom af 28. juni 2005  |
|  | Forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P                       |



*Deutsche Bahn (1997)*

*Deutsche Bahn AG mod Kommissionen*

Rettens dom af 21. oktober 1997

Sagsnr. T-229/94

*Deutsche Telekom (2010)*

*Deutsche Telekom AG mod Europa-Kommissionen*

Domstolens dom af 14. oktober 2010

Sagsnr. C-280/08 P

*Expedia (2012)*

*Expedia Inc. mod Autorité de la concurrence m.fl.*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 13. december 2012

Sagsnr. C226/11

*Flughafen Frankfurt/Main  
(1998)*

*Flughafen Frankfurt/Main AG*

Kommissionens beslutning af 14. januar 1998

Sagsnr. 98/190/EF

*France Télékom (2007)*

*France Télécom SA mod Kommissionen*

Rettens dom af 30. januar 2007

Sagsnr. T-340/03

*France Télékom (2009)*

*France Télécom SA mod Kommissionen*

Domstolens dom af 2. april 2009

Sagsnr. C-202/07

*GlaxoSmithKline (2008)*

*Sot. Lélos kai Sia EE m.fl. mod GlaxoSmithKline AEVE  
Farmakeftikon Proionton*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 16. september  
2008

Forenede sager C-468/06 – C-478/06

*GT-Link (1997)*

*GT-Link A/S mod De Danske Statsbaner (DSB)*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 17. juli 1997

Sagsnr. C-242/95

*GVG/FS (2003)*

*Georg Verkehrsorganisation GmbH mod Ferrovie dello Stato  
SpA*

Kommissionens beslutning af 27. august 2003

Sagsnr. 2004/33/EF

*Hoffmann-La Roche (1979)*

*Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen*

Domstolens dom af 13. februar 1979

Sagsnr. SAG 85/76

*IMS Health (2004)*

*IMS Health GmbH & Co. OHG mod NDC Health GmbH  
& Co. KG.*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 29. april 2004

Sagsnr. C-418/01

*Intel (2014)*

*Intel Corp. mod Europa-Kommissionen*

Rettens dom af 12. juni 2014

Sagsnr. T-286/09

*Intel (2017)*

*Intel Corp. mod Kommissionen m.fl.*

Domstolens dom af 6. september 2017

Sagsnr. C-413/14 P

*Irish Sugar (1999)*

*Irish Sugar plc. mod Kommissionen*

Rettens dom af 7. oktober 1999

Sagsnr. T-228/97

*Magill (1995)*

*Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mod Kommissionen*

Domstolens dom af 6. april 1995

Forenede sager C-241/91 og C-242/91

*Michelin (1983)*

*NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin og Frankrig mod Kommissionen*

Domstolens dom af 9. november 1983

Sagsnr. 322/81

*Microsoft (2007)*

*Microsoft Corp. mod Kommissionen*

Rettens dom af 17. september 2007

Sagsnr. T-201/04

*Post Danmark (2012)*

*Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 27. marts 2012

Sagsnr. C-209/10

*Slovak Telekom (2018)*

*Slovak Telekom, a.s. mod Kommissionen*

Rettens dom af 13. december 2018

Sagsnr. T-851/14

*T-Mobile (2009)*

*T-Mobile Netherlands BV m.fl. mod Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 4. juni 2009

Sagsnr. C-8/08

*Telefónica (2012)*

*Telefónica, SA og Telefónica de España, SA mod Kommissionen*

Rettens dom af 29. marts 2012

Sagsnr. T-336/07

*TeliaSonera (2011)*

*Konkurrensværket mod TeliaSonera Sverige AB*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 17. februar 2011

Forslag til afgørelse fra Generaladvokat J. Mazák fremsat  
den 2. september 2010

Sagsnr. C-52/09

*Tetra Pak (1996)*

*Tetra Pak International SA mod Kommissionen*

Domstolens dom af 14. november 1996

Sagsnr. C-333/94 P

*Tomra (2012)*

*Tomra Systems ASA m.fl. mod Kommissionen*

Domstolens dom af 19. april 2012

Sagsnr. C-549/10 P

*United Brands (1978)*

*United Brands Company og United Brands Continentaal B.V.  
mod Kommissionen*

Domstolens dom af 14. februar 1978

Sagsnr. 27/76

*Van den Bergh Foods (2003)*

*Van den Bergh Foods Ltd mod Kommissionen*

Rettens dom af 23. oktober 2003

Sagsnr. T-65/98

*Van den Bergh Foods (2006)*

*Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd, tidligere Van den Bergh Foods Ltd, mod Kommissionen*

Domstolens kendelse af 28. september 2006

Sagsnr. C-552/03 P

*Von Colson og Kamann (1984)*

*Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mod Land Nordrhein-Westfalen*

Domstolens præjudicielle afgørelse af 10. april 1984

Sagsnr. 14/83

*Ziegler (2013)*

*Ziegler SA mod Kommissionen*

Domstolens dom af 11. juli 2013

Sagsnr. C-439/11 P

*MEO (2018)*

*MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA mod Autoridade da Concorrência,*

Domstolens dom af 19. april 2018

Sagsnr. C-525/16

### 8.3 AFGØRELSER

#### Anvendt forkortelse

*Google Search (Shopping) (2017)*

#### Fuld henvisning

*Google Search (Shopping)*

Kommissionens afgørelse af 27. juni 2017

Sagsnr. AT.39740

*Rødby Havn (1993)*

*Rødby Havn (den danske stat og DSB)*

Kommissionens beslutning af 21. december 1993

Sagsnr. 94/119/EF

*Stena Sealink (1993)*

*Sea Containers mod Stena Sealink*

Kommissionens beslutning af 21. december 1993

Sagsnr. 94/19/EF

### 8.4 SOFT LAW

#### Anvendt forkortelse

*Kom. Vejledning*

#### Fuld henvisning

Meddelelse fra Kommissionen, *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd* (2009/C 45/02) af 24.2.2009

*Kom. Retningslinjer*

Meddelelse fra Kommissionen, *Retningslinjer for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser* (EUT C 265) af 18.10.2008

*Kom. om Onlineplatforme*

Meddelelse fra Kommissionen, *Onlineplatforme og det digitale indre marked. Muligheder og udfordringer for Europa* (COM(2016) 288) af 25.5.2016

## 8.5 LITTERATUR

### 8.5.1 Bøger

#### Anvendt forkortelse

#### Fuld henvisning

*Blume (2014)*

Blume, Peter, *Retsystemet og Juridisk Metode* (2014), 2. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets forlag

*Christensen og Raynor (2003)*

Christensen, Clayton M. og Raynor Michael E., *The Innovator's Solution: Creating and Sustaining Successful Growth* (2003), Boston, Massachusetts, Harvard Business School Press

*Colomo (2015)*

Colomo, Pablo Ibáñez, "Discriminatory Conduct in the ICT Sector: A Legal Framework", i Surblytė, Gintarė, *Competition on the Internet* (2015), Berlin, Springer-Verlag



- Corcho (2008)* Corcho, Rafael Allendesalazar, “Can we finally say farewell to the ‘special responsibility’ of dominant companies?”, i Ehlermann, Claus-Dieter og Marquis, Mel (eds.), *European Competition Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC* (2008), Oxford, Hart Publishing
- Daniel m.fl. (2011)* Daniel, Bugge Thorbjørn m.fl., *Grundlæggende EU-ret – EU efter Lissabontraktaten* (2011), 2. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Devlin (2014)* Devlin, Alan, *Fundamental Principles of Law and Economics* (2014), London, Routledge
- Fejø og Ølykke (2014)* Fejø, Jens og Ølykke, Grith Skovgaard, *EU-Konkurrenceret, almindelig del* (2014), 5. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Heide-Jørgensen m.fl. (2009)* Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU* (2009), 3. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Jones og Sufrin (2016)* Jones, Alison og Sufrin, Brenda, *EU Competition Law – Text, Cases, and Materials* (2016), 6. udgave, Oxford, Oxford University Press
- Monti (2007)* Monti, Giorgio, *EC Competition Law* (2007), Cambridge, Cambridge University Press

*O'Donoghue og Padilla (2013)*

O'Donoghue, Robert og Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (2013), 2. udgave, Oxford, Hart Publishing

*Pindyck og Rubinfeld (2013)*

Pindyck, Robert S. og Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomics* (2013), 8. udgave, Pearson

*Ross (1953)*

Ross, Alf, *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1953), Nyt Nordisk Forlag

*Tvarnø og Nielsen (2013)*

Tvarnø, Christina D. og Nielsen, Ruth, *Retskilder og retsteorier* (2013), 4. udgave, København, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

## 8.5.2 Artikler

### Anvendt forkortelse

*Bork & Sidak (2012)*

### Fuld henvisning

Bork, Robert H og Sidak, J Gregory. "What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 8, Issue 4, 2012

*Bostoën (2018)*

Bostoën, Friso, "Online platforms and vertical integration: the return of margin squeeze?", *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 6, Issue 3, 2018

- Colomo (2014)* Colomo, Pablo Ibáñez. “Exclusionary Discrimination under Article 102 TFEU”, *Common Market Law Review*, Vol. 51, Issue 1, 2014
- Colomo (2019 B)* Colomo, Pablo Ibáñez, ”Indispensability and Abuse of Dominance: From *Commercial Solvents* to *Slovak Telekom* and *Google Shopping*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10, Issue 9, 2019
- Csurgai-Horváth (2020)* Csurgai-Horváth, Gergely, ” An old concept for an old-new type of abuse of dominance in the digital sector: self-preferencing”, *European Competition Law Review*, Vol. 41, Issue 2, 2020
- Faria og Lima (2020)* Faria, Tânia Luísa og Lima, Guilherme Neves, ”Abuse of a dominant position in the digital economy in the EU and the US: the Big Four and the war of the worlds”, *European Competition Law Review*, Vol. 41, Issue 3, 2020
- Geradin og Petit (2006)* Geradin, Damien og Petit, Nicolas. ”Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles”, *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 2, Issue 3, 2006
- Graef (2019 A)* Graef, Inge. ”Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence”, *Yearbook of European Law*, Vol. 38, No. 1, 2019

- Graef (2019 B)* Graef, Inge, "Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy", *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, Vol. 53, Issue 1, 2019
- Höppner (2017)* Höppner, Thomas. "Duty to Treat Downstream Rivals Equally: (Merely) a Natural Remedy to Google's Monopoly Leveraging Abuse", *European Competition and Regulatory Law Review*, (CoRe), Vol. 3, 2017
- Nazzini (2016)* Nazzini, Renato. "Unequal Treatment by Online Platforms: A Structured Approach to the Abuse Test in Google", *GCLC Annual Conference Series*, 2016
- Petit (2015)* Petit, Nicolas. "Theories of Self-Preferencing under article 102 TFEU: A Reply to Bo Vesterdorf", *Competition Law & Policy Debate*, Issue 1, 2015.
- Polley (2019)* Polley, Romina. "Challenges to the dichotomy of horizontal/vertical restrictions of competition in hybrid relationships", *European Competition Law Review*. Vol. 40, Issue 5, 2019
- Szyszczyk (2011)* Szyszczyk, Erika. "Controlling Dominance in European Markets", *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, Issue 6 2011
- UfR.2014B.45* Ravnkilde, Jens. "Hvordan finder man i tvivlstilfælde ud af, hvad der er gældende ret?", *Ugeskrift for Retsvæsen*, 2014

- Valdivia (2018)* Valdivia, Eduardo Aguilera, "The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business?", *World Competition*, Vol. 41, Issue 1, 2018
- Vesterdorf (2008)* Vesterdorf, Bo. "Article 82 EC: Where do we stand after the Microsoft judgment", *Global Antitrust Review*, Issue 1, 2008
- Vesterdorf (2015)* Vesterdorf, Bo. "Theories of self-preferencing and duty to deal - to sides of the same coin?", *Competition Law & Policy Debate*, Vol 1, Issue 1, 2015
- Vesterdorf og Fountoukakos (2018)* Vesterdorf, Bo og Fountoukakos, Kyriakos, "An Appraisal of the Remedy in the Commission's Google Search (Shopping) Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law", *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 9, Issue 1, 2018
- Yun (2018)* Yun, John M., "Understanding Google's Search Platform and the Implications for Antitrust Analyses", *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 14, Issue 2,

Zingales (2018)

Zingales, Nicolò. "Google Shopping: beware of 'self-favouring' in a world of algorithmic nudging", *Competition Policy International*, February 2018

### 8.5.3 Blogindlæg og rapporter

#### Anvendt forkortelse

Ahlborn m.fl. (2018)

#### Fuld henvisning

Ahlborn, Christian; Leslie, Will; Prompers, Lodewick, Burke, Emily, *Shaping competition policy in the era of digitalisation – Submission on Online Platforms*, Linklaters' input rapport til Kommissionens "Conference on Shaping competition policy in the era of digitalisation", den 17. januar 2019

Calzolari (2017)

Calzolari, Luca, *Preliminary Comments on the Google Case: Bridging the Transatlantic Digital Divide by Widening the Antitrust One* (2017), tilgængelig på (SIDIBlog): <http://www.sidiblog.org/2017/07/14/preliminary-comments-on-the-google-case-bridging-the-transatlantic-digital-divide-by-widening-the-antitrust-one/>

Colomo (2019 A)

Colomo, Pablo Ibáñez, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles* (2019), tilgængelig på (ChillingCompetition): <https://chillingcompetition.com/2019/04/>

Crémer m.fl. (2019)

Crémer, Jacques m.fl., *Competition Policy for The Digital Era*, en rapport fra Kommissionens særlige rådgivere, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019

Lamadrid (2017) Lamadrid, Alfonso, *Google Shopping Decision – First Urgent Comments* (2017), tilgængelig på (ChillingCompetition): <https://chillingcompetition.com/?s=google>

OECD DAF/COMP(2019)5 OECD, *Vertical Mergers in the Technology, Media and Telecom Sector* DAF/COMP(2019)5, tilgængelig på: [https://one.oecd.org/-document/DAF/COMP\(2019\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/-document/DAF/COMP(2019)5/en/pdf)

OECDs 'Digital Economy' Report OECD, *The digital economy, new business models and key features* (2014)

## 8.6 PRESSEMEDDELELSER, HJEMMESIDER, MV.

### Anvendt forkortelse

### Fuld henvisning

*EU's Domsdatabase*

[www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) (sidst tilgået den 31. maj 2020)

*EU-Domstolens Hjemmeside*

[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) (sidst tilgået den 31. maj 2020)

*Kom. Hjemmeside*

[www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu) (sidst tilgået den 31. maj 2020)

*Google Ads Blog (2017)*

Google Ads Blog, *Changes to Google Shopping in Europe*, 27. september 2017, tilgængelig på: <https://adwords.googleblog.com/2017/09/changes-to-google-shopping-in-europe.html> (sidst tilgået den 31. maj 2020)

*Kom. Pressemeddelelse af 15. april 2015*

Kommissionens pressemeddelelse af 15. april 2015, *Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service; opens separate formal investigation on Android*, tilgængelig på [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4780\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm) (sidst tilgået den 31. maj 2020)

*Kom. Pressemeddelelse af 14. juli 2016*

Kommissionens pressemeddelelse af 14. juli 2016, *Commission takes further steps in investigations alleging Google's comparison shopping and advertising-related practices breach EU rules*, tilgængelig på [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2532\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_en.htm) (sidst tilgået den 31. maj 2020)

*Kom. Pressemeddelelse af 27. juni 2017*

Kommissionens pressemeddelelse af 27. juni 2017, *Commission fines Google € 2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service*, tilgængelig på [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_17\\_1785](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_1785) (sidst tilgået den 31. maj 2020)

*Vestagers tale den 3. juni 2019 ved OECD/G7*

Margrethe Vestagers tale ved OECD/G7 konferencen den 3. juni 2019 i Paris, *Competition and the digital economy*, tilgængelig på: [https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200956/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy\\_en](https://wayback.archive-it.org/12090/20191129200956/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-and-digital-economy_en) (sidst tilgået den 31. maj 2020)



*Kom. Pressemeldelse af 17. juli  
2019*

Kommissionens pressemeldelse af 17. juli 2019, *Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*, tilgængelig på: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291) (sidst tilgæet den 31. maj 2020)