

Stellungnahme in der Konsultation zum Entwurf für Kommissionsleitlinien zu Behinderungsmisbräuchen

Der Verfasser bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme in der Konsultation zum Kommissionsentwurf für „Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“. Die Ausarbeitung solcher Leitlinien ist im Interesse der Rechtssicherheit zu begrüßen. Der Verfasser stützt die Stellungnahme v.a. auf sein Verständnis der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), da diese für die Auslegung von Art. 102 AEUV letztverbindlich ist (Art. 267 Abs. 1(a) AEUV).

Die folgende Inhaltsübersicht fasst die Empfehlungen dieser Stellungnahme zusammen:

Stellungnahme & Empfehlungen zu Abschnitten des Leitlinienentwurfs	Nachf. Tz.
1. Zweck der Leitlinien klarer definieren (Tz. 1 ff.)	Tz. (1)-(5)
a) Verbraucherschädigungen Ziel, aber keine Voraussetzung von Art. 102 AEUV	Tz. (2)
b) Verhältnis zu anderen Kommissionspolitiken klären (<i>Superleague</i>)	Tz. (3)-(5)
2. Zur Frage der Marktbeherrschung: Kleinere Präzisierungen zur Behandlung von Nachfragemacht und zu kollektiver Marktbeherrschung der Nutzer von Online-Marktplätzen empfehlenswert (Tz. 17 ff.)	Tz. (6)-(8)
3. Zur allgemeinen Prüfungsstruktur bei Behinderungsmisbräuchen: Stärkere Ausrichtung an EuGH-Systematik nötig (Tz. 53 ff.)	Tz. (9)-(38)
a) Zweischrittige Prüfung im Ausgangspunkt zu begrüßen	Tz. (10)
b) „Spezifische rechtliche Tests“ ganz vor die Klammer ziehen	Tz. (11)-(12)
c) Zum ersten Prüfungsschritt: „Abweichung vom Leistungswettbewerb“	Tz. (13)-(33)
– Empfehlung 1: In der Definition „Leistungswettbewerb“ und „Abweichungen“ gegenüberstellen (<i>Google Shopping</i>)	Tz. (15)-(16)
– Empfehlung 2: Zusammenhang zwischen „Abweichung vom Leistungswettbewerb“ und „Verdrängungswirkungen“ präzisieren (<i>Hoffmann-La Roche</i> : „durch die Verwendung von Mitteln“)	Tz. (17)-(28)
– Empfehlung 3: Beweisanforderungen klarstellen – dabei ebenfalls Zusammenhang zwischen „Abweichung vom Leistungswettbewerb“ und „Verdrängungswirkungen“ präzisieren	Tz. (29)-(33)
d) Im zweiten Prüfungsschritt („Verdrängungswirkungen“) die Art und den Umfang der erforderlichen Verdrängungswirkungen präzisieren	Tz. (34)-(38)
4. Zu Verhaltensweisen, die spezifischen rechtlichen Tests unterliegen (Tz. 76 ff.)	Tz. (39)-(42)
a) Gemeinsame Behandlung von „Missbräuchen dem Wesen“ nach und verwandten sonstigen Missbräuchen zu begrüßen	Tz. (39)
b) In der Fallgruppe „Lieferverweigerung“ (Tz. 96 ff.) die Kriterien für „Geistiges Eigentum“ nachschärfen (Tz. 104-106)	Tz. (40)-(42)
5. Zu Verhaltensweisen, die keinen spezifischen rechtlichen Tests unterliegen (Tz. 137 ff.)	Tz. (43)-(70)
a) Kriterien für die Beurteilung datenbezogener Missbräuche ergänzen	Tz. (43)-(50)
b) Selbstbevorzugung nicht pauschal inkriminieren (<i>Google Shopping</i> ; Tz. 156 ff.)	Tz. (51)-(58)
c) Hebelung nicht nur als Unterfall der Fallgruppe „Selbstbevorzugung“ adressieren	Tz. (59)-(60)
d) Fallgruppe der „Zugangsbeschränkungen“ (Tz. 163 ff.) genauer fassen und Unterfallgruppen unterscheiden	Tz. (61)-(70)
– Vereitlung eines theoretisch möglichen Zugangs nach allgemeinen Grundsätzen beurteilbar	Tz. (62)-(63)
– Verschaffung der Kontrolle über einen Input unterliegt anderen Beurteilungsmaßstäben (<i>Superleague</i>)	Tz. (64)-(70)
6. Objektive Rechtfertigungsgründe (Tz. 167 ff.): „ <i>Meeting competition</i> “ defense als Rechtfertigungsgrund anerkennen	Tz. (71)-(73)

Die Stellungnahme im Einzelnen:

1. Zweck der Leitlinien klarer definieren (Tz. 1 ff.)

- (1) Die Ausarbeitung von Leitlinien zu Behinderungsmissbräuchen ist zu begrüßen. Das **Fehlen von Leitlinien** zu Art. 102 AEUV wurde in den vergangenen Jahren als **Leerstelle** wahrgenommen. Diese Leerstelle wurde durch die **Prioritätenmitteilung** nur unvollständig gefüllt, da deren praktische Bedeutung nicht erkennbar war. Sie ist nun auch **inhaltlich überholt**.

a) Verbraucherschädigungen Ziel, aber keine Voraussetzung von Art. 102 AEUV

- (2) Die neuen Leitlinien zielen auf ein Verhalten, das „den wirksamen Wettbewerb zum Nachteil des öffentlichen Interesses, anderer Marktteilnehmer und der Verbraucher verfälscht oder beeinträchtigt“ (Tz. 2). Dabei geht es speziell um „Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer oder mittelbarer Schaden erwachsen kann“ (Tz. 5). Hier könnte klargestellt werden, dass die **Verhinderung von Verbraucherschädigungen zwar ein Ziel von Art. 102 AEUV, aber keine Voraussetzung für die Anwendung** dieser Vorschrift ist (ggf. missverständlich: Tz. 6, 1. Satz).¹

b) Verhältnis zu anderen Kommissionspolitiken klären (*Superleague*)

- (3) Die scharfe Durchsetzung von Art. 102 AEUV gegenüber (potenziell) marktbeherrschenden EU-Unternehmen kann allerdings deren Wachstum begrenzen. Die neue Kommissionspräsidentin *v.d. Leyen* hat vor dem Europäischen Parlament am 18. Juli 2024 erklärt: „And we need a **competition policy** that supports companies **to scale up**.“ Deshalb wäre es hilfreich, wenn die Leitlinien klarstellen, **welche Rolle die Durchsetzung von Art. 102 AEUV im Verhältnis zu anderen Zielen und Prioritäten** der Kommission zukünftig spielen soll.
- (4) In diesem Kontext erscheint unter anderem der **Drei-Kriterien-Test** relevant, den der EuGH vor Kurzem in seinem *Superleague*-Urteil definiert hat. Nach dem Urteil sind Art. 101 und Art. 102 AEUV „kohärent“ auszulegen und anzuwenden.² Soweit es auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang der betreffenden Verhaltensweisen ankommt, ist zu berücksichtigen, ob
- die Verhaltensweisen „durch die Verfolgung eines oder mehrerer dem Gemeinwohl dienender **legitimer Ziele** gerechtfertigt sind, die als solche keinen wettbewerbswidrigen Charakter haben“;
 - die „**konkreten Mittel**, die zur Verfolgung dieser Ziele eingesetzt werden, zu diesem Zweck tatsächlich erforderlich sind“;
 - die **wettbewerbsbeschränkende Wirkung**, „selbst wenn sich herausstellt, dass [die] Mittel inhärent – zumindest potenziell – eine Einschränkung oder

¹ Siehe einerseits EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 46; andererseits EuGH, Urt. v. 21.02.1973, [6/72 – Europemballage und Continental Can](#), ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26 und EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 44 und 47; Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art.102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission’s Future Guidelines on Exclusionary Abuses, 15(4) JECLAP 222, 227 (2024).

² EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21 – Superleague](#), ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 186.

Verfälschung des Wettbewerbs bewirken, [...] nicht über das Erforderliche hinausgeht, insbesondere durch die Ausschaltung jedes Wettbewerbs.“³

- (5) Als legitimes Ziel in diesem Sinne ist nach Art. 173 AEUV auch die Förderung der „**Wettbewerbsfähigkeit der Industrie der Union**“ anzuerkennen. Allerdings ist zu beachten, dass das genannte Ziel allein (ohne weiter hinzutretende Zielsetzungen) nach Art. 173 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV keine Maßnahme rechtfertigt, „die zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte“.

2. Zur Frage der Marktbeherrschung: Kleinere Präzisierungen zur Behandlung von Nachfragemacht und zu kollektiver Marktbeherrschung der Nutzer von Online-Marktplätzen empfehlenswert (Tz. 17 ff.)

- (6) Zu begrüßen ist, dass der Leitlinienentwurf **Hinweise für die Beurteilung der Marktbeherrschung** enthält. Der EuGH definiert die beherrschende Stellung als: „Wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens [...], die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und schließlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.“⁴
- (7) Zwar hat der EuGH, abweichend von der obigen Definition, beherrschende Stellungen auch im Fall **beherrschender Nachfrager** in Betracht gezogen.⁵ Das geschah allerdings nur dann, **wenn es sich um Wiederverkäufer handelte**. Insbesondere beim Einkauf durch staatliche Stellen, die Produkte für ein System sozialer Sicherheit beschaffen, hat der EuGH hingegen bereits die Unternehmenseigenschaft verneint.⁶ Die Behandlung der Nachfragemacht sorgt in der Praxis für Unsicherheiten. Es wäre wünschenswert, wenn die Leitlinien diese Rechtsprechung in Tz. 33 adressieren würden.
- (8) Die Kriterien zur **Bestimmung kollektiver Marktbeherrschung** in Tz. 34 ff. orientieren sich eng an der Rechtsprechung. Die relativ ausführliche Erörterung überrascht angesichts der geringen Bedeutung des Missbrauchs kollektiv beherrschender Stellungen in der bisherigen Praxis. Allerdings ist sie angesichts neuer Phänomene wie **z.B. impliziter algorithmischer Kollusion** hinnehmbar. Diese wird v.a. mit Blick auf die Preise der Händler von Online-Marktplätzen diskutiert. Deshalb könnte es hilfreich sein, die Bedeutung der von Plattformen bereitgestellten Infrastruktur für die Vereinbarung der Koordinierungsmodalitäten explizit anzusprechen (Tz. 38).

3. Zur allgemeinen Prüfungsstruktur bei Behinderungsmissbräuchen: Stärkere Ausrichtung an EuGH-Systematik nötig (Tz. 53 ff.)

- (9) Die Ausführungen des Leitlinienentwurfs zur allgemeinen Prüfungsstruktur bei Behinderungsmissbräuchen **überzeugen nur teilweise**. Sie lassen das Interesse erkennen, der Kommission Flexibilität zu verschaffen und insbesondere

³ EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 183.

⁴ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 65.

⁵ EuGH, Urt. v. 28.03.1985, [298/83](#) – *CICCE*, ECLI:EU:C:1985:150, Rz. 22-30; EuGH, Urt. v. 15.12.1994, [C-250/92](#) – *Gøttrup Klim*, ECLI:EU:C:1994:413, Rz. 47 f.

⁶ EuGH, Urt. v. 11.07.2006, [C-205/03 P](#) – *FENIN*, ECLI:EU:C:2006:453, Rz. 26.

AEC- bzw. Preis-Kosten-Tests auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen diese Tests unumgänglich sind. Das ist verständlich, da der Aufwand missbrauchsrechtlicher Prüfungen beträchtlich ist. Allerdings weicht der Leitlinienentwurf stark von der Systematik ab, die sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt. Das erscheint unnötig und sollte im Interesse der Rechtsklarheit überdacht werden.

a) Zweischriftige Prüfung im Ausgangspunkt zu begrüßen

- (10) Der Leitlinienentwurf sieht für Behinderungsmissbräuche eine **zweischriftige Prüfung** vor, wonach „in der Regel zu prüfen [ist], ob die jeweilige Verhaltensweise von einem Leistungswettbewerb abweicht [...] und ob sie geeignet ist, Verdrängungswirkungen zu entfalten“ (Tz. 45). Diese zweischriftige Prüfung ist Teil eines Prüfungsgerüsts zu Art. 102 AEUV, das vom EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung entwickelt wurde.⁷ Die Übernahme der zweischriftigen Prüfung in den Leitlinienentwurf ist **zu begrüßen**.

b) „Spezifische rechtliche Tests“ ganz vor die Klammer ziehen

- (11) Der Leitlinienentwurf sieht vor, dass **bzgl. der Abweichung vom Leistungswettbewerb geprüft** wird, ob das fragliche Unternehmensverhalten die Voraussetzungen eines „spezifischen rechtlichen Tests“ für einen Missbrauch erfüllt, wie ihn der EuGH in seiner Rechtsprechung zur Ausschließlichkeitsbindungen, Kampfpreisen, Koppelungen u.ä. entwickelt hat (Tz. 47, 53).
- (12) Hierbei handelt es sich um eine **Erwägung zum praktischen Vorgehen**, die schon vor der zweischriftigen Prüfung nach den o.g. Kriterien der EuGH zum Tragen kommt (d.h. als Ausnahme von der „Regel“ nach Tz. 45). Die **Tests beziehen sich zudem auf beide Prüfungsschritte**. Deshalb wäre es klarer, sie würden nur in Tz. 47 und nicht erneut in Tz. 53 angesprochen.

c) Zum ersten Prüfungsschritt: „Abweichung vom Leistungswettbewerb“

- (13) Der Leitlinienentwurf unterscheidet bzgl. der Abweichung vom Leistungswettbewerb sodann Verhaltensweisen, an denen das beherrschende Unternehmen **„kein anderes wirtschaftliches Interesse** hat, als den Wettbewerb zu beschränken (sogenannte reine Beschränkungen“) (Tz. 54) und Verhaltensweisen, bei denen **verschiedene Faktoren für eine Prüfung nach den Umständen des Einzelfalls** sprechen (Tz. 55).
- (14) Bei dieser Unterscheidung bleibt allerdings **unklar, in welchem systematischen Zusammenhang** die beiden Fallgruppen und die „verschiedenen Faktoren“ untereinander stehen. Der Leitlinienentwurf beschränkt sich auf eine Referierung nebeneinander stehender Aussagen in der Rechtsprechung, was kaum Schlussfolgerungen für neuartige Fallkonstellationen zulässt.
- **Empfehlung 1: In der Definition „Leistungswettbewerb“ und „Abweichungen“ gegenüberstellen (Google Shopping)**
- (15) Aus Sicht des Verfassers ist **erstens** der an anderer Stelle im Leitlinienentwurf (Tz. 51) genannte Ausgangspunkt zu beachten, „dass sich der Begriff des Leistungswettbewerbs grundsätzlich auf eine Wettbewerbssituation bezieht, die

⁷ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, [85/76](#) – *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91; EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 76 ff.

den Verbrauchern durch **niedrigere Preise, eine bessere Qualität und eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähigerer Waren und Dienstleistungen** zugutekommt.“⁸ Stünde diese Aussage schon am Anfang von Abschn. 3.2.1, würde dies den allgemeinen Maßstab für die weitere Prüfung klarstellen.

- (16) Dagegen hat ein vom **Leistungswettbewerb abweichendes Verhalten** nach dem jüngst ergangenen *Google (Shopping)*-Urteil **Verdrängungswirkungen** zur Folge, die **„nicht auf die Leistungsfähigkeit [der Produkte des Marktbherrschers] zurückzuführen [sind], sondern auf eben jene Praktiken in Verbindung mit den festgestellten spezifischen Umständen“**.⁹ Es ist zu empfehlen, auch diese Aussage zur Klarstellung in die Leitlinien aufzunehmen.
- **Empfehlung 2: Zusammenhang zwischen „Abweichung vom Leistungswettbewerb“ und „Verdrängungswirkungen“ präzisieren (Hoffmann-La Roche: „durch die Verwendung von Mitteln“)**
- (17) **Zweitens** sollte der **Zusammenhang** weiter präzisiert werden, der nach der EuGH-Rechtsprechung **zwischen beiden Prüfungsschritten (Abweichung vom Leistungswettbewerb/Verdrängungswirkungen)** herzustellen ist („durch die Verwendung von Mitteln“)¹⁰. Die Definition des Leistungswettbewerbs und auch die in Abschn. 3.3.3 genannten Elemente für die Beurteilung der Eignung zu Verdrängungswirkungen sagen jeweils für sich genommen noch nichts darüber aus, **warum durch die Abweichung vom normalen Leistungswettbewerb Wettbewerber verdrängt werden** und gerade dadurch die o.g. Nachteile für die Verbraucher herbeigeführt werden.

Beispiel: Unklar bleibt, weshalb ein Missbrauch nach Art. 102 AEUV näher liegt, wenn ein marktbeherrschender Hersteller durch inhaltliche Falschangaben eine erforderliche Genehmigung rechtswidrig erschleicht (vgl. Tz. 55(b) und (c)), als wenn dieser Hersteller in seinem Antrag schlicht einen Formverstoß begeht und die Genehmigung trotzdem erhält.

- (18) Der **EuGH unterscheidet** bei der Frage, wann ein „Mittel [...] nicht auf einem leistungsorientierten Wettbewerb beruht“, **zwei Arten von Praktiken**. Die Unterscheidung ist zwar v.a. hinsichtlich der Beweisanforderungen relevant. Die Unterscheidungsmerkmale ermöglichen es aber, **auch einen inhaltlichen Zusammenhang** zwischen der Abweichung vom Leistungswettbewerb und den Verdrängungswirkungen herzustellen.
- Das **eine** ist „jede Praxis [...], an deren Anwendung ein beherrschendes Unternehmen kein anderes wirtschaftliches Interesse hat, als seine Wettbewerber auszuschalten, um **danach unter Ausnutzung seiner**

⁸ EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 85; weitgehend wortgleich **Tz. 51 des Leitlinienentwurfs**. Siehe ergänzend EuGH, Urt. v. 15.12.1975, [40/73 – Suiker Uni](#), ECLI:EU:C:1975:174, Rz. 174, wonach Unternehmen jedenfalls „das Recht [haben], sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen“.

⁹ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, [C-48/22 P – Google und Alphabet/Kommission \(Google Shopping\)](#), ECLI:EU:C:2024:726, Rz. 171. Dies erfordert eine Würdigung aller relevanten tatsächlichen Umstände; siehe *ebenda*, Rz. 166.

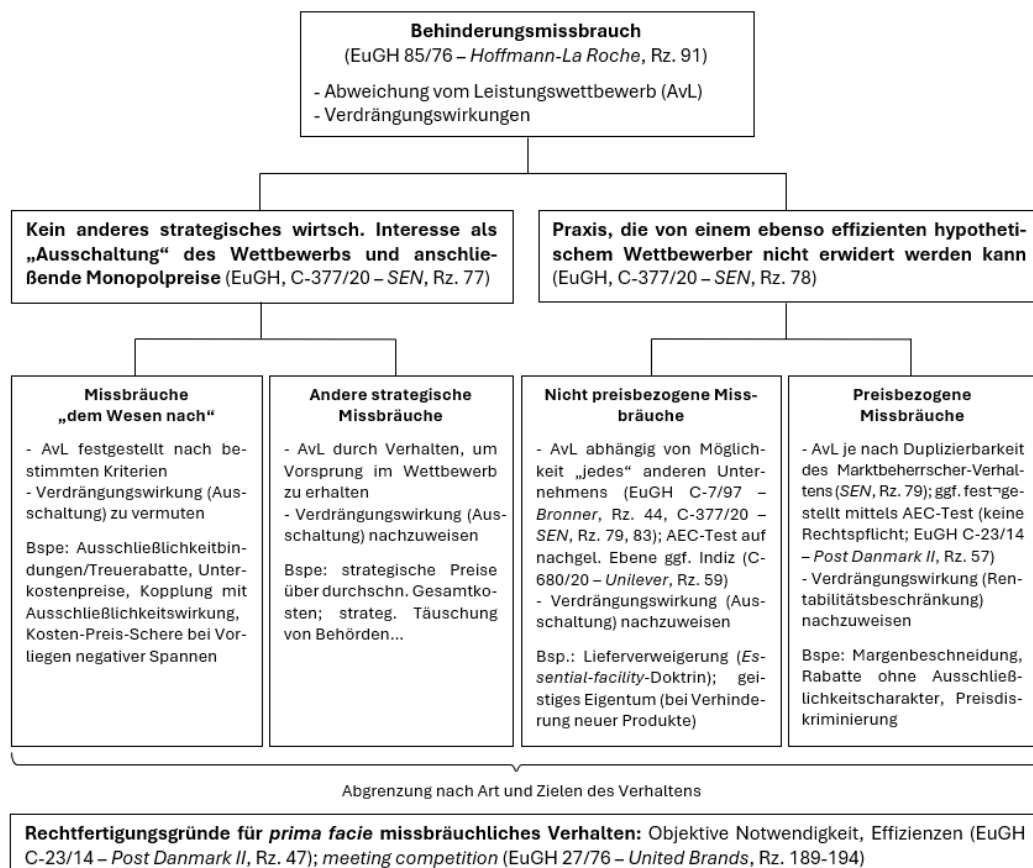
¹⁰ EuGH, Urt. v. 13.02.1979, [85/76 – Hoffmann-La Roche](#), ECLI:EU:C:1979:36, Rz. 91.

Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben“. ¹¹ In diesem Fall verfolgt das beherrschende Unternehmen nach Art und Zielen seines Verhaltens eine Verdrängungsstrategie ¹² mit dem Fernziel, im Markt nach Errichtung eines Monopols entsprechende Preise durchzusetzen.

- Das **andere** ist „eine Praxis, die nicht von einem hypothetischen Wettbewerber verfolgt werden kann, der zwar ebenso effizient ist, aber auf dem relevanten Markt keine beherrschende Stellung innehat, da diese Praxis auf der **Nutzung von Ressourcen oder Mitteln** beruht, **die einer solchen Stellung eigen** sind.“ ¹³ Hier geht es um ein Verhalten ohne Hinweise auf eine Verdrängungsstrategie, gegen das rational handelnde Wettbewerber dennoch nicht ankommen können.

(19) Aus **Sicht des Verfassers** ist der erforderliche Zusammenhang zwischen beiden Prüfungsschritten somit dadurch herstellbar, dass man bei der Prüfung einer Abweichung vom Leistungswettbewerb danach fragt, ob die betreffende **Verhaltensweise** sich auf etwas anderes als lediglich eine effiziente Preissetzung und die Produktqualität und -auswahl bezieht und darüber hinaus **dazu beiträgt, Marktzutrittschranken zu errichten oder eine beherrschende Stellung (als spezifische Marktzutrittschranke) auszunutzen**.

(20) Wenn man, wie hier vorgeschlagen, stärker der angeführten Rechtsprechung folgt, ergibt sich die **nachfolgend dargestellte Prüfungsstruktur mit 4 Kategorien**. Diese Kategorien unterscheiden sich danach, ob das Verhalten des



¹¹ EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 77.

¹² Vgl. EuGH, Urt. v. 19.01.2023, [C-680/20 – Unilever](#), ECLI:EU:C:2023:33, Rz. 45.

¹³ EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 77 f.

marktbeherrschenden Unternehmens nach Art und Zielen **vor allem auf die Erschwerung eines Marktzutritts** ausgerichtet ist (s. auch nachfolgende Tz. (21)-(25)). Dabei ergeben sich aus der Zuordnung auf Basis der EuGH-Rechtsprechung unterschiedliche Beweisanforderungen.¹⁴ Denn **je weniger Hinweise auf eine auf die Erschwerung des Marktzutritts ausgerichtete Strategie** vorhanden sind, **umso anspruchsvoller ist der Nachweis**, dass das Verhalten überhaupt vom normalen Leistungswettbewerb abweicht.

- (21) Die Praktiken der **ersten Fallgruppe** (*SEN*, Rz. 77) dürften nach dem zuvor in Tz. (18)-(20) Ausgeführten namentlich solche **Verhaltensweisen** umfassen, **bei denen** das beherrschende Unternehmen auf eine Kostendeckung verzichtet oder die Nachfrager anderweitig zu einem ausschließlichen Bezug bei sich veranlasst, sodass **wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen nach der EuGH-Rechtsprechung vorbehaltlich überwiegender Effizienzen im Verbraucherinteresse zu vermuten** sind (sog. Missbräuche „dem Wesen nach“, vgl. Tz. 60(b) des Entwurfs).¹⁵ Außerdem geht es um **andere Verhaltensweisen**, mit denen sich der Marktbeherrscher **durch strategisches Vorgehen einen Vorsprung** vor den Wettbewerbern verschafft. Das können die in der Rechtsprechung schon behandelten Fälle strategischen Vorgehens, aber ggf. auch z.B. die Verhaltensweisen nach Tz. 55(a)-(e) des Leitlinienentwurfs sein.¹⁶
- (22) Der Leitlinienentwurf setzt die erste Fallgruppe statt dessen einer dort eigenständig definierten **Kategorie „reiner Beschränkungen“** gleich (Tz. 54). Dazu wird im Leitlinienentwurf auf Textstellen des *Superleague*-Urteils des EuGH verwiesen, wo die oben angesprochenen zwei Fallgruppen referiert und dann weiterführende Aussagen zu Missbräuchen „dem Wesen nach“ getroffen werden.¹⁷ Aus welchem Grund in den darauf genannten Einzelfällen „kein anderes Interesse“ als eine Ausschaltung des Wettbewerbs vorhanden ist, wird aber nicht erkennbar. Das gemeinsame Element des strategischen Vorsprungs wird nicht weiter herausgearbeitet. Die Kategorisierung **überzeugt so nicht**.
- (23) Die **zweite Fallgruppe** (*SEN*, Rz. 78) umfasst alle Praktiken, bei denen nicht zusätzlich Verdrängungswirkungen zu vermuten sind bzw. auf eine Verdrängungsstrategie geschlossen werden kann. Sie hat somit eine Auffangfunktion. Hier ist laut EuGH zu prüfen, ob es „hypothetischen ebenso effizienten, aber

¹⁴ Siehe ergänzend EuGH, Urт. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 129 ff.

¹⁵ Aufgrund dieser Vermutung ist dann auch kein Vergleich mit einem hypothetischen Wettbewerber und damit insbesondere kein AEC-Test erforderlich; siehe EuGH, Urт. v. 06.12.2017, [C-413/14](#) – *Intel*, ECLI:EU:C:2017:632, Rz. 136 f. Wenn das betroffene Unternehmen gestützt auf einen solchen Test aber die Eignung seines Verhaltens bestreitet, Verdrängungswirkungen zu erzeugen, ist die Kommission verpflichtet, entweder eine Verdrängungsstrategie (vgl. EuGH Urт. v. 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 77) oder derartige Wirkungen (vgl. *ebenda*, Rz. 78) im Einzelfall nachzuweisen; *Intel*, a.a.O., Rz. 138.

¹⁶ Siehe in der bisherigen Rspr.: EuGH, Urт. v. 03.07.1991, [C-62/86](#) – *AKZO*, ECLI:EU:C:1991:286, Rz. 72; EuGH, Urт. v. 09.11.1983, [322/81](#) – *Michelin*, ECLI:EU:C:1983:313, Rz. 73, 75 ff.; EuGH, Urт. v. 12.01.2023, [C-42/21 P](#) – *Lietuvos geležinkeliai*, ECLI:EU:C:2023:12, Rz. 82 f.; zum Nachweis in anderen Fällen: EuGH, Urт. v. 02.04.2009, [C-202/07 P](#) – *France Télécom*, ECLI:EU:C:2009:214, Rz. 98.

¹⁷ EuGH, Urт. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 131 (Verhalten, das „ebenso leistungsfähige Wettbewerber von dem oder den betreffenden Märkten verdrängt [oder auch Verhaltensweisen, die] nachweislich entweder tatsächlich oder potenziell bewirken oder sogar bezwecken, potenziell im Wettbewerb stehende Unternehmen in einem Vorstadium [...] zu hindern“) bzw. Rz. 148 und 185. Siehe zu *Superleague* noch unten Tz. (64)-(67).

nicht beherrschenden Wettbewerber [möglich wäre], die fragliche **Praxis nachzuahmen**“.¹⁸ **Insofern ist weiter zwischen preisbezogenen und nicht preisbezogenen Praktiken zu differenzieren.**

- (24) Bei **preisbezogenen Praktiken** kann nach der EuGH-Rechtsprechung ein **AEC-Test¹⁹ nützlich sein**.²⁰ – Eine Rechtspflicht hierzu besteht freilich nicht.²¹ Bei dem AEC-Test kommt es darauf an festzustellen, ob **Wettbewerber**, die „ebenso leistungsfähig sind wie das beherrschende Unternehmen, **wegen ihrer geringeren Finanzkraft [...] nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können**“.²² Eine Abweichung vom Leistungswettbewerb ist dann zu bejahen, wenn **das beherrschende Unternehmen nicht „effizient genug“** wäre, um im Wettbewerb mit sich selbst Verluste vermeiden zu können.²³ Der AEC-Test muss aber dann nicht durchgeführt werden, wenn dies wegen des Grads der Marktmacht des beherrschenden Unternehmens oder anderer Zutrittsschranken „nicht sachgerecht“ ist.²⁴
- (25) Dagegen sind **nicht-preisbezogene Praktiken**, die nicht in die erste Fallgruppe der EuGH-Rechtsprechung fallen und durch die ein Unternehmen in beherrschender Stellung die Ressourcen oder Mittel einsetzt, die einer **solchen Stellung eigen** sind, typischerweise **von vornherein** durch das **Vorhandensein von hohen Marktzutrittsschranken** gekennzeichnet. So ist etwa in Fällen der Lieferverweigerung (*Essential-Facility*-Fälle) nur zu prüfen, ob die Duplizierung des betreffenden Inputs „**jedem anderen [Unternehmen]** – allein oder in Zusammenarbeit mit anderen“ – **unmöglich oder unzumutbar** ist.²⁵ Dasselbe gilt in *Continental Can*-Situationen.²⁶ Auf die Möglichkeiten eines einzelnen hypothetischen ebenso effizienten Wettbewerbers kommt es dann allenfalls für das Angebot von Waren oder Leistungen auf nachgelagerter Ebene an.²⁷
- (26) **Der Leitlinienentwurf greift die Differenzierungen hinsichtlich der in der EuGH-Rechtsprechung definierten zweiten Fallgruppe nicht auf.** Die

¹⁸ EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 79.

¹⁹ AEC = As Efficient Competitor.

²⁰ Der Test „erscheint“ nach EuGH, Urt. v. 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, Rz. 265 „insbesondere dann relevant, wenn das Unternehmen in beherrschender Stellung im Verwaltungsverfahren unter Vorlage von Beweisen geltend gemacht hat, dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen.“

²¹ EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 81; EuGH, Urt. v. 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, Rz. 56, 58; jeweils unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 06.10.2015, [C-23/14](#) – *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, Rz. 57.

²² EuGH, Urt. v. 14.10.2010, [C-280/08 P](#) – *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2010:603, Rz. 199; EuGH, Urt. v. 17.02.2011, [C-52/09](#) – *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 40; vgl. auch EuGH Urt. v. 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, Rz. 59; EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 80, 82.

²³ EuGH, Urt. v. 17.02.2011, [C-52/09](#) – *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 42; EuGH, Urt. v. 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 110.

²⁴ EuGH, Urt. v. 06.10.2015, [C-23/14](#) – *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, Rz. 57-59; EuGH, Urt. v. 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, Rz. 57.

²⁵ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, [C-7/97](#) – *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569, Rz. 44, wie in Bezug genommen in EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 83.

²⁶ EuGH, Urt. v. 21.02.1973, [6/72](#) – *Europemballage und Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26, 29.

²⁷ Auch in diesen Fällen kann ein AEC-Test (auf nachgelagerter Ebene) eine Abweichung vom Leistungswettbewerb indizieren; siehe EuGH, Urt. v. 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, Rz. 59.

gesamte Fallgruppe wird nur eher beiläufig in Tz. 55(f) aufgeführt. Das ist insofern zu verschmerzen, als die erforderlichen Preis-Kosten-Tests im Leitlinienentwurf jeweils in Bezug auf einzelne preisbezogene Missbräuche erörtert werden (s. Tz. 56, 109 ff., 124 und 130 ff., 143 ff.).

- (27) Allerdings wird insgesamt **nicht deutlich**, dass nach der zuvor in Tz. (21)-(25) angeführten Rechtsprechung auch in der zweiten Fallgruppe der EuGH-Rechtsprechung gerade **marktstrukturelle Elemente darüber entscheiden, wann das Verhalten des beherrschenden Unternehmens als effizient und Ausdruck des Leistungswettbewerbs und wann es hingegen als Ausnutzung seiner beherrschenden Stellung anzusehen ist.**
- (28) Deshalb ist zusammenfassend **zu empfehlen**, die **beiden Fallgruppen der EuGH-Rechtsprechung** explizit in die Leitlinien **aufzunehmen** und zur Abgrenzung zwischen ihnen darauf hinzuweisen, dass sie **Verhaltensweisen betreffen**, die **nicht als Leistungswettbewerb anzusehen** sind und die dazu beitragen, **Marktzutrittsschranken zu errichten bzw. auszunutzen.**²⁸
- **Empfehlung 3: Beweisanforderungen klarstellen – dabei ebenfalls Zusammenhang zwischen „Abweichung vom Leistungswettbewerb“ und „Verdrängungswirkungen“ präzisieren**
- (29) Drittens ist zu empfehlen, dass die Leitlinien die weiterführenden Ausführungen des EuGH zum **Nachweis** des Einsatzes anderer Mittel als derjenigen eines Leistungswettbewerbs im jüngst ergangenen Urteil im Fall *Google (Shopping)* aufgreifen.²⁹ Der Leitlinienentwurf befasst sich mit Beweisfragen nicht im Kontext des Prüfungsschritts „Abweichung vom Leistungswettbewerb“, sondern lediglich im Kontext des Prüfungsschritts „Verdrängungswirkungen“.
- (30) Der EuGH hat hinsichtlich des Prüfungsschritts „Abweichung vom Leistungswettbewerb“ in *Google (Shopping)* über die zuvor behandelte Bildung der Fallgruppen in *SEN*, Rz. 77 ff., hinaus klargestellt, dass – ähnlich seiner jüngsten Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV – auch bei Art. 102 AEUV Umstände zu prüfen sind, die das wettbewerbliche **Verhalten und den Kontext (Zusammenhang)** betreffen, in dem dieses Verhalten an den Tag gelegt wird.³⁰
- (31) In der Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV hat der EuGH als dritten zu berücksichtigenden Aspekt die **„objektiven Ziele“** des Verhaltens genannt.³¹ Demzufolge dürfte hinsichtlich der Anforderungen an den Nachweis eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV zwischen bezweckten und bewirkten Beschränkungen und entsprechend hinsichtlich der Anforderungen an den Nachweis eines

²⁸ Siehe erneut EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 131, ähnlich Rz. 176.

²⁹ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, Rz. 165 ff.

³⁰ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, Rz. 166, 168; siehe auch EuGH, Urt. v. 29.07.2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, Rz. 44-46 (zu Art. 101 AEUV).

³¹ EuGH, Urt. v. 29. Juli 2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, Rz. 49.

Verstoßes gegen Art. 102 AEUV zwischen Missbräuchen „dem Wesen nach“ und anderen Missbräuchen zu differenzieren sein.³²

- (32) Nach der EuGH-Rechtsprechung ist insofern für Art. 101 und Art. 102 AEUV einheitlich zu prüfen, ob das Verhalten **„nicht anders als mit der Verfolgung eines Zwecks erklärt werden, der einem der konstituierenden Merkmale des Grundsatzes des freien Wettbewerbs zuwiderläuft“** (siehe für Art. 102 AEUV schon oben Tz. (18)).³³ Dafür spricht es, wenn das beherrschende Unternehmen durch sein Verhalten gerade die **„Parameter“** beeinflusst, **„anhand deren Wettbewerb auf den [...] relevanten Märkten entsteht“**.³⁴
- (33) **Auch hier** zeigt sich, dass es für die Feststellung einer „Abweichung vom Leistungswettbewerb“ **maßgeblich auf Marktzutrittsschranken** ankommt. Das sollte in den Leitlinien ausdrücklich klargestellt werden.

d) Im zweiten Prüfungsschritt („Verdrängungswirkungen“) die Art und den Umfang der erforderlichen Verdrängungswirkungen präzisieren

- (34) Der **Leitlinienentwurf** spricht relativ **unspezifisch** davon, dass die „tatsächlichen oder potenziellen Verdrängungswirkungen [...] dem in Rede stehenden Verhalten zuzurechnen sein“ müssen, ohne dass das Verhalten „allein auf diese Verdrängungswirkungen zurückzuführen zu sein“ müsse. Es genüge „der Nachweis, dass das Verhalten dazu beiträgt, die Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Verdrängungswirkungen auf dem Markt zu erhöhen“ (Tz. 65)³⁵. Welche Art von Verdrängungswirkungen und welcher Umfang solcher Wirkungen erforderlich sind, wird allerdings nicht klar.
- (35) Nach der EuGH-Rechtsprechung kann **bei preisbezogenen Missbräuchen schon jede Beschneidung der Margen** eines gleich effizienten Wettbewerbers gegen Art. 102 AEUV verstoßen, **die zu Verlusten oder künstlich eingeschränkter Rentabilität führt**.³⁶ Bei **nicht preisbezogenen Missbräuchen** hat es **zumindest Indizwirkung**, wenn auf vorgelagerter Ebene durch „die Verwendung anderer Ressourcen“ als solcher des Leistungswettbewerbs der Zugang zum Markt behindert und dadurch ein hypothetischer Wettbewerber auf nachgelagerter Ebene daran gehindert wird, „seine Waren oder Leistungen

³² Siehe EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 186 hins. der Notwendigkeit einer kohärenten Auslegung und Anwendung der Art. 101 und Art. 102 AEUV.

³³ EuGH, Urt. v. 29.07.2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, Rz. 56 (dort zu Art. 101 AEUV); ferner EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 183, 185 (zu Art. 102 AEUV).

³⁴ EuGH, Urt. v. 29.07.2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, Rz. 70 (dort zu Art. 101 AEUV). Siehe entsprechend EuGH, Urt. v. 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, Rz. 167, wonach es im Rahmen von Art. 102 AEUV (jedenfalls in der 2. Fallgruppe i.S.v. Rs. C-377/22 – *SEN*, Rz. 77 f.) darauf ankommt, ob das beherrschende Unternehmen (potenzielle) Wettbewerber **„durch** die Schaffung von Zugangsschranken oder durch Rückgriff auf andere Abschottungsmaßnahmen oder **andere Mittel als die eines Leistungswettbewerbs“** tatsächlich oder potenziell **darin hindert, „auch nur Zugang“** zu einem relevanten Markt zu erlangen.

³⁵ Mit mehrfachem Verweis auf Gericht der EU (**EuG**), Urt. v. 10.11.2021, [T-612/17](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763. Zu beachten ist hier allerdings, dass die Auslegung von Art. 102 AEUV nach Art. 267 Abs. 1(a) AEUV letztverbindlich allein durch den EuGH erfolgt.

³⁶ EuGH, Urt. v. 17.02.2011, [C-52/09](#) – *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, Rz. 30 f., 33.

anders als mit Verlust oder mit unzureichender Spanne an[zu]bieten“.³⁷ Die Tatsache, dass (hypothetische) Wettbewerber Verluste eingehen müssen, kann also Verdrängungswirkungen belegen oder zumindest darauf hindeuten.

- (36) Der **EuGH** verlangt in seiner Rechtsprechung allerdings in der Regel eine besonders weitgehende Verdrängungswirkung, nämlich die **Ausschaltung bzw. Ausschließung des Wettbewerbs** (*elimination of competition*).³⁸ Darin zeigt sich, dass ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV von vornherein nur in einer zugunsten des beherrschenden Unternehmens verzerrten Marktstruktur in Betracht kommt. Die **Eignung** des fraglichen Verhaltens, **Verdrängungswirkungen zu erzeugen, muss somit eindeutig bestimmt** werden (z.B. durch die strukturell bedingte, nachweisbare Gefahr von Verlusten).
- (37) Deshalb ist **zweifelhaft, ob generell auf den Nachweis verzichtet** werden kann, dass „die tatsächlichen oder **potenziellen Wettbewerber**, die von dem Verhalten betroffen sind, **ebenso effizient** sind wie das marktbeherrschende Unternehmen“.³⁹ Der EuGH-Rechtsprechung ist zu entnehmen, dass bei nicht preisbezogenen Missbräuchen die Auswirkungen auf „potenziell im Wettbewerb stehende Unternehmen in einem Vorstadium“ relevant sein können.⁴⁰ Solche Unternehmen sind als Zugangspetenten zu einem Vorprodukt auf nachgelagerten Ebenen nur potenzielle Wettbewerber. Der EuGH-Rechtsprechung ist aber nicht zu entnehmen, dass generell (und abweichend von *SEN*, Rz 78 f.) Auswirkungen auf „*not yet as efficient competitors*“ relevant sind.
- (38) Der **Leitlinienentwurf** würde an Eindeutigkeit gewinnen, wenn die Art und der Umfang der erforderlichen **Verdrängungswirkungen** entsprechend dem zuvor Ausgeführten **näher spezifiziert** würden.

4. Zu Verhaltensweisen, die spezifischen rechtlichen Tests unterliegen (Tz. 76 ff.)

a) Gemeinsame Behandlung von „Missbräuchen dem Wesen“ nach und verwandten sonstigen Missbräuchen zu begrüßen

- (39) Der Leitlinienentwurf behandelt **Ausschließlichkeitsbindungen** (Tz. 78 ff.), **Kopplung und Bündelung** (Tz. 84 ff.) und **Lieferverweigerung** (Tz. 96 ff.) als Verhaltensweisen, die spezifischen rechtlichen Tests unterliegen. Bei diesen Fallgruppen fasst er jeweils die Prüfungskriterien für „Missbräuchen dem

³⁷ EuGH, Urt. v. 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, Rz. 57, 59; siehe auch EuGH, Urt. v. 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 110; EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 131.

³⁸ Siehe zur ersten Fallgruppe der EuGH-Rechtsprechung erneut EuGH, Urt. v. 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, Rz. 77 („als seine Wettbewerber auszuschalten“) sowie EuGH, Urt. v. 03.07.1991, [C-62/86](#) – *AKZO*, ECLI:EU:C:1991:286, Rz. 71 (Kampfpreise als Missbräuche dem Wesen nach); EuGH, Urt. v. 06.03.1974, 6/73 und 7/73 – *Commercial Solvents*, ECLI:EU:C:1974:18, Rz. 25 f. (Verweigerung der Weiterbelieferung); EuGH, Urt. v. 16.09.2008, [C-468/06](#) bis C-478/06 – *Sot. Lélos kai Sia u.a.*, ECLI:EU:C:2008:50, Rz. 34 f. (Parallelhandel); EuGH, Urt. v. 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 73 f. (konstruktive Lieferverweigerung); zur zweiten Fallgruppe bei nicht preisbezogenen Missbräuchen EuGH, Urt. v. 26.11.1998, [C-7/97](#) – *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569, Rz. 41 (Lieferverweigerung i.S. der Essential-Facility-Doktrin).

³⁹ **Tz. 73 des Leitlinienentwurfs** mit Verweis in **Fn. 179** auf EuG, Urt. v. 10.11.2021, [T-612/17](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, Rn. 540-541.

⁴⁰ Siehe erneut EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz.131.

Wesen nach“ und Missbräuche derselben Kategorien, bei denen (potenzielle) Verdrängungswirkungen nachzuweisen sind, zusammen. Diese **Darstellung trägt zur Übersichtlichkeit der Leitlinien bei** und ist zu begrüßen.

b) In der Fallgruppe „Lieferverweigerung“ (Tz. 96 ff.) die Kriterien für „Geistiges Eigentum“ nachschärfen (Tz. 104-106)

- (40) Der **Leitlinienentwurf** unterscheidet die beiden Fallgruppen „Lieferverweigerung“ und „Zugangsbeschränkungen“. Die Fallgruppe der Lieferverweigerung bezieht sich entsprechend der EuGH-Rechtsprechung auf „Situationen, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen einen Input ausschließlich oder hauptsächlich für eigene Zwecke entwickelt hat“ (Tz. 96 und Fn. 237, 340).⁴¹
- (41) Der Leitlinienentwurf stellt für die Fallgruppe der „**Lieferverweigerung**“ **richtigerweise höhere Anforderungen** an die Feststellung eines Missbrauchs als für die Fallgruppe der „Zugangsbeschränkungen“.
- (42) Allerdings sollte bei der Lieferverweigerung die Behandlung **ausschließlicher Rechte des geistigen Eigentums** (Tz. 104-106) nachgeschärft werden. Nach der Rechtsprechung kann die Zugangsverweigerung eines beherrschenden Unternehmens hier „nur dann als missbräuchlich eingestuft werden, wenn [...] das Unternehmen [...] beabsichtigt, **neue Erzeugnisse** oder Dienstleistungen anzubieten, die der Inhaber nicht anbietet und für die eine potenzielle Nachfrage der Verbraucher besteht.“⁴² Die Formulierung in Tz. 106 des **Leitlinienentwurfs ist weiter gefasst** und sieht dies nur als Beispiel für einen Missbrauch vor.

5. Zu Verhaltensweisen, die keinen spezifischen rechtlichen Tests unterliegen (Tz. 137 ff.)

a) Kriterien für die Beurteilung datenbezogener Missbräuche ergänzen

- (43) Der **Leitlinienentwurf enthält keine näheren Aussagen** dazu, welche Kriterien für die Feststellung eines Behinderungsmissbrauchs in **Abgrenzung von einem Ausbeutungsmissbrauch und Datenschutzverstößen** gelten. Diese Fragen sind aber von hoher praktischer Relevanz, da die Wettbewerbsbehörden in den letzten Jahren Missbräuche in den digitalen Märkten schwerpunktmäßig verfolgt haben.
- (44) Nach **Erwägungsgrund 39 der DSGVO**⁴³ sollte für „natürliche Personen [...] **Transparenz** dahingehend bestehen, dass sie betreffende personenbezogene Daten erhoben, verwendet, eingesehen oder anderweitig verarbeitet werden und in welchem Umfang die personenbezogenen Daten verarbeitet werden und künftig noch verarbeitet werden.“ Diese **Transparenz lässt sich auf digitalen Märkten aber kaum im ausreichenden Umfang herstellen**. Es kommt

⁴¹ Mit Verweis auf EuGH, Urt. v. 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 45; EuGH, Urt. v. 12.01.2023, [C-42/21 P](#) – *Lietuvos geležinkeliai*, ECLI:EU:C:2023:12, Rz. 79.

⁴² EuGH, Urt. v. 29.04.2004, [C-418/01](#) – *IMS Health*, ECLI:EU:C:2004:257, Rz. 49.

⁴³ [Verordnung \(EU\) 2016/679](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABL. L 119 v. 04.05.2016, S. 1.

vielmehr zu **Marktversagen** in Form von Informationsasymmetrien und **Regulierungsversagen** durch unzureichend umgesetzte Datenschutzvorgaben.⁴⁴

- (45) Das hat es **Betreibern großer Online-Plattformen** ermöglicht, sich Vorsprünge im Wettbewerb zu verschaffen, indem sie personenbezogene Daten sammeln und kombinieren.⁴⁵ Dieses Verhalten kann **gegen Datenschutzrecht verstoßen und** dann im Fall einer beherrschenden Stellung **zugleich missbräuchlich** sein (vgl. Tz. 55(c) des Leitlinienentwurfs).
- (46) Allerdings ist unklar, **unter welchen Voraussetzungen** derartige Verhaltensweisen besser (**auch**) **durch die Kommission und wann sie besser (nur) durch die Datenschutzbehörden adressiert** werden. Dies könnte in den Leitlinien **klargestellt** werden. **Relevante Aspekte** könnten hierbei sein, ob die betreffenden Unternehmen in Bezug auf zentrale Plattformdienste bereits speziellen **Verhaltenspflichten nach Art. 5 Abs. 2 DMA** unterliegen oder nicht und ob sich ein etwaiger **Verlust an Bestreitbarkeit** relevanter Märkte **durch missbrauchsrechtliche Abhilfemaßnahmen rückgängig** machen lässt.
- (47) Der **Missbrauch** einer beherrschender Stellung **durch die Sammlung und Kombination der Daten** von gewerblichen Nutzern bzw. Endnutzern hat zudem eine **Doppelnatur**:
- Zum einen kann es ein **Behinderungsmissbrauch** sein, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen rechtswidrig Daten verschafft und diese verarbeitet und dadurch Marktzutrittsschranken für (potenzielle) Wettbewerber errichtet.
 - Zum anderen kann es ein **Ausbeutungsmissbrauch** sein, wenn das Unternehmen Daten in überhöhtem Umfang sammelt oder die Bedingungen für die Nutzung seiner Dienste anderweitig unangemessen sind.
- (48) Eine wichtige Frage in diesem Zusammenhang ist, **welche Anforderungen an den Nachweis von Kausalität zu stellen** sind. Denn bei reinen Ausbeutungsmisbräuchen – zumindest Missbräuchen durch Preisüberhöhung – muss das Unternehmen in beherrschender „Stellung die sich **daraus ergebenden Möglichkeiten** [nutzen], um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die [es] bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte“.⁴⁶ Es reicht also nicht aus, dass das Unternehmen überhaupt Vorteile erhält. Die **Stellung muss** vielmehr **Ursache für die Ausbeutungswirkung** zu Nachteil von Verbrauchern sein (strenge Kausalität).
- (49) Dagegen genügt es **bei Behinderungsmisbräuchen (auch in Verbindung mit einem Ausbeutungsmissbrauch)**, dass das Verhalten eine Verdrängungswirkung hat. Es ist **nicht erforderlich, dass es auch auf der**

⁴⁴ Solove, The Myth of the Privacy Paradox, 89:1 The George Washington Law Review 1, 46-49 (2021); *Economides/Lianos*, Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective, 17 JCLE 765 (2021).

⁴⁵ BKartA, Beschl. v. 06.02.2019, [B6-22/16](#) – Facebook; siehe auch Erwägungsgründe 35-36 des [Digital Markets Act](#).

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 249.

beherrschenden Stellung beruht.⁴⁷ Das ist gerade im vorliegenden Zusammenhang relevant, da sich auf digitalen Märkten ggf. auch nicht marktbeherrschende Unternehmen in größerem Umfang rechtswidrig Daten verschaffen.

- (50) Die **Kausalitätsproblematik** ist in Missbrauchsverfahren im Digitalbereich **schon mehrfach** aufgekommen.⁴⁸ Deshalb ist zu empfehlen, **hierzu Klarstellungen** in den Leitlinien vorzunehmen.

b) Selbstbevorzugung nicht pauschal inkriminieren (Google Shopping; Tz. 156 ff.)

- (51) Die Missbrauchskategorie der Selbstbevorzugung dürfte aufgrund des jüngst ergangenen EuGH-Urteils im Fall *Google (Shopping)* zu überarbeiten sein.⁴⁹ Nach dem **Leitlinienentwurf** kann es nach Maßgabe aller relevanten Umstände bereits **missbräuchlich** sein, **wenn** „ein marktbeherrschendes Unternehmen seine eigenen Produkte **aktiv** gegenüber denen von Wettbewerbern **bevorzugt**“ (Tz. 156 f.). Diese Eingrenzung der Fallgruppe der Selbstbevorzugung erscheint zu unspezifisch und damit zu weitgehend.
- (52) Der **EuGH** hat darauf hingewiesen, dass „**nicht** generell davon ausgegangen werden kann, dass ein beherrschendes Unternehmen, das seine Waren oder Dienstleistungen günstiger behandelt als diejenigen seiner Wettbewerber, **unabhängig von den Umständen des Einzelfalls** ein vom Leistungswettbewerb abweichendes Verhalten an den Tag legt.“⁵⁰ Diese Aussage ist hoch zu gewichten. Das Interesse, den eigenen Nutzen zu maximieren, ist ein Wesensmerkmal marktwirtschaftlichen Verhaltens.
- (53) Der EuGH hat freilich weiter entschieden, dass Selbstbevorzugungen dann missbräuchlich sein können, wenn **Zugang** zu einer Infrastruktur **nur zu diskriminierenden Bedingungen** gewährt wird **und wenn** dadurch außenstehende **Zugangspetenten benachteiligt** werden.⁵¹ Diskriminierend sind in diesem Zusammenhang solche Bedingungen, aufgrund derer z.B. der beherrschende Betreiber einer Online-Suchmaschine Suchergebnisse **nach ihrer Herkunft und nicht nach ihrem Inhalt unterschiedlich behandelt**.⁵² Die Benachteiligung kann sich dann daraus ergeben, dass z.B. Datenverkehr umgeleitet wird.⁵³
- (54) Bei der Frage, ob das beherrschende Unternehmen Mittel einsetzt, die denen des Leistungswettbewerbs nicht entsprechen, sind nach dem EuGH – entsprechend den allgemeinen Regeln – zudem **stets alle relevanten tatsächlichen**

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 21.02.1973, [6/72](#) – *Europemballage und Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26; EuG, Urt. v. 30.09.2003, [T-191/98](#) und [T-212/98-T-214/98](#) – *Atlantic Container Line*, ECLI:EU:T:2003:245, Rz. 1124. Die Rechtsprechung ist nicht eindeutig, ob dasselbe auch bei Konditionenmissbräuchen gilt; siehe EuGH [C-179/90](#) – *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, ECLI:EU:C:1991:464, Rz. 17-20; [C-127/73](#) – *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:25, Rz. 9-15.

⁴⁸ Siehe z.B. Kommission, Beschl. v. 04.03.2024, [AT.40437](#) – *Apple - App Store Practices (music streaming)*, Tz. 540 ff.; BKartA, Beschl. v. 06.02.2019, [B6-22/16](#) – *Facebook*, Tz. 873-888.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726.

⁵⁰ *Ebenda*, Rz. 186.

⁵¹ *Ebenda*, Rz. 107, 113.

⁵² *Ebenda*, Rz. 191.

⁵³ *Ebenda*, Rz. 244, 267.

Umstände zu prüfen.⁵⁴ Der Verstoß kann sich deshalb auch aus einer Kombination spezifischer Umstände ergeben.⁵⁵

- (55) Das jüngste EuGH-Urteil ist insofern **auf einer Linie mit der früheren Rechtsprechung** zu Diskriminierungen zu sehen. Danach kann ein beherrschendes Unternehmen seine Marktstellung missbrauchen, wenn das Verhalten sich nicht in einer **Diskriminierung** erschöpft, sondern wenn es „angesichts des gesamten Sachverhalts **darauf gerichtet** ist, **eine Wettbewerbsverzerrung** zwischen [den] Handelspartnern **herbeizuführen**“.⁵⁶
- (56) Hervorzuheben ist zudem, dass nach der Rechtsprechung bei Diskriminierungen stark von den **konkreten Umständen abhängt, ob eine Verdrängungswirkung im Einzelfall nachzuweisen** ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung gilt, dass jedenfalls dann, wenn ein bewusster Eingriff in das freie „Spiel von Angebot und Nachfrage“ vorliegt und mithin eine Diskriminierungsstrategie verfolgt wird, „nicht verlangt werden [kann], dass zusätzlich der Beweis einer tatsächlichen, quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner erbracht wird.“⁵⁷
- (57) **Entsprechende Anforderungen dürften auf Vorleistungs- oder Plattformmärkten mit besonderes hohen Marktzutrittsschranken** (z.B. durch einen exklusiven Datenzugriff) **gelten**, wo es darum geht, die freie Erbringung von Diensten über die betroffenen Infrastrukturen zu schützen. Der EuGH hat im Fall *Google (Shopping)* nämlich entschieden, dass eine tatsächliche oder potenzielle Verdrängungswirkung im Fall der Selbstbevorzugung auch dann nicht nachgewiesen werden muss, wenn „die Wettbewerbsfähigkeit eines [konkurrierenden Dienstes] vom Datenverkehr abhäng[t]“ und die Umlenkung des Datenverkehrs für die Wettbewerber zu einem Rückgang führt, „ohne dass die Wettbewerber diesen Rückgang des Verkehrs durch den Rückgriff auf andere Verkehrsquellen [...] ausgleichen können“.⁵⁸ Das sollte **in den Leitlinien klar gestellt** werden.
- (58) Wenn der Leitlinienentwurf sich auf die **Behandlung der Selbstbevorzugung im Plattformbereich beschränken** würde, könnte dort zuletzt auch auf eine **Parallele zu Fällen der Kosten-Preis-Schere** hingewiesen werden. Denn es ist durchaus denkbar, dass ein Plattformbetreiber dadurch missbräuchlich handeln kann, dass er als Vermittler konkurrierenden Diensten die Vorteile durch eine Zuleitung von Nutzern beschneidet.⁵⁹

⁵⁴ *Ebenda*, Rz. 166, 168.

⁵⁵ *Ebenda*, Rz. 141.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 19.04.2018, [C-525/16](#) – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, Rz. 27; EuGH, Urt. v. 15.03.2007, [C-95/04 P](#) – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 145; siehe auch EuGH, Urt. v. 27.03.2012, [C-209/10](#) – *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, Rz. 30; offener insofern EuGH, Urt. v. 17.07.1997, [C-242/95](#) – *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, Rz. 41; EuGH, Urt. v. 24.10.2002, [C-82/01 P](#) – *Aéroports de Paris/Kommission*, ECLI:EU:C:2002:617, Rz. 114.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 229; EuGH, Urt. v. 15.03.2007, [C-95/04 P](#) – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, Rz. 145.

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, Rz. 264-269, insb. Rz. 267.

⁵⁹ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 11.01.2024, [C-48/22 P](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:14, Rz. 95-97.

c) Hebelung nicht nur als Unterfall der Fallgruppe „Selbstbevorzugung“ adressieren

- (59) Der Leitlinienentwurf behandelt die Hebelung von Marktmacht (Marktmachttransfer) nur als Untergruppe der Selbstbevorzugung (Tz. 158). Das überzeugt nicht: Die zugrundeliegende **Rechtsprechung ist auf alle Hebelungspraktiken einheitlich anwendbar**, auch z.B. Koppelung, Margenbeschneidung, Diskriminierung oder Lieferverweigerung.⁶⁰
- (60) Die Beschränkung des Leitlinienentwurfs erscheint auch nicht durch die derzeit hohe Bedeutung von Verfahren gegenüber großen Plattformunternehmen gerechtfertigt. Die **Leitlinien** sollen einen **allgemeinen Anwendungsbereich** haben.

d) Fallgruppe der „Zugangsbeschränkungen“ (Tz. 163 ff.) genauer fassen und Unterfallgruppen unterscheiden

- (61) Die Fallgruppe der „Zugangsbeschränkungen“ überzeugt nur zum Teil. Der Grund dafür ist, dass der Leitlinienentwurf sehr **verschiedene Verhaltensweisen** zusammenfasst, die **besser getrennt behandelt** würden.
- ***Vereitelung eines theoretisch möglichen Zugangs nach allgemeinen Grundsätzen beurteilbar***
- (62) Die **Beispiele**, die der **Leitlinienentwurf** als Zugangsbeschränkungen anführt, betreffen zum Großteil die Unterbrechung der Versorgung bestehender Abnehmer, die Nichteinhaltung einer rechtlichen Verpflichtung zur Zugangsgewährung und die Festlegung unfairer Zugangsbedingungen.⁶¹ Es handelt sich insofern um Fälle einer **„De-facto-Lieferverweigerung“**.⁶² Denn das beherrschende Unternehmen vereitelt einen theoretisch bestehenden Zugang.
- (63) Zu diesen Fällen hält der Leitlinienentwurf im Wesentlichen nur fest, dass „Zugangsbeschränkungen anhand des in Abschnitt 3 dargelegten allgemeinen Beurteilungsrahmens beurteilt werden“ sollten (Tz. 164). Dies ist vertretbar, hilft aber nicht wirklich weiter. Das einheitlich geltende **Beurteilungsmerkmal der Vereitelung eines theoretisch bestehenden Zugangs** sollte deshalb **in den finalen Leitlinien ergänzt** werden.
- ***Verschaffung der Kontrolle über einen Input unterliegt anderen Beurteilungsmaßstäben (Superleague)***
- (64) Der Leitlinienentwurf führt als Beispiel für eine Zugangsbeschränkung zuletzt solche Fälle an, in denen das marktbeherrschende „Unternehmen einen Input mit dem erklärten Zweck entwickelt, ihn umfassend mit Dritten zu teilen, später aber keinen Zugang zu diesem Input gewährt oder den Zugang dazu

⁶⁰ Siehe EuGH, Urt. v. 14.11.1996, [C-333/94 P](#) – *Tetra Pak*, ECLI:EU:C:1996:436, Rz. 27 ff. zu den Voraussetzungen.

⁶¹ Tz. 166 (a)-(c) des Leitlinienentwurfs mit Verweis auf (a): EuGH, Urt. v. 06.03.1974, 6/73 und 7/73 – *Commercial Solvents*, ECLI:EU:C:1974:18, Rz. 25 bzw. Urt. v. 16.09.2008, [C-468/06](#) bis [C-478/06](#) – *Sot. Lélou kai Sia u.a.*, ECLI:EU:C:2008:504; (b): EuGH, Urt. v. 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, Rz. 54-59; (c): [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom* (wie (b)), Rz. 50.

⁶² **Tz. 166 (c) des Leitlinienentwurfs** (dort zu unfairen Geschäftsbedingungen); siehe schon zuvor z.B. Drexler, *Refusal to Deal: Answers to the Questionnaire of the ICN Unilateral Conduct Working Group*; abrufbar: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/drexler.pdf>.

beschränkt.“⁶³ Zu diesen Fällen erscheint die Fallpraxis der Kommission zu **patent hold-ups bzw. patent ambush** anstelle der zitierten Rechtsprechung des Gerichts im Fall *Google (Shopping)* passender.⁶⁴

- (65) In den besagten Fällen schafft ein marktstarkes Unternehmen durch die Erklärung seines Teilungsinteresses die **Voraussetzungen dafür**, dass sich (potenzielle) Wettbewerber oder Nutzer auf einem Produktmarkt seiner **Kontrolle über den Input unterwerfen und ihm dadurch die Möglichkeit zu einem Missbrauch durch Zugangskonditionen, die nicht mit dem FRAND-Standard vereinbar sind, geben**.
- (66) Der **Missbrauch ist also zweigliedrig** in dem Sinne, dass sich das Unternehmen die Kontrolle über den Input verschafft und dadurch eine Stellung erhält, in der es den Wettbewerb weiter schwächen kann. Eine Besonderheit liegt vor allem darin, dass das **Unternehmen dadurch, dass sich andere Marktteilnehmer seiner Kontrolle über den Input unterwerfen**, gegebenenfalls **überhaupt erst marktbeherrschend** wird. Diese Unterwerfung kann für sich genommen u.U. gegen Art. 101 AEU verstoßen.⁶⁵ Das folgende einseitige Verhalten des Marktbeherrschers kann dann aber auch Art. 102 AEUV verletzen.
- (67) Speziell mit Blick auf die **Verletzung von Art. 102 AEUV** ist zu beachten, dass es laut EuGH im Fall *Superleague* **dem Wesen nach missbräuchlich** ist, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen in eine **Position** kommt, „von Rechts wegen oder auch *de facto* **zu entscheiden, welche anderen Unternehmen befugt sind, [eine bestimmte] Tätigkeit ebenfalls auszuüben**, sowie die Bedingungen festzulegen, unter denen sie ausgeübt werden kann“.⁶⁶ Der **Verstoß gegen Art. 102 AEUV** kann also **notwendige Folge des Vorverhaltens** der beteiligten Unternehmen (einschl. des Marktbeherrschers) sein.
- (68) Die **Beweislast** dafür, dass die Zugangsbedingungen den **FRAND-Standard** einhalten, liegt unter diesen Gegebenheiten ebenso **notwendig beim beherrschenden Unternehmen**.
- (69) Der EuGH hatte sich übrigens schon früher in ähnlicher Weise geäußert. Dabei ging es um Fälle, in denen „der Wettbewerb so wesentlich beeinträchtigt [ist], dass die verbleibenden Wettbewerber kein ausreichendes Gegengewicht mehr bilden [können].“ Der EuGH entschied für derartige Fälle, dass ein **Missbrauch in jeder Verhaltensweise** zu sehen ist, durch die „**nur noch**

⁶³ **Tz. 166 (c) des Leitlinienentwurfs** mit Verweis auf EuG, Urt. v. 10.11.2021, [T-612/17](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, Rz. 177 bis 185.

⁶⁴ EU-Kommission, Verpflichtungsentsch. (Art. 9 VO 1/2003) v. 09.12.2009, [AT.38636](#) – *Rambus*; [MEMO/07/389](#) v. 01.10.2007, „Commission initiates formal proceedings against Qualcomm“; Entsch. v. 29.04.2014, [AT.39985](#) – *Motorola - Enforcement of GPRS standard essential patents*.

⁶⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 17.11.1987, [142/84](#) – *BAT & Reynolds*, ECLI:EU:C:1987:490, Rz. 37, 39, wonach Vereinbarungen, die einem Unternehmen eine effektive Kontrolle über andere Unternehmen verschaffen, „als Mittel dienen [können], das geschäftliche Verhalten der betreffenden Unternehmen so zu beeinflussen, dass der Wettbewerb auf dem Markt, auf dem sie ihre Geschäftstätigkeit entfalten, [gemäß Art. 101 AEUV] eingeschränkt oder verfälscht wird.“

⁶⁶ EuGH, Urt. v. 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, Rz. 133; siehe auch dort Rz. 148, 176.

Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.“⁶⁷

- (70) Diese **Fälle sollten in den Leitlinien eigenständig** behandelt werden, weil hier **kein theoretisch bestehender Zugang vereitelt** wird. Statt dessen geht es um ein Vorverhalten, das unmittelbar die **Marktstruktur verschlechtert, ohne dass darüber hinausgehende Verdrängungswirkungen nachgewiesen werden müssen**. Ein möglicher Missbrauch (durch Zugangskonditionen entgegen FRAND) ist dann notwendige Folge dieses Vorverhaltens.

6. Objektive Rechtfertigungsgründe (Tz. 167 ff.): „Meeting competition“ defense als eigenständigen Rechtfertigungsgrund anerkennen

- (71) Der **Leitlinienentwurf** erkennt als objektive Rechtfertigungsgründe für ein andernfalls missbräuchliches Verhalten die **„Einrede der objektiven Notwendigkeit“** und **Effizienzvorteile** an. Das ist zu begrüßen.
- (72) Ein **weiterer objektiver Rechtfertigungsgrund** ist die Einrede des beherrschenden Unternehmens, dass es auf ein **Verhalten von Wettbewerbern reagiert** („meeting competition“ defense).⁶⁸ Der Leitlinienentwurf spricht diese Einrede mit einer allgemeine Erwägung in Tz. 49 an, lässt aber offen, wie sie die Kommission sie im konkreten Fall berücksichtigen wird.
- (73) Im Sinne der Rechtsklarheit wäre es zu begrüßen, wenn die Einrede als **eigenständiger Rechtfertigungsgrund** in Tz. 167 ff. anerkannt wird. Dabei könnte auch darauf hingewiesen werden, dass ein Verhalten **unzulässig** bleibt, bei dem das beherrschende Unternehmen seine beherrschende Stellung durch die „abschreckende Wirkung der gegen einen Vertriebshändler verhängten Sanktion [...] **wesentlich verstärken** würde“.⁶⁹

* * *

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 21.02.1973, [6/72](#) – *Europemballage und Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, Rz. 26, 29; dazu knapp **Tz. 5 des Leitlinienentwurfs**.

⁶⁸ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 189 ff.

⁶⁹ EuGH, Urt. v. 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 192, siehe auch Rz. 194.

Submission in the consultation on the draft Commission guidelines on exclusionary abuses

The author would like to thank the European Commission for the opportunity to comment in the consultation on the Commission's draft "Guidelines on the application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings". The development of such guidelines is welcome in the interest of legal certainty. The author bases his comments primarily on his understanding of the case law of the European Court of Justice (**ECJ**), as this is ultimately binding for the interpretation of Art. 102 TFEU (Art. 267 para. 1(a) TFEU).

The following [table of contents](#) summarizes the recommendations of this submission:

Comments and recommendations on recitals of the draft guidelines	Rec. below
1. Objectives of the guidelines need to be defined more clearly (rec. 1 ff.)	Rec. (1)-(5)
a) Consumer harm is an objective, but not a prerequisite of Art. 102 TFEU	Rec. (2)
b) Relationship with other Commission policies to be clarified (<i>Superleague</i>)	Rec. (3)-(5)
2. On the question of market dominance: minor clarifications on the treatment of buyer power and collective market dominance of users of online marketplaces recommended (rec. 17 ff.)	Rec. (6)-(8)
3. On the general review structure for exclusionary abuses: stronger alignment with the ECJ system necessary (rec. 53 ff.)	Rec. (9)-(36)
a) Two-step assessment welcome as a starting point	Rec. (10)
b) Move "specific legal tests" to the front of the parenthesis	Rec. (11)-(12)
c) On the first assessment step: "deviation from competition on the merits"	Rec. (13)-(33)
– Recommendation 1: "competition on the merits" and "deviations" to be contrasted with each other in the definition (<i>Google Shopping</i>)	Rec. (15)-(16)
– Recommendation 2: connection between "deviation from competition on the merits" and "exclusionary effects" to be clarified (<i>Hoffmann-La Roche</i> : "through recourse to methods")	Rec. (17)-(28)
– Recommendation 3: evidence requirements to be clarified – again taking into account the link between "deviation from competition on the merits" and "exclusionary effects"	Rec. (29)-(33)
d) In the second assessment step ("exclusionary effects"), clarify the nature and extent of the required exclusionary effects	Rec. (34)-(36)
4. On conduct subject to specific legal tests (rec. 76 ff.)	Rec. (39)-(42)
a) Joint treatment of "abuses by their nature" and related other abuses welcome	Rec. (39)
b) In the "refusal to supply" category (rec. 96 ff.), sharpen the criteria for "intellectual property" (rec. 104-106)	Rec. (40)-(42)
5. On conduct that is not subject to specific legal tests (rec. 137 ff.)	Rec. (43)-(70)
a) Add criteria for the assessment of data-related misuse	Rec. (43)-(50)
b) No general ban on self-preferential treatment (<i>Google Shopping</i> ; rec. 156 ff.)	Rec. (51)-(58)
c) Leveraging to be addressed not only as a sub-category of "self-preferencing"	Rec. (59)-(60)
d) "Access restrictions" category (rec. 163 ff.) to be defined more precisely and sub-categories to be distinguished	Rec. (61)-(70)
– Thwarting a theoretically possible access can be assessed according to general principles	Rec. (62)-(63)
– The fraudulent control over an input is subject to different assessment criteria (<i>Superleague</i>)	Rec. (64)-(70)
6. Objective grounds for justification (rec. 167 ff.): "meeting competition" defense to be recognized as a ground for justification	Rec. (71)-(73)

The submission in detail:

1. Objectives of the guidelines need to be defined more clearly (rec. 1 ff.)

- (1) The drafting of guidelines on exclusionary abuses is to be welcomed. The **lack of guidelines** on Art. 102 TFEU has been perceived as **a void** in recent years. This void was only incompletely filled by the **priority communication**, as its practical significance was not apparent. It is now also **outdated in terms of content**.

a) Consumer harm is an objective, but not a precondition for Art. 102 TFEU

- (2) The new guidelines are aimed at conduct that “distorts or impairs effective competition to the detriment of the public interest, other market participants and consumers” (rec. 2). This relates specifically to “conduct by dominant undertakings which may cause direct or indirect harm to consumers” (rec. 5). It could be clarified here that the **prevention of consumer harm is an objective of Art. 102 TFEU, but it is not a prerequisite for the application** of this provision (possibly misleading: rec. 6, 1st sentence) .¹

b) Relationship with other Commission policies to be clarified (*Superleague*)

- (3) The strict enforcement of Art. 102 TFEU against (potentially) dominant EU companies can limit their growth. The new Commission President v.d. Leyen declared to the European Parliament on 18 July 2024: “And we need a **competition policy** that supports companies **to scale up**.” It would therefore be helpful if the guidelines clarified **what role the enforcement of Art. 102 TFEU should play in future in relation to other Commission objectives and priorities**.
- (4) In this context, the **three-criteria test**, which the ECJ recently defined in its *Superleague* judgment, appears relevant. According to the judgment, Art. 101 and Art. 102 TFEU must be interpreted and applied “coherently”.² Insofar as the economic and legal context of the conduct in question is relevant, it must be taken into account whether
- The conduct is “justified by the pursuit of one or more **legitimate objectives** in the public interest which are not per se anti-competitive in nature”
 - The “**specific means** used to pursue those objectives are genuinely necessary for that purpose”, and
 - “even if those means prove to have an **inherent effect of**, at the very least potentially, **restricting or distorting competition**, that inherent effect

¹ See, on the one hand, ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, para. 46; andererseits ECJ, Judgment of 21.02.1973, [6/72 – Europemballage and Continental Can](#), ECLI:EU:C:1973:22, para. 26 and ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, paras 44 and 47; Schweitzer/de Ridder, How to Fix a Failing Art.102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission’s Future Guidelines on Exclusionary Abuses, 15(4) JECLAP 222, 227 (2024).

² ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21 – Superleague](#), ECLI:EU:C:2023:1011, para. 186.

does not go beyond what is necessary, in particular by eliminating all competition.”³

- (5) In line with Art. 173 TFEU, the promotion of the **“competitiveness of the Union's industry”** must also be recognized as a legitimate objective in this sense. However, it should be noted that, according to Art. 173(3)(2) TFEU, this objective alone (without additional objectives) does not justify a measure “which could lead to a distortion of competition”.

2. On the question of market dominance: minor clarifications on the treatment of buyer power and collective market dominance of users of online marketplaces recommended (rec. 17 ff.)

- (6) It is to be welcomed that the draft guidelines provide **guidance on the assessment of dominance**. The ECJ defines a dominant position as: “an undertaking's position of economic power [...] which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers.”⁴
- (7) It is true that the ECJ, deviating from the above definition, has also considered dominant positions in the case of **dominant buyers**.⁵ However, this only occurred **in the case of resellers**. In contrast, the ECJ denied the status of an undertaking, particularly in those cases where public entities procure products for a social security system.⁶ In practice, the treatment of buying power causes uncertainty. It would be desirable for the guidelines to address the case law referred to before in recital 33.
- (8) The criteria for determining **collective dominance** in recitals 34 are closely based on the case law. The relatively detailed discussion is surprising in view of the minor significance of the abuse of collective dominant positions in previous practice. However, it is acceptable in view of new phenomena such as, **e.g., implicit algorithmic collusion**. This is mainly discussed with regard to the prices of online marketplace traders. It could therefore be helpful to explicitly address the importance of the infrastructure provided by platforms for the agreement of coordination modalities (rec. 38).

3. On the general review structure for exclusionary abuses: stronger alignment with the ECJ system necessary (rec. 53 ff.)

- (9) The comments in the draft guidelines on the general examination structure for exclusionary abuses are **only partially convincing**. They reveal an interest in providing the Commission with flexibility and, in particular, in limiting AEC or price-cost tests to those cases in which these tests are unavoidable. This is understandable, as the effort involved in abuse of dominance tests is considerable. However, the draft guidelines deviate significantly from the system

³ ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, para. 183.

⁴ ECJ, Judgment of 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, para. 65.

⁵ ECJ, Judgment of 28.03.1985, [298/83](#) – *CICCE*, ECLI:EU:C:1985:150, paras 22-30; ECJ, Judgment of 15.12.1994, [C-250/92](#) – *Gøttrup Klim*, ECLI:EU:C:1994:413, paras 47-48.

⁶ ECJ, Judgment of 11.07.2006, [C-205/03 P](#) – *FENIN*, ECLI:EU:C:2006:453, para. 26.

resulting from ECJ case law. This seems unnecessary and should be reconsidered in the interests of legal clarity.

a) Two-step assessment welcome as a starting point

(10) The draft guidelines provide for a **two-step assessment** for exclusionary abuses, according to which “it must generally be examined whether the respective conduct deviates from competition on the merits [...] and whether it is capable of having exclusionary effects” (rec. 45). This two-step assessment is part of an assessment framework for Art. 102 TFEU that has been developed by the ECJ in its recent case law.⁷ The adoption of the two-step test in the draft guidelines is **to be welcomed**.

b) Move “specific legal tests” to the front of the parenthesis

(11) The draft guidelines provide that, **with regard to the deviation from competition on the merits**, it will be examined whether the company behavior in question meets the requirements of a “specific legal test” for abuse, as developed by the ECJ in its case law on exclusive dealing, predatory pricing, tying, etc. (rec. 47, 53).

(12) This is a **consideration of the practical approach**, which comes into play even before the two-step test according to the above-mentioned criteria of the ECJ (i.e. as an exception to the “rule” according to rec. 45). The **specific legal tests also refer to both steps of the general test**. It would therefore be clearer if they were only addressed in recital 47 and not again in recital 53.

c) On the first assessment step: “deviation from competition on the merits”

(13) With regard to deviation from competition on the merits, the draft guidelines then distinguish between conduct in which the dominant undertaking “has **no other economic interest** than to restrict competition (so-called “naked restrictions”) (rec. 54) and conduct in which **various factors speak in favor of an examination according to the circumstances of the individual case** (rec. 55).

(14) With this distinction, however, the **systematic relationship** between the two groups of cases and the “various factors” remains **unclear**. The draft guidelines are limited to referencing juxtaposed statements in case law, which hardly allows any conclusions to be drawn for new types of case constellations.

– **Recommendation 1: “competition on the merits” and “deviations” to be contrasted with each other in the definition (Google Shopping)**

(15) **Firstly**, from the author's point of view, the starting point referred to elsewhere in the draft guidelines (rec. 51) must be observed, which is “that the concept of competition on the merits generally refers to a competitive situation that benefits consumers through **lower prices, better quality and a wider choice of new or more efficient goods and services**”.⁸ If this statement were already

⁷ ECJ, Judgment of 13.02.1979, [85/76](#) – *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, para. 91; ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, paras 76 ff.

⁸ ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, para. 85; weitgehend wortgleich **rec. 51 of the draft guidelines**. See also ECJ, Judgment of 15.12.1975, [40/73](#) – *Suiker Uni*,

at the beginning of section 3.2.1, this would clarify the general standard for the following assessment.

- (16) On the other hand, according to the recent *Google (Shopping)* judgment, conduct that **deviates from competition on the merits** results in **exclusionary effects that are “not attributable to the performance [of the dominant undertaking's products] but to those practices in conjunction with the specific circumstances identified”**.⁹ It is recommended that this statement be included in the guidelines for clarification as well.

– **Recommendation 2: connection between “deviation from competition on the merits” and “exclusionary effects” to be clarified (Hoffmann-La Roche: “through recourse to methods”)**

- (17) **Secondly, the link** which, according to ECJ case law, must be established **between the two assessment steps (deviation from competition on the merits/exclusionary effects)** should be further clarified (**“through the recourse to methods”**)¹⁰. The definition of competition on the merits and also the elements mentioned in section 3.3.3 for the assessment of capability for exclusionary effects do not in themselves say anything about **why the deviation from normal competition on the merits excludes competitors** and why the above-mentioned disadvantages for consumers are brought about as a result.

Example: It remains unclear why an abuse under Art. 102 TFEU is more likely to occur if a dominant manufacturer unlawfully obtains any required authorization by making false statements (see rec. 55(b) and (c)) than if this manufacturer simply commits a formal violation in its application and nevertheless receives the authorization.

- (18) The **ECJ distinguishes between two types of practices** when it comes to the question of when a “means [...] is not based on merit-based competition”. The distinction is primarily relevant with regard to the evidentiary requirements. However, the distinguishing features of those practices also make it possible to **link in substance** the deviation from competition on the merits and the exclusionary effects.

- **One** is any “practice the implementation of which holds no economic interest for a dominant undertaking, except that of eliminating competitors so as to enable it **subsequently** to raise its prices **by taking advantage of its monopolistic position**”.¹¹ In this case, the dominant undertaking pursues an exclusionary strategy according to the nature and objectives¹² of its conduct with the final goal, after the establishment of a monopoly, of imposing corresponding prices on the market.

ECLI:EU:C:1975:174, para. 174, according to which undertakings have anyway “the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors”.

⁹ ECJ, Judgment of 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, para. 171. This requires an assessment of all relevant factual circumstances; see *ibid.*, para. 166.

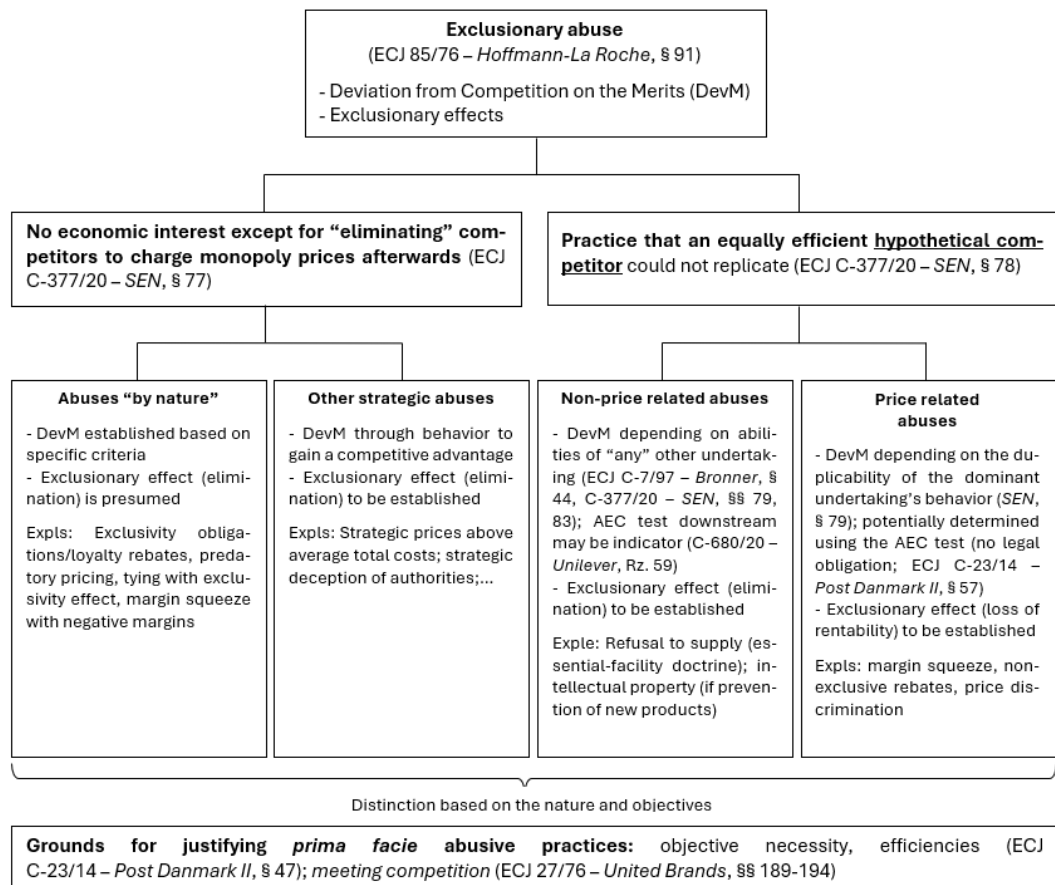
¹⁰ ECJ, Judgment of 13.02.1979, [85/76](#) – *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, para. 91.

¹¹ ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, para. 77.

¹² Cf. ECJ, Judgment of 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, para. 45.

- The **other** is “a practice **that a hypothetical competitor** – which, although it is as efficient, does not occupy a dominant position on the market in question – is unable to adopt, because that practice relies on the use of resources or means inherent to the holding of such a position”.¹³ This is a behavior without any indication of an exclusionary strategy, but which rational competitors are nevertheless unable to counter.

- (19) In the **author's view**, thus, the necessary link between the two steps of the test can be established by asking, when examining a deviation from competition on the merits, whether the **practice** in question relates to something other than merely efficient pricing and product quality and choice and also **contributes to the creation of barriers to entry or the exploitation of dominance (as a specific entry barrier)**.
- (20) If, as proposed here, the cited case law is followed more closely, the **following assessment framework marked by 4 categories** is the result. These categories differ according to whether the type and objectives of the dominant under-



taking's conduct are **primarily aimed at impeding market entry** (see also points (21)-(25) below). The above categorization based on ECJ case law is associated with different requirements for proof.¹⁴ For **the less evidence is available of a strategy aimed at hindering market entry, the more demanding it is to prove** that the conduct deviates from normal competition on the merits.

¹³ ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, paras 78.

¹⁴ See additionally ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21 – Superleague](#), ECLI:EU:C:2023:1011, paras 129 ff.

- (21) The practices in the **first group of cases** (*SEN*, para. 77) are likely to include, in accordance with points (18)-(20) above, in particular those **practices** in which the dominant undertaking foregoes cost recovery or otherwise induces customers to purchase exclusively from it, so that **restrictive effects on competition can be presumed in accordance with ECJ case law, subject to overriding efficiencies in the consumer interest** (so-called abuses “by their very nature”, cf. rec. 60(b) in the draft).¹⁵ It also concerns **other types of conduct** which the dominant undertaking uses **strategically to gain an advantage** vis-à-vis its competitors. This could be the instances of strategic conduct already dealt with in the case law, including also, e.g., the instances of conduct referred to in paragraphs 55(a)-(e) of the draft guidelines.¹⁶
- (22) Instead, the draft guidelines equate the first group of cases with a separately defined **category of “naked restrictions”** (para. 54). To this end, the draft guidelines refer to passages in the ECJ’s *Superleague* judgment, where the two groups of cases mentioned above are referred to and then further statements are made on abuses “by their very nature”.¹⁷ However, it is not clear why there is “no other interest” than eliminating competition in the individual cases mentioned. The common element of strategic advantage is not further elaborated. The categorization, as set out, is **not convincing**.
- (23) The **second group of cases** (*SEN*, para. 78) comprises all practices where no exclusionary effects can be presumed additionally and where no exclusionary strategy can be deduced from the facts. It has, hence, a residual function. Here, it must be examined according to the ECJ whether it would be possible “for hypothetical competitor, which is as efficient but not in a dominant position, to imitate the practice in question”.¹⁸ **In this respect, a further distinction must be made between price-related and non-price-related practices.**
- (24) According to ECJ case law, an **AEC test**¹⁹ **may be useful in the case of price-related practices.**²⁰ – However, there is no legal obligation to conduct such a

¹⁵ Due to this presumption, no comparison with a hypothetical competitor and thus in particular no AEC test is required; see ECJ, Judgment of 06.12.2017, [C-413/14 – Intel](#), ECLI:EU:C:2017:632, paras 136-137. However, if, on the basis of such a test, the undertaking concerned disputes the suitability of its conduct to generate exclusionary effects, the Commission is obliged either to prove an exclusionary strategy (see ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, para. 77) or to prove such effects (see, *ibid.*, para. 78) in the individual case; *Intel*, *ibid.*, para. 138.

¹⁶ See in the previous case law: ECJ, Judgment of 03.07.1991, [C-62/86 – AKZO](#), ECLI:EU:C:1991:286, para. 72; ECJ, Judgment of 09.11.1983, [322/81 – Michelin](#), ECLI:EU:C:1983:313, paras 73, 75 ff.; ECJ, Judgment of 12.01.2023, [C-42/21 P – Lietuvos geležinkeliai](#), ECLI:EU:C:2023:12, paras 82-83; regarding the necessary evidence in other cases: ECJ, Judgment of 02.04.2009, [C-202/07 P – France Télécom](#), ECLI:EU:C:2009:214, para. 98.

¹⁷ ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21 – Superleague](#), ECLI:EU:C:2023:1011, para. 131 (conduct “excluding equally efficient competing undertakings from the market(s) concerned [or having] the actual or potential effect – or even the object – of impeding potentially competing undertakings at an earlier stage”) as well as paras 148 and 185. On *Superleague*, see also rec. (64)-(67) below.

¹⁸ ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20 – SEN](#), ECLI:EU:C:2022:379, para. 79.

¹⁹ AEC = As Efficient Competitor.

²⁰ According to ECJ, Judgment of 10.09.2024, [C-48/22 P – Google and Alphabet/Commission \(Google Shopping\)](#), ECLI:EU:C:2024:726, para. 265, the test “appears, in particular, to be relevant, where the dominant undertaking submitted, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects.”

test.²¹ The AEC test is concerned with determining whether **competitors** that are “perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, **because of their smaller financial resources, are incapable of withstanding the competition** waged against them”.²² A deviation from competition on the merits is to be affirmed if **the dominant company would not be “sufficiently efficient”** to avoid losses in competition with itself.²³ However, the AEC test does not have to be carried out if this test is “of no relevance” due to the degree of market power of the dominant company or other barriers to entry.²⁴

- (25) In contrast, **non-price-related practices** that do not fall within the first category of ECJ case law and through which an undertaking in a dominant position uses the resources or means **inherent in such a position** are typically characterized **from the outset** by the **existence of high barriers to entry**. In cases of refusal to supply (essential facility cases), for example, it is only necessary to examine whether the duplication of the input in question is “**impossible, or even unreasonably difficult, for any other [company]** – alone or in cooperation with other[s]”.²⁵ The same applies in *Continental Can* situations.²⁶ The possibilities of a single hypothetical equally efficient competitor are then at most relevant for the supply of goods or services downstream.²⁷
- (26) **The draft guidelines do not take up the differentiations with regard to the second group of cases defined in ECJ case law.** The entire group of cases is only mentioned in passing in recital 55(f). This is acceptable insofar as the required price-cost tests are discussed in the draft guidelines in relation to individual price-related abuses (see rec. 56, 109 ff., 124 and 130 ff., 143 ff.).
- (27) However, it is **not clear** overall that, according to the case law cited in points (21)-(25) above, it is precisely **market-structural elements that decide in the second group of cases of ECJ case law when the conduct of the dominant undertaking is to be regarded as efficient and an expression of competition on the merits and when, on the other hand, it is to be regarded as an exploitation of its dominant position.**
- (28) In summary, it is therefore **recommended** to explicitly **include the two case groups of ECJ case law** in the guidelines and, in order to distinguish between

²¹ ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, para. 81; ECJ, Judgment of 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, paras 56, 58; both with reference to ECJ, Judgment of 06.10.2015, [C-23/14](#) – *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, para. 57.

²² ECJ, Judgment of 14.10.2010, [C-280/08 P](#) – *Deutsche Telekom*, ECLI:EU:C:2010:603, para. 199; ECJ, Judgment of 17.02.2011, [C-52/09](#) – *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, para. 40; moreover, see ECJ, Judgment of 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, para. 59; ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, paras 80, 82.

²³ ECJ, Judgment of 17.02.2011, [C-52/09](#) – *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, para. 42; ECJ, Judgment of 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, para. 110.

²⁴ ECJ, Judgment of 06.10.2015, [C-23/14](#) – *Post Danmark II*, ECLI:EU:C:2015:651, paras 57-59; ECJ, Judgment of 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, para. 57.

²⁵ ECJ, Judgment of 26.11.1998, [C-7/97](#) – *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569, para. 44, as referenced in ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, para. 83.

²⁶ ECJ, Judgment of 21.02.1973, [6/72](#) – *Europemballage and Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, para. 26, 29.

²⁷ In these instances, too, an AEC test (at downstream level) can indicate a deviation from competition on the merits; see ECJ, Judgment of 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, para. 59.

them, to point out that they concern **conduct** which is **not to be regarded as competition on the merits and** which contributes to the **creation or exploitation of barriers to market entry**.²⁸

- **Recommendation 3: evidence requirements to be clarified – again taking into account the link between “deviation from competition on the merits” and “exclusionary effects”**

- (29) Thirdly, it is recommended that the guidelines take up the further explanations of the ECJ on the **proof** of the use of means other than those of a competition on the merits in the recent judgment in the *Google (Shopping)* case.²⁹ The draft guidelines do not deal with questions of proof in the context of the “deviation from competition on the merits” step, but only in the context of the “exclusionary effects” step.
- (30) Regarding the assessment step “deviation from competition on the merits”, the ECJ clarified in *Google (Shopping)*, beyond the categorization of cases in *SEN*, paras 77 ff. discussed above, that – similar to its recent case law on Art. 101 TFEU – the circumstances relating to the competitive **conduct and the context** in which this conduct takes place must be examined under Art. 102 TFEU.³⁰
- (31) In the case law on Art. 101 TFEU, the ECJ mentioned the “**objectives**” of the conduct as the third aspect to be taken into account.³¹ Accordingly, with regard to the requirements for proving an infringement of Art. 101 TFEU, a distinction should be made between restrictions by object and restrictions by effect and, accordingly, with regard to the requirements for proving an infringement of Art. 102 TFEU, a distinction should be made between abuses “by their very nature” and other abuses.³²
- (32) According to ECJ case law, it must be examined uniformly for Art. 101 and Art. 102 TFEU whether the conduct “**cannot [...] be explained other than by the pursuit of an objective contrary to one of the constituent elements of the principle of free competition**” (see point (18) above for Art. 102 TFEU).³³ This is supported by the fact that the dominant undertaking's conduct influences

²⁸ See again ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, para. 131, similar: para. 176.

²⁹ ECJ, Judgment of 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, paras 165 ff.

³⁰ ECJ, Judgment of 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, paras 166, 168; see also ECJ, Judgment of 29.07.2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, paras 44-46 (re Art. 101 TFEU).

³¹ ECJ, Judgment of 29. Juli 2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, para. 49.

³² See ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, para. 186 regarding the necessity to interpret and apply Art. 101 and Art. 102 TFEU consistently.

³³ ECJ, Judgment of 29.07.2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, para. 56 (dort zu Art. 101 AEUV); ferner ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, para. 183, 185 (re Art. 102 TFEU).

precisely the “**parameters on the basis of which competition is established in the [...] markets in question**”.³⁴

- (33) **Here, too**, it is clear that **market entry barriers are decisive** in determining a “deviation from competition on the merits”. This should be clarified explicitly in the guidelines.

d) In the second assessment step (“exclusionary effects”), clarify the nature and extent of the required exclusionary effects

- (34) The **draft guidelines** state relatively **unspecifically** that the “actual or potential exclusionary effects [...] need to be attributable to the conduct in question”, without the conduct having to be “the sole cause of those exclusionary effects”. It is sufficient “to establish that the conduct contributes to increasing the likelihood of the exclusionary effects materialising on the market” (para. 65).³⁵ However, it is not clear what type of exclusionary effects and what extent of such effects are required.
- (35) According to ECJ case law, **in the case of price-related abuses, any restriction of the margins** of an equally efficient competitor **that leads to losses or artificially reduced levels of profitability** may already be in breach of Art. 102 TFEU.³⁶ In the case of **non-price-related abuses**, it is **at least an indication** if access to the market is impeded at the upstream level by “the use [...] of resources other than those governing competition on the merits” and a hypothetical competitor is unable “to offer its products or services otherwise than at a loss or with an insufficient margin”.³⁷ The fact that (hypothetical) competitors have to incur losses can therefore prove or at least indicate exclusionary effects.
- (36) In its case law, however, the **ECJ** generally requires a particularly far-producing exclusionary effects, namely the **elimination of competition**.³⁸ This shows

³⁴ ECJ, Judgment of 29.07.2024, [C-298/22](#) – *Banco BPN*, ECLI:EU:C:2024:638, para. 70 (there *re* Art. 101 TFEU). See equally ECJ, Judgment of 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, para. 167, according to which it is decisive in the context of Art. 102 TFEU (at least for the second category in terms of Case C-377/22 – *SEN*, paras 77-78) whether the dominant undertaking actually or potentially hinders (potential) competitors “**through** the placing of obstacles to entry or the use of other blocking measures or **other means different from those which govern competition on the merits, from even entering that or those market(s)**”.

³⁵ With repeated references to General Court (**GC**), Judgment of 10.11.2021, [T-612/17](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763. It should be noted here, however, that the interpretation of Art. 102 TFEU in accordance with Art. 267 para. 1(a) TFEU is ultimately binding on the ECJ alone.

³⁶ ECJ, Judgment of 17.02.2011, [C-52/09](#) – *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, paras 30-31, 33.

³⁷ ECJ, Judgment of 19.01.2023, [C-680/20](#) – *Unilever*, ECLI:EU:C:2023:33, paras 57, 59; see also ECJ, Judgment of 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, para. 110; ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, para. 131.

³⁸ On the first category of cases in ECJ jurisprudence, see again ECJ, Judgment of 12.05.2022, [C-377/20](#) – *SEN*, ECLI:EU:C:2022:379, para. 77 (“except that of eliminating competitors”) and ECJ, Judgment of 03.07.1991, [C-62/86](#) – *AKZO*, ECLI:EU:C:1991:286, para. 71 (predatory prices as abuse with presumed effects); ECJ, Judgment of 06.03.1974, 6/73 und 7/73 – *Commercial Solvents*, ECLI:EU:C:1974:18, paras 25-26 (refusal to continue supply); ECJ, Judgment of 16.09.2008, [C-468/06](#) bis C-478/06 – *Sot. Lélou kai Sia u.a.*, ECLI:EU:C:2008:50, paras 34-35 (parallel trade); ECJ, Judgment of 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, paras 73-74 (constructive refusal to supply); on the second

that a violation of Art. 102 TFEU can only be considered from the outset if the market structure is distorted in favor of the dominant company. The **capability** of the conduct in question **to produce exclusionary effects must therefore be clearly determined** (e.g. by a market-structure-based, demonstrable risk of losses).

- (37) For this reason, it is **doubtful whether the proof can generally be dispensed with that** “the actual or **potential competitors** that are affected by the conduct **are as efficient** as the dominant undertaking”.³⁹ It is clear from ECJ case law that in the case of non-price-related abuses, the effects on “potentially competing undertakings at an earlier stage” may be relevant.⁴⁰ Such companies are only potential competitors as access petitioners to an upstream product at downstream levels. However, it cannot be inferred from ECJ case law that effects on “not yet as efficient competitors” are generally relevant (which would also be in deviation from *SEN*, paras 78-79).
- (38) The **draft guidelines** would become clearer if the nature and scope of the necessary **exclusionary effects were specified** according to what was set out before.

4. On conduct subject to specific legal tests (para. 76 et seq.)

a) Joint treatment of “abuses by their nature” and related other abuses welcome

- (39) The draft guidelines treat **exclusive dealing** (rec. 78 ff.), **tying and bundling** (rec. 84 ff.) and **refusal to supply** (rec. 96 ff.) as conduct that is subject to specific legal tests. For each of these case groups, they summarize the test criteria for “abuses by their nature” and abuses in the same categories where (potential) exclusionary effects must be proven. This **presentation contributes to the clarity of the guidelines** and is to be welcomed.

b) In the “refusal to supply” category (rec. 96 ff.), sharpen the criteria for “intellectual property” (rec. 104-106)

- (40) The **draft guidelines** distinguish between the two categories “refusal to supply” and “access restrictions”. In line with ECJ case law, the refusal to supply category refers to “situations in which a dominant undertaking has developed an input exclusively or mainly for its own purposes” (rec. 96 and footnotes 237, 340).⁴¹
- (41) The draft guidelines **rightly set higher requirements for the “refusal to supply” category** than for the “access restrictions” category in order to establish an abuse.
- (42) However, the treatment of **exclusive intellectual property rights** (rec. 104-106) should be tightened up in the case of refusal to supply. According to case

category regarding non-price related abuses, see ECJ, Judgment of 26.11.1998, [C-7/97](#) – *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569, para. 41 (refusal to supply as covered by the essential-facility doctrine).

³⁹ **Rec. 73 of the draft guidelines** with reference, in fn. 179, to GC, Judgment of 10.11.2021, [T-612/17](#) – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, paras 540-541.

⁴⁰ See again ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, para.131.

⁴¹ With reference to ECJ, Judgment of 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, para. 45; ECJ, Judgment of 12.01.2023, [C-42/21 P](#) – *Lietuvos geležinkeliai*, ECLI:EU:C:2023:12, para. 79.

law, a dominant undertaking's refusal to grant access “may be regarded as abusive only where the undertaking [...] intends to produce **new goods** or services not offered by the owner of the right and for which there is a potential consumer demand”.⁴² The wording in recital 106 of the **draft guidelines is broader** and only provides this as an example of abuse.

5. On conduct that is not subject to specific legal tests (rec. 137 ff.)

a) Add criteria for the assessment of data-related misuse

- (43) The **draft guidelines do not contain any more detailed statements** on the criteria for determining exclusionary abuses as **distinct from exploitative abuses and data protection infringements**. However, these questions are of high practical relevance, as the competition authorities have focused on abuses in the digital markets in recent years.
- (44) According to **recital 39 of the GDPR**⁴³, it “should be **transparent** to natural persons that personal data concerning them are collected, used, consulted or otherwise processed and to what extent the personal data are or will be processed.” However, this **transparency can hardly be achieved to a sufficient extent in digital markets**. Instead, **market failures** occur in the form of information asymmetries **and regulatory failures** due to inadequately implemented data protection requirements.⁴⁴
- (45) This has enabled **operators of large online platforms** to gain competitive advantages by collecting and combining personal data.⁴⁵ This behavior may **violate data protection law** and, in the case of a dominant position, may **also be abusive** (see rec. 55(c) of the draft guidelines).
- (46) However, it is unclear **under which conditions** such conduct is better (**also**) **addressed by the Commission and when it is better (only) addressed by the data protection authorities**. This could be **clarified** in the guidelines. **Relevant aspects** here could be whether or not the companies concerned are already subject to special **conduct obligations under Art. 5(2) DMA** in relation to central platform services and whether any **loss of contestability** of relevant markets can be **reversed by remedies under abuse law**.
- (47) The **abuse** of a dominant position **through the collection and combination of data** from commercial users or end users has a dual nature:
- On the one hand, it can be an **exclusionary abuse** if a dominant company unlawfully obtains data and processes it, thereby creating barriers to market entry for (potential) competitors.

⁴² ECJ, Judgment of 29.04.2004, [C-418/01](#) – *IMS Health*, ECLI:EU:C:2004:257, para. 49.

⁴³ [Regulation \(EU\) 2016/679](#) of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), O.J. L 119, 4.5.2016, p. 1.

⁴⁴ *Solove*, The Myth of the Privacy Paradox, 89:1 *The George Washington Law Review* 1, 46-49 (2021); *Economides/Lianos*, Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective, 17 *JCLE* 765 (2021).

⁴⁵ *BKartA*, Order of 06.02.2019, [B6-22/16](#) – *Facebook*; see also recitals 35-36 of the [Digital Markets Act](#).

- On the other hand, it can be an **exploitative abuse** if the company collects an excessive amount of data or the conditions for the use of its services are otherwise inappropriate.
- (48) An important question in this context is **which requirements should be placed on the proof of causality**. In the case of pure exploitative abuses – at least abuses through price overcharging – the “dominant undertaking has made use of the **opportunities arising out of its dominant position** in such a way as to reap trading benefits which it would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition.”⁴⁶ It is therefore not sufficient for the undertaking to receive any advantages at all. Rather, the **position must be the cause of the exploitative effect** harming consumers (strict causality).
- (49) By contrast, **in the case of exclusionary abuses (also in connection with exploitative abuses)**, it is sufficient that the conduct has an exclusionary effect. It is **not necessary that it is also based on the dominant position**.⁴⁷ This is particularly relevant in the present context, as non-dominant companies may also illegally obtain data on a large scale in digital markets.
- (50) The **issue of causality** has already arisen **several times** in abuse proceedings in the digital sector.⁴⁸ It is therefore recommended to **clarify this** in the guidelines.

b) No general ban on self-preferential treatment (*Google Shopping*; rec. 156 ff.)

- (51) The abuse category of self-preferencing is likely to need to be revised due to the recent ECJ ruling in the *Google (Shopping)* case.⁴⁹ According to the **draft guidelines**, it may already be **abusive** under all relevant circumstances if “a dominant undertaking **actively favors** its own products over those of competitors” (rec. 156-157). This limitation of the case group of self-preferencing appears too unspecific and therefore too broad.
- (52) The **ECJ** has pointed out that “it cannot be considered that, as a general rule, a dominant undertaking which treats its own products or services more favourably than it treats those of its competitors is engaging in conduct which departs from competition on the merits **irrespective of the circumstances of the case**.”⁵⁰ This statement is to be given high weight. The interest in maximizing one's own benefit is a characteristic of market economy behavior.
- (53) However, the ECJ has also ruled that self-preferential treatment can be abusive if **access** to an infrastructure is only granted **on discriminatory terms and**

⁴⁶ ECJ, Judgment of 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, para. 249.

⁴⁷ ECJ, Judgment of 21.02.1973, [6/72](#) – *Europemballage and Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, para. 26; GC, Judgment of 30.09.2003, [T-191/98 und T-212/98-T-214/98](#) – *Atlantic Container Line*, ECLI:EU:T:2003:245, para. 1124. The jurisprudence is not clear concerning the question whether the same applies for abusive conditions; see [C-179/90](#) – *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA*, ECLI:EU:C:1991:464, paras 17-20; [C-127/73](#) – *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:25, para. 9-15.

⁴⁸ Siehe z.B. Kommission, Order of 04.03.2024, [AT.40437](#) – *Apple - App Store Practices (music streaming)*, paras 540 ff.; BKartA, Order of 06.02.2019, [B6-22/16](#) – *Facebook*, paras 873-888.

⁴⁹ ECJ, Judgment of 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 186.

if this puts outside access tenants at a disadvantage.⁵¹ In this context, discriminatory conditions are those on the basis of which, for example, the controlling operator of an online search engine treats search results **differently according to their origin and not according to their content.**⁵² Discrimination can be based on the fact, for instance, that data traffic is rerouted.⁵³

- (54) According to the ECJ, the question of whether the dominant undertaking uses means that do not correspond to those of competition on the merits must – in accordance with the general rules – **always examine all relevant factual circumstances.**⁵⁴ The infringement can therefore also result from a combination of specific circumstances.⁵⁵
- (55) In this respect, the most recent ECJ ruling is **in line with previous case law** on discrimination. Accordingly, a dominant undertaking may abuse its market position if the conduct is not limited to **discrimination**, but if it **“tends, having regard to the whole of the circumstances of the case, to lead to a distortion of competition between [the] business partners”.**⁵⁶
- (56) It should also be emphasized that, according to case law, in the case of discrimination, **whether it is necessary to prove an exclusionary effect in the individual case depends heavily on the specific circumstances.** According to previous case law, if there is a deliberate interference with the free “interplay of supply and demand” and therefore a strategy of discrimination is pursued, “it is not necessary to prove an actual, quantifiable deterioration in the competitive position of individual trading partners”.⁵⁷
- (57) **Corresponding requirements are likely to apply to upstream or platform markets with particularly high barriers to market entry** (e.g. through exclusive data access), where the aim is to protect the free provision of services via the infrastructures concerned. In the *Google (Shopping)* case, the ECJ ruled that an actual or potential exclusionary effect does not have to be proven in the case of self-preferencing even if “the competitiveness of a [competing service] depends on data traffic” and the diversion of data traffic leads to a decrease for competitors “without competitors being able to compensate for that decrease in traffic by resorting to other sources of traffic”.⁵⁸ This should be **clarified in the guidelines.**
- (58) If the draft guidelines were limited to the treatment of **self-preferencing in the platform area, a parallel to cases of margin squeeze** could also be pointed

⁵¹ *Ibid.*, paras 107, 113.

⁵² *Ibid.*, para. 191.

⁵³ *Ibid.*, paras 244, 267.

⁵⁴ *Ibid.*, paras 166, 168.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 141.

⁵⁶ ECJ, Judgment of 19.04.2018, [C-525/16](#) – *MEO*, ECLI:EU:C:2018:270, para. 27; ECJ, Judgment of 15.03.2007, [C-95/04 P](#) – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, para. 145; see also ECJ, Judgment of 27.03.2012, [C-209/10](#) – *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, para. 30; more open in this regard ECJ, Judgment of 17.07.1997, [C-242/95](#) – *GT-Link*, ECLI:EU:C:1997:376, para. 41; ECJ, Judgment of 24.10.2002, [C-82/01 P](#) – *Aéroports de Paris/Kommission*, ECLI:EU:C:2002:617, para. 114.

⁵⁷ ECJ, Judgment of 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, para. 229; ECJ, Judgment of 15.03.2007, [C-95/04 P](#) – *British Airways*, ECLI:EU:C:2007:166, para. 145.

⁵⁸ ECJ, Judgment of 10.09.2024, [C-48/22 P](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:726, paras 264-269, especially para. 267.

out there. After all, it is quite conceivable that a platform operator could act abusively by acting as an intermediary and restricting the advantages of competing services by referring users to them.⁵⁹

c) Leveraging to be addressed not only as a sub-category of “self-preferencing”

(59) The draft guidelines treat the leveraging of market power (market power transfer) only as a sub-category of self-preferencing (rec. 158). This is not convincing: the underlying **case law is uniformly applicable to all leveraging practices**, including e.g. tying, margin squeezing, discrimination or refusal to supply.⁶⁰

(60) The limitation of the draft guidelines also does not appear to be justified by the currently high importance of proceedings against large platform companies. The **guidelines** should have a **general scope of application**.

d) “Access restrictions” category (rec. 163 ff.) to be defined more precisely and sub-categories to be distinguished

(61) The category of “access restrictions” is only partially convincing. The reason for this is that the draft guidelines combine very **different types of behavior** that would be **better treated separately**.

– ***Thwarting a theoretically possible access can be assessed according to general principles***

(62) The **examples** cited by the **draft guidelines** as access restrictions largely concern the interruption of supply to existing customers, non-compliance with a legal obligation to grant access and the setting of unfair access conditions.⁶¹ These are cases of a **“constructive refusal to supply”**.⁶² The reason is that the dominant company denies a theoretically existing access.

(63) With regard to these cases, the draft guidelines essentially only state that “[a]ccess restrictions [should] be assessed according to the general framework of assessment set out in section 3” (rec. 164). This is justifiable, but does not really help. The uniformly applicable **assessment criterion of thwarting a theoretically existing access** should therefore be **added in the final guidelines**.

– ***The fraudulent control over an input is subject to different assessment criteria (Superleague)***

(64) The draft guidelines cite as an example of a restriction of access those cases in which the dominant “undertaking develops an input with the stated purpose of sharing it extensively with third parties, but later does not grant access to

⁵⁹ See AG Kokott, Opinion of 11.01.2024, [C-48/22 P](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:C:2024:14, paras 95-97.

⁶⁰ See ECJ, Judgment of 14.11.1996, [C-333/94 P](#) – *Tetra Pak*, ECLI:EU:C:1996:436, paras 27 ff. on the prerequisites.

⁶¹ **Para. 166 (a)-(c) of the draft guidelines** with reference to (a): ECJ, Judgment of 06.03.1974, 6/73 and 7/73 – *Commercial Solvents*, ECLI:EU:C:1974:18, para. 25 and Judgment of 16.09.2008, [C-468/06](#) to C-478/06 – *Sot. Lélos kai Sia et al.*, ECLI:EU:C:2008:504; (b): ECJ, Judgment of 25.03.2021, [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom*, ECLI:EU:C:2021:239, paras 54-59; (c): [C-165/19 P](#) – *Slovak Telekom* (like (b)), para. 50.

⁶² **Para. 166 (c) of the draft guidelines** (there, on unfair business conditions); see already previously, e.g., Drexler, *Refusal to Deal: Answers to the Questionnaire of the ICN Unilateral Conduct Working Group*; available: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/drexler.pdf>.

this input or restricts access to it.”⁶³ In these cases, the Commission's case law on **patent hold-ups or patent ambush** seems more appropriate than the case law cited by the General Court in the *Google (Shopping)* case.⁶⁴

- (65) In the cases in question, a company with a strong market position creates the **conditions for** (potential) competitors or users on a product market to submit to its **control over the input by declaring its interest in sharing, thereby giving it the opportunity to abuse access conditions that are not compatible with the FRAND standard.**
- (66) The **abuse is therefore twofold** in the sense that the company gains control over the input and thereby obtains a position in which it can further weaken competition. A particular feature is that the **undertaking may become dominant in the first place by subjecting other market participants to its control over the input.** This submission may in itself violate Art. 101 TFEU.⁶⁵ However, the subsequent unilateral conduct of the dominant undertaking may then also infringe Art. 102 TFEU.
- (67) Specifically with regard to the **infringement of Art. 102 TFEU**, it should be noted that, according to the ECJ in the *Superleague* case, it is **abusive by nature** for a dominant undertaking to be in a **position “to determine, de jure or even de facto, which other undertakings are also authorised to engage in [a particular] activity** and to determine the conditions in which that activity may be exercised”.⁶⁶ The **infringement of Art. 102 TFEU** may therefore be a **necessary consequence of the prior conduct** of the undertakings concerned (including the dominant undertaking).
- (68) Under these circumstances, the **burden of proof** that the access conditions comply with the **FRAND standard** lies equally **necessarily with the dominant undertaking.**
- (69) Incidentally, the ECJ had already made a similar holding earlier. This concerned cases in which “competition [is] so essentially affected that the remaining competitors could no longer provide a sufficient counterweight.” For such cases, the ECJ ruled that an **abuse** is to be seen **in any conduct** where, as a consequence, **“only undertakings remain in the market whose behaviour depends on the dominant one.”**⁶⁷
- (70) These **cases should be dealt with separately in the guidelines**, because **no theoretically existing access is thwarted** here. Instead, it is a question of

⁶³ **Para. 166 (c) of the draft guidelines** with reference to GC, Judgment of 10.11.2021, [T-612/17](#) – *Google and Alphabet/Commission (Google Shopping)*, ECLI:EU:T:2021:763, paras 177 to 185.

⁶⁴ EU Commission, Commitment Dec. (Art. 9 VO 1/2003) of 09.12.2009, [AT.38636](#) – *Rambus*; [MEMO/07/389](#) of 01.10.2007, “Commission initiates formal proceedings against Qualcomm”; Dec. of 29.04.2014, [AT.39985](#) – *Motorola - Enforcement of GPRS standard essential patents*.

⁶⁵ Cf. ECJ, Judgment of 17.11.1987, [142/84](#) – *BAT & Reynolds*, ECLI:EU:C:1987:490, paras 37, 39, according to which agreements that give an undertaking effective control over other undertakings “serve as an instrument for influencing the commercial conduct of the companies in question so as to restrict or distort competition [pursuant to Art. 101 TFEU] on the market on which they carry on business.”

⁶⁶ ECJ, Judgment of 21.12.2023, [C-333/21](#) – *Superleague*, ECLI:EU:C:2023:1011, para. 133; see also there paras 148, 176.

⁶⁷ ECJ, Judgment of 21.02.1973, [6/72](#) – *Europemballage and Continental Can*, ECLI:EU:C:1973:22, paras 26, 29; see on this succinctly **rec. 5 of the draft guidelines**.

prior conduct that directly **worsens the market structure without the need to prove any further exclusionary effects**. A possible abuse (through access conditions contrary to FRAND) is then a necessary consequence of this previous conduct.

6. Objective grounds for justification (rec. 167 ff.): “meeting competition” defense to be recognized as a ground for objective justification

- (71) The **draft guidelines** recognize the “**objective necessity defence**” and the **efficiency** defense as objective justifications for otherwise abusive conduct. This is to be welcomed.
- (72) **Another objective justification** is the defense of the dominant undertaking that it is **reacting to the conduct of competitors** (“meeting competition” defense). The draft guidelines address this objection with a general consideration in para. 49, but leave open how the Commission will take it into account in the specific case.
- (73) In the interests of legal clarity, it would be welcome if the defense were to be recognized as an **independent justification ground** in paras 167 ff. It could also be pointed out that conduct of a dominant firm is **unacceptable** if “the deterrent effect of the sanction imposed upon [a distributor] would **make its position of strength** on the relevant market that **much more effective**.”⁶⁸

* * *

⁶⁸ ECJ, Judgment of 14.02.1978, [27/76](#) – *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, para. 192, see also para. 194.