

<p><u>Statement on the Draft of the Commission’s Guidelines on the application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (“Draft Guidelines”)</u></p>

By Jule Halbach, M.A., LL.M.¹

Below (starting on p. 16) you will find a German version of the Statement.

The presented draft is to be welcomed in its aim to protect effective competition and create greater legal certainty. The following comments will not address the entire Draft Guidelines—in a first section, the focus will primarily be on formal points and ambiguities, which mainly concern the German version (A.). In a second section, the price-cost/AEC test will be examined (B.), and in a third section, the topic of sustainability will be addressed (C.).

A. Formal Points and Ambiguities

Regarding the formal points, the aim is merely to point out inaccuracies and ambiguities, particularly (but not only) in the German version.

I. § 26 Fn. 42: “Measures” (German version)

The word “Maßnahmen” in Fn. 42 seems inappropriate and could be replaced by “Indikatoren”. This is because “measure” in this context is more to be understood as a “Maßstab” (or “Maß”) and less as a “Maßnahme”.

II. §§ 6, 51: “Normal Competition” and “Competition on the Merits” (German and English version)

A more detailed positive definition of the term “normal” competition and “competition on the merits” would be desirable, as it is not sufficiently clear what exactly normal competition is, ultimately increasing legal uncertainty. And with regard to the *Intel* judgement the question becomes even more relevant as the Court has decided that “normal competition” is the same as “competition on the merits”.²

While section 3.2 and, in particular, 3.2.1 describe “competition on the merits”, the term is tautologically positively defined in § 51 as “conduct within the scope of normal competition on the basis of the performance of economic operators” (in the German version

¹ Jule Halbach, M.A. (Business), LL.M. (Competition Law & Economics), is a PhD student in competition law at Friedrich-Schiller-Universität in Jena.

² CJEU, C-240/22 P, *Commission v Intel*, ECLI:EU:C:2024:915, § 181: „normal competition, that is to say, competition on the merits”.

“Leistungswettbewerb” is defined by the term “Leistung”). Furthermore, there are some negative examples of what competition on the merits is not (§§ 53, 54), but these descriptions do not convey a clear picture of what exactly is “normal” and what is “competition on the merits”. The factors for describing the “normal” competition situation in § 51 cannot adequately explain what exactly is meant by it either, since “lower prices, better quality **and** a wider choice of new or improved goods and services” also include completely contrary scenarios: if a product is particularly environmentally friendly, it has better quality thanks to its sustainability (cf. Fn. 4) but usually also has a higher price, and sometimes fewer products are available if other options are not offered in favor of a sustainable option. The scenario can also be created with lower prices for poorer, because less sustainable, quality. Therefore, “and” could be replaced with “or”, and a less circular definition could be included in § 51 to facilitate understanding.

III. § 49 “not to strengthen its dominant position or to abuse it” (German and English version)

In § 49, the last paragraph states, “provided however that its purpose is not to strengthen its dominant position or to abuse it”. This concerns behavior allowed for an undertaking in a dominant position protecting its own commercial interests. The “or” expresses an alternative relationship between “strengthen” and “abuse”. However, in the cited decision “United Brands” § 189, it says, “...such behavior cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it”, so “or” should be replaced with “and” (as in the also cited France Télécom, § 46; Generics UK, § 151, and Atlantic Container Line, § 1113). These conditions must, according to the case law, be cumulative. This also makes sense because if obtaining a dominant position in the Union is not unlawful under § 2 of the Draft Guidelines, it is not clear why behavior aimed solely at strengthening such a position (without an abuse) should not be allowed. Otherwise, the dominant position itself could indirectly become a sanctionable control object, which could lead to a difficult distinction between allowed targeting of mere holding or maintaining and the prohibited targeting of strengthening such a position.

IV. “Customers” and “Consumers” (German and English version)

The use of the term “Abnehmer” or “customer” (the word appears 103 times in the German version 88 times in the English version, see for example §§ 18, 23; the word “Verbraucher” 30 times/“consumer” 29 times) is a bit puzzling given the extensive definition of consumers in Fn. 2 of § 1, according to which “the concept of ‘consumers’ encompasses all direct or indirect users of the products affected by the conduct of a dominant undertaking, including intermediate producers that use the products as an input, as well as distributors, wholesalers, retailers and

final consumers”. It should be made clear how “customers” and “consumers” (and “purchasers”, cf. § 98) differ. If “customers” are understood as direct clients of an undertaking, then it is very likely that all customers are also consumers, but not all consumers are also customers (e.g., if there is an intermediary supply chain or in the case of only indirect use). However, it is not clear to what extent the cited case law, for example in § 18 of the Draft Guidelines, assumes an equally extensive consumer concept as § 1 Fn. 2, according to which not all customers would necessarily be regarded as consumers (cf. United Brands, §§ 12 ff., 230 speak for a narrower understanding of consumers). Thus, it is not clear, for example, in § 87 why the restricted choice of consumers should not also be addressed. A differentiation between customers and end consumers, a restricted consumer definition, or a clarifying differentiation by defining the term “customer” might be more appropriate.

V. §§ 98 f. (German and English version)

§ 98 is somewhat misleadingly worded because it states: “To find that a refusal to supply is abusive, **it is sufficient that a potential market or even a hypothetical market for the input can be identified**, which may be the case when there is demand for the input from potential purchasers”. If § 98 is not read in conjunction with § 99, it appears that the abusive nature of the refusal to supply is derived solely from the hypothetical existence of a market for the input. However, this is not the statement of the decision cited there, IMS/NDC Health, § 43 f., because the section of §§ 40 ff. refers only to the risk that any competition on a downstream market is excluded, and thus only to the third condition of the Magill judgment, § 56, or Bronner judgment, § 40.

To better highlight that the wording “it is sufficient” should only refer to the circumstance that the market exists only “potentially” or “hypothetically”, § 98 should be formulated more clearly to prevent misunderstandings. It might also be more appropriate to merge §§ 98 and 99 and formulate them in such a way that it is clear that the condition mentioned in § 98 is only one of the relevant criteria. In addition, § 99 of the German version should not be formulated “könnte missbräuchlich sein”—in the English version, it states: “A refusal to supply is liable to be abusive [...]”. Accordingly, it could be formulated as „wird als missbräuchlich angesehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind“.

VI. § 110 and § 122 “könnte” (German version)

The word „könnten“ should also be replaced by the conjugated infinitive „können“ in § 110. The formulation „könnten ... unter Umständen besser erfassen“ creates greater legal uncertainty due to the superfluous subjunctive II in connection with the phrase “unter

Umständen”, which is often used synonymously with “maybe” or “possibly”, and does not match the meaning of the English version “may [...] depending on the circumstances”. My suggestion is: „[...] können die Begriffe der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable cost, im Folgenden „AAC“) und der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (long-run average incremental cost, im Folgenden „LRAIC“) [je nach/abhängig von] den Umständen die Kosten des betreffenden marktbeherrschenden Unternehmens besser erfassen.“

And in § 122, the word „könnte“ does not fit and should be replaced by „Es wird davon ausgegangen, dass eine Kosten-Preis-Schere missbräuchlich ist“ to be consistent with the English version: “is considered as liable to be abusive.”

VII. Gaps and Paragraphs (mainly German version)

The hanging indent in § 60 under lit. b) i) and ii) stands out visually in the German version because the first line starts further to the left (also inconsistent in § 166 lit. c)). In the English version, the lines are uniformly indented (but also differs in 60 and 166). Fn. 146 also appears to be misaligned in the German version, possibly a copy-paste error, as the same error is found in Fn. 120 in the German version. In Fn. 224, only the 2nd line is hanging differently from the other footnotes. Something seems to have shifted in Fn. 288 and 289 as well. There seems to be an extra tab in Fn. 237, Fn. 323, Fn. 341 and Fn. 342. In the English version, there is a missing space in Fn. 41 between “224and”. Additionally, in §§ 55, 60, 70, 83, 89, 94, 99, 111, 122, 144, 145, 166, and 169 of the German and English version, lit. a) ff. are not indented consistently. And in § 15 and § 140, the indentation of the “-“ is inconsistent. And while in §§ 60 and 166, the points (i) and (ii) (in the German version “i)”) are subcategories within subpoint lit. b) or c), the points i., ii., and iii. are used as subpoints in § 101 (in the German version of § 101 “i)”). And in § 161 the points “(i)” (in the German version “i)”) are used as subpoints (whereas e.g. in § 99 it’s also “a)” and “b)” for cumulative conditions).

VIII. Inclusive Language (German version)

It should also be noted that more inclusive language would be desirable in the German version—using e.g. the “:” character, it could be “Verbraucher:innen” instead of “Verbraucher” (to not only include persons identifying as male).

B. Price-Cost/AEC Test

It should be positively emphasized that the differentiation between the question of a hypothetical equally efficient competitor under § 55 lit. f) and the price-cost test in § 56 establishes a clear distinction between the AEC principle and the AEC or price-cost test.

However, in view of the recent *Intel* judgement,³ the whole Draft Guidelines should be revised in this regard as the Court has explicitly stated that the capability of **loyalty rebates** “to foreclose a competitor as efficient as the dominant undertaking [...] **must be assessed, as a general rule, using the AEC test.**”⁴ The Draft Guidelines do not have a particular section on loyalty rebates yet, but in section 4.2 specific legal tests relating to five types of conduct are outlined (§§ 47, 53). And § 56 states that “in the case of certain pricing practices, namely predatory pricing (section 4.2.4) and margin squeeze (section 4.2.5), a price-cost test is required to establish whether conduct of a dominant undertaking departs from competition on the merits.”

Here not only loyalty rebates but all kinds of pricing practices must be added: By stating that “the result of the AEC test is liable to indicate whether **a pricing practice, such as** loyalty rebates, adopted by an undertaking in a dominant position, with sufficiently pronounced characteristics in terms of the share of the market covered, the conditions and arrangements for granting those rebates, their duration and their amount, is capable of foreclosing a competitor as efficient as that undertaking and thus of being detrimental to competition as protected by Article 102 TFEU”⁵ the Court gives new importance to the AEC test as being **applicable to all kinds of pricing practices.**

To be in line with this judgement, sections 4.2 and 4.3 must be revised to include sections on the application of the AEC test under the respective specific circumstances. Thus, just like in the sections on predatory pricing and margin squeeze, (§§ 114 ff. and §§ 130 ff.) a section on the application of a price-cost test should be added for other forms of pricing practices. Furthermore, section 4.2.1 on exclusive dealing and 4.3.1 on conditional rebates that are not subject to exclusive purchase or supply requirements should be adjusted accordingly.

And going even further, just like the AEC principle is not limited to price-related behavior,⁶ the AEC test does not necessarily have to be limited to price-specific practices. By stating that “competition on the merits may, by definition, lead to the departure from the market or the marginalization of competitors that are less efficient and so less attractive from the point of view of, **among other things**, price, choice, quality or innovation”⁷, the CJEU leaves room for the application of the AEC principle to a variety of cases. The wording “among other things” indicates that there is no definitive restriction to price-related behavior, but rather that other

³ CJEU, C-240/22 P, *Commission v Intel*, ECLI:EU:C:2024:915.

⁴ *Ibid.*, § 181.

⁵ *Ibid.*, § 202.

⁶ *Gaudin/Mantzari*, JECLAP 2022, 125, 126; *Ibáñez Colomo*, As efficient competitors in Case T-612/17, *Google Shopping: the principle and the conflation*, 2021.

⁷ CJEU, C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), § 22.

factors may also be considered, with the mentioned factors serving merely as illustrative examples. And despite the focus on loyalty rebates as a form of pricing conduct, in the *Intel* judgement, the CJEU equally refers to the AEC test being able to demonstrate that the conduct was capable of foreclosing a competitor presumed to be **as efficient in terms of costs, choice, quality and innovation**.⁸ Thus, consistent with the *Post Danmark I* and *Intel* judgements, both the AEC principle and the AEC test can also be interpreted as applicable to various aspects of competition, including non-pricing conduct.⁹

However, according to § 56 of the Draft Guidelines, the price-cost test is generally not suitable for assessing whether non-price-specific practices deviate from competition on the merits. At first glance, this seems to be in line with the GC's and the CJEU's decision in the *Google Shopping* case,¹⁰ where the GC maintains the distinction between price-based and non-price-based anticompetitive conduct: According to § 538 of the GC's judgment, "the use of the **as-efficient-competitor test is warranted in the case of pricing practices**" and according to § 539 "The use of that test, which involves comparing prices and costs, did not therefore make sense in the present case, since the competition issue identified was not one of pricing".¹¹

The CJEU confirmed this decision, stating "that the General Court did not err in law in holding, first, that such a test was not mandatory in the context of the application of Article 102 TFEU and, second, that, **in the circumstances of the present case**, that test was not relevant."¹² The decision does not state that an AEC test is per se inadmissible in cases of self-preferencing or other non-pricing conduct. Rather, the CJEU emphasizes that "in the circumstances of the present case", the test was not relevant and "that it would not have been possible for the Commission to obtain objective and reliable results concerning the efficiency of Google's competitors in the light of the specific conditions of the market in question"¹³.

And as § 343 of the *Intel* judgement emphasizes, "the AEC test is a **hypothetical exercise**"¹⁴ and "that analysis is independent of [the actual competitor's] actual ability to remain on the market. The analysis in question may therefore demonstrate that the contested rebates were, in breach of Article 102 TFEU, capable of foreclosing a competitor presumed to be as efficient as [the dominant undertaking] **in terms of costs, choice, quality and innovation**, even if [the actual

⁸ CJEU, C-240/22 P, *Commission v Intel*, ECLI:EU:C:2024:915, § 343.

⁹ CJEU, C-240/22 P, *Commission v Intel*, ECLI:EU:C:2024:915, § 343; C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), § 22.; cf. also CJEU, C-413/14 P, *Intel Corp v Commission*, EU:C:2017:632 (*Intel*), § 134; *McCallum et al.*, Competition Policy Brief 1/2023, p. 5.

¹⁰ CJEU, C-48/22 P, *Google and Alphabet v Commission*, ECLI:EU:C:2024:726; GC, T-612/17, *Google and Alphabet v Commission*, EU:T:2021:763 (*Google Shopping*).

¹¹ GC, T-612/17, *Google and Alphabet v Commission*, EU:T:2021:763 (*Google Shopping*), §§ 538 f.

¹² CJEU, C-48/22 P, *Google and Alphabet v Commission*, ECLI:EU:C:2024:726, § 269.

¹³ CJEU, C-48/22 P, *Google and Alphabet v Commission*, ECLI:EU:C:2024:726, § 268.

¹⁴ CJEU, C-240/22 P, *Commission v Intel*, ECLI:EU:C:2024:915, § 343.

competitor] had not itself been foreclosed, just as it may reveal the lack of such capability, despite the fact that one or other of the dominant undertaking's competitors left the market or was marginalized.”¹⁵

Therefore, § 56 should be reconsidered and potentially broadened to potentially include all kinds of pricing and non-price conduct to provide undertakings with the opportunity to present such a (hypothetical) AEC test as a means of defense even if an actual competitor has been foreclosed. This test has the advantage of relying on data already available to the dominant undertaking, which may want to evaluate its own conduct *ex ante*. This leads to greater predictability and legal certainty.¹⁶ While the challenge with non-price behavior lies in the lack of a simple price-cost comparison, this does not mean that a mathematical formalization of the AEC principle into a test is fundamentally impossible.¹⁷ Therefore, the following section develops the AEC test for several cases of non-price conduct.

The basic mathematical expression of the AEC test can best be demonstrated at the example of predatory pricing. The AEC test asks whether the price set by the dominant undertaking (p) is lower than its marginal costs per product (c), plus the fixed costs (F) divided by the total quantity sold (q):¹⁸

$$p < c + \frac{F}{q}$$

In the margin squeeze scenario, the AEC test asks, whether the margin between the retail price charged downstream by the vertically integrated undertaking (p_D) and the upstream input price charged by the vertically integrated dominant undertaking to downstream rivals at the wholesale level (w) is sufficient to cover the marginal costs per product (c_D) and the dominant undertaking's fixed costs divided by the quantity sold downstream ($\frac{F_D}{q_D}$).¹⁹

$$p_D - w < c_D + \frac{F_D}{q_D}$$

Gaudin and *Mantzari* have previously formulated the AEC test as a mathematical abstraction for self-preferencing, drawing from the *Google Shopping* case.²⁰ Building on this work and the AEC test above, the variables p_D , c_D , F_D can be employed to denote the dominant undertaking's

¹⁵ *Ibid.*, § 343.

¹⁶ *Barbera et al.*, JECLAP 2023, 582, 587; cf. *Mandorff/Sahl*, The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the Assessment of Abuse of Dominance, p. 17 f.

¹⁷ *Barbera et al.*, JECLAP 2023, 582, 589.

¹⁸ *Ibid.*, 587.

¹⁹ *Ibid.*, 588 (they are taking the parameter p_U instead of w , this was changed here to avoid misunderstanding in the case of rebates where p_u is used as the variable for undiscounted prices); cf. also *Gaudin/Mantzari*, JECLAP 2016, 151, 161; *Jullien/Rey/Saavedra*, The Economics of Margin Squeeze, p. 21 ff.

²⁰ *Gaudin/Mantzari*, JECLAP 2022, 125, 132 f.

downstream price (p), downstream marginal cost (c), and fixed production cost for the downstream service (F). Similarly, p_C, c_C, F_C represent the corresponding values for a competitor.²¹ The variable w again signifies the price per unit paid to the dominant undertaking by the downstream competitor in the wholesale market, while u indicates the constant upstream marginal cost of the dominant undertaking.²²

In *Google Shopping*, where competing price-comparison services faced no charges for listing, w is set to zero.²³ However, w could also be positive in scenarios such as when a merchant must pay a fee to an online platform for each sale made through it.²⁴ Furthermore, the variables q_D and q_C correspond to the quantities sold by the dominant undertaking downstream and by the competitor in the absence of self-preferencing, respectively. On the other hand, q_D^+ and q_C^- denote the quantities sold in the case of self-preferencing conduct where the dominant undertaking's sales increase while the competitor's decrease.²⁵ Thus, with self-preferencing, the dominant undertaking's profit is determined by:²⁶

$$(p_D - u - c_D) \cdot q_D^+ + (w - u) \cdot q_C^- - F_D$$

Since the competitor solely generates income at the downstream level, without the consideration of a second branch, their profit under self-preferencing is:²⁷

$$(p_C - w - c_C) \cdot q_C^- - F_C$$

To incorporate an as-efficient competitor under the AEC test, the dominant undertaking's cost and demand parameters are transposed onto the downstream competitor's position. In parallel to the margin squeeze formula above, the AEC test could be described by:²⁸

$$p_D - w < c_D + \frac{F_D}{q_D^-}$$

Or, if reformulated, over the long term, an AEC would sustain activity only if the earned margins consistently exceed or equal downstream fixed costs:²⁹

$$(p_D - w - c_D) \cdot q_D^- \geq F_D$$

²¹ Cf. similar *Ibid.*, 133.

²² Cf. *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ Cf. *Ibid.*

²⁵ Cf. similar *Ibid.*

²⁶ Cf. similar *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, 132 f.

²⁸ *Barbera et al.*, JECLAP 2023, 582, 590.

²⁹ Cf. *Gaudin/Mantzari*, JECLAP 2022, 125, 133.

If an AEC can yield a positive profit under these circumstances without facing exclusion, the conduct would not be considered anti-competitive. In this AEC test, the variable corresponding to the reduced quantity sold as a result of self-preferencing is now denoted as q_D^- . This adjustment is necessary because relying solely on the parameter q_D , which describes quantities sold in the absence of self-preferencing, wouldn't adequately reflect the competitor's actual situation.³⁰

So, if self-preferencing diminishes the competitor's downstream demand, say, to one-third, the variable would be: $q_C^- = \frac{q_C}{3}$ (and consequently, for the dominant undertaking, it could be $q_D^- = \frac{q_D}{3}$). Consequently, this could lead to a doubling of the dominant undertaking's downstream demand, resulting in the variable $q_D^+ = 2q_D$. This implies that the hypothetical parameter q_D^- would be $\left(\frac{q_D^+}{6}\right)$ meaning that the quantity is one sixth of the dominant undertaking's downstream demand in the case of self-preferencing.³¹

The test can also be represented by isolating the dominant undertaking's price on the left-hand side and the costs on the right-hand side of the inequation:³²

$$p_D \geq w + c_D + \left(\frac{F_D}{q_D^-}\right)$$

This reformulation makes clearer that the AEC test will be more difficult to pass, the more the dominant undertaking directs the demand away from the competitor, because this increases the dominant undertaking's costs. The benefit of this test, developed by *Gaudin* and *Mantzari*, further stems from the fact that the dominant undertaking in this scenario does not have to know about the competitor's costs, but to compute the parameters discussed, it only needs to know its own costs and prices. However, it needs to know the ratio of reduction in demand which can be much more difficult to calculate if the variations are not as straightforward as in the example above.

Furthermore, the application of a price-cost AEC test is also conceivable for bundling and tying. In the AEC test for bundling, the entire discount received on the bundle is allocated to the competitive product.³³ Applied to a bundle comprising products A and B, where product A is the competitive product while product B is the one where the dominant undertaking is dominant, this AEC test assesses whether the standalone price set by the dominant undertaking for product A (p_A) minus the total discount received when purchasing the bundled product (p_{AB})

³⁰ Cf. *Ibid.*, 133 f.

³¹ Cf. *Ibid.*

³² Slightly amended depiction from: *Ibid.*, 134.

³³ *Ibid.*

instead of both products separately ($p_A + p_B$), adequately covers the marginal cost per unit (c_A), as well as the relevant fixed costs divided by the total quantity sold of the product A ($\frac{F_A}{q_A}$).³⁴

$$p_A - [(p_A + p_B) - p_{AB}] < c_A + \frac{F_A}{q_A}$$

So, if this condition is true, an AEC selling only the product A is unable to profitably compete against the discounted bundle. This inequation can be resolved and rewritten:³⁵

$$p_{AB} - p_B < c_A + \frac{F_A}{q_A}$$

However, this test is unable to account for economies of scale.³⁶

To comprehensively address the foreclosure effects of tying through the artificial decrease of demand for the tied product, it can be valuable to draw parallels with self-preferencing scenarios. The exclusion of competitors offering only the tied product restricts their access to consumers who may favor their offerings.

As previously illustrated with the variable q_D^- representing reduced demand in self-preferencing, a similar approach can be adopted for tying. To determine the dominant undertaking's profitability in tying, the dominant undertaking's marginal costs for product A (c_{DA}) and for product B (c_{DB}) are subtracted from the price set by the dominant undertaking for the bundle of A and B (p_{DAB}).

The difference is multiplied by the sum of the quantity of units sold of the tying product B (q_{DB}) and the artificially increased quantity of units sold of the tied product A (q_{DA}^+). To emphasize that q_{DAB} consists of the quantities of products A and B, (q_{DB}) and (q_{DA}^+), here the expression $q_{DAB} = \frac{(q_{DA}^+ + q_{DB})}{2}$ is used. The division by two accounts for the fact that A and B are always sold together for the price p_{DAB} . So, if for example a bundle consisting of A and B is sold 3 times for 50 € per bundle, A and B are respectively sold 3 times, which would result in a total quantity of 6 products A or B sold. However, the price of 50 € is paid only three times. From the result the dominant undertaking's fixed costs (F_D) are deducted:

$$(p_{DAB} - c_{DA} - c_{DB}) \cdot \frac{(q_{DA}^+ + q_{DB})}{2} - F_{DAB}$$

The competitor's profit would thus be calculated with the respective variables:

$$(p_{CA} - c_{CA}) \cdot q_{CA}^- - F_{CA}$$

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

In the long run, an AEC would remain viable only if its profit margins consistently surpass or match its fixed costs. Therefore, the inequality needs to be adjusted to reflect the dominant undertaking's variables in terms of the competitor's perspective, especially with the reduced quantity sold of product A (q_{DA}^-):

$$(p_{DA} - c_{DA}) \cdot q_{DA}^- \geq F_{DA}$$

Here, the problem again arises that product A would usually not be sold without product B and thus p_{DA} might be difficult to determine.

If applied in rebate cases, the AEC principle and test assess whether the discounted price offered by the dominant undertaking allows a hypothetical competitor with the same marginal costs to profitably compensate customers for the loss in discount on the unavoidable portion of demand (referred to as the “non-contestable share of demand”).³⁷ Because by leveraging the non-contestable share of a customer's demand on the contestable share, competitors can be excluded.³⁸ Thus, the AEC test might inquire whether the discounted price set by the dominant undertaking (p_d) falls below the average price a customer would incur if it allocated the contestable share of its demand (s) to a competitor charging at cost (i.e., marginal and fixed costs per product, denoted as $c + \frac{F}{q}$), while still needing to pay the undiscounted price (p_u) for its uncontested share of demand ($1 - s$).³⁹

$$p_d < s \cdot \left(c + \frac{F}{q}\right) + (1 - s) \cdot p_u$$

In this scenario, customers would avoid transferring their contestable demand share to a competitor even if the competitor were to set its price equal to cost, as this would lead to a higher average price.⁴⁰ The cost benchmark ($c + \frac{F}{q}$) can also be replaced by the so-called “effective price” (p^*), describing the highest price a competitor can set to still be competitive.

If the formula above is set as an equation and solved for p^* the AEC test would be:⁴¹

$$p^* = \frac{p_d - (1-s) \cdot p_u}{s}$$

³⁷ Klein, Concurrences, Art. N° 115881.

³⁸ De Coninck, Competition Law & Policy Debate 2018, 73, 77; Oxera, Intel and the AEC test: ‘Do. Or do not. There is no try.’, 2022.

³⁹ Barbera et al., JECLAP 2023, 582, 588.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., 588 f.; cf. also Peeperkorn, Concurrences 2/2019, 40, 50 f. (with example in Fn. 54; calculates the effective price by “multiplying the relevant range by the non-rebated price, deducting from that the whole rebate lost in the event of switching and dividing the result by the relevant range, thereby arriving at the effective price per unit that competitors have to match”. This effective price must be below the dominant undertaking's cost to be able to foreclose the AEC.)

As the contestable share of demand s diminishes, it becomes clear that the competitor's maximum allowable price decreases. This is evident because a reduction in s results in an increase in the non-contestable share, denoted by the term $(1 - s)$. In the equation, the decrease in s causes the term $(1 - s) \cdot \frac{p_u}{s}$ to increase, reflecting the enlargement of the non-contestable share relative to the contestable share. The negative sign ensures that this larger non-contestable share negatively impacts the maximum price, thereby lowering p^* .⁴²

This trend aligns with the rationale that as the contestable share of demand declines, customers possess less incentive or capacity to switch to a competitor. Consequently, the competitor must adjust by offering a lower price to entice customers away from the dominant undertaking. This adjustment leads to a reduction in the maximum price the competitor can charge.⁴³

Thus, deviations from so-called competition on the merits in non-pricing practices can also be operationalized through prices and costs in conjunction with certain additional indicators.

C. Sustainability

The world has long since reached a point where sustainable economic activity is no longer just “nice to have”, but is essential if we are to combat climate change and operate within the planetary boundaries.⁴⁴ Thus, it is crucial to seize the opportunity to incorporate a section on sustainability into the new Guidelines, providing companies with an understanding of how the Commission addresses such practices, even though the Guidelines primarily reflect the established case law of the European courts. An obligation to take this into account arises in particular from a variety of norms of European primary law like Art. 7 TFEU in conjunction with Art. 3 (1), (3) sentence 1, (5) TEU, the horizontal clauses in Art. 8–13 TFEU, and Art. 6 (1) sentence 1 TEU in conjunction with several norms in the CFR.

According to § 1 of the Draft Guidelines, effective competition prompts market participants to offer the best possible products in terms of choice, quality, and innovation at the lowest possible prices for consumers. It is noticeable, however, that sustainability is only indirectly considered through the characteristic of “quality”. For greater legal certainty, it would be necessary to dedicate a separate section to sustainability, addressing questions on how sustainability-related efficiencies should be handled in concrete terms and to what extent they are considered in the Commission's work, even though case law on this matter is not yet very extensive.

⁴² Cf. *Barbera et al.*, JECLAP 2023, 582, 589.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Cf. *Rockström et al.*, *Ecology & Society* 2009, 14(2), 32; s.a. *Richardson et al.*, *Sci. Adv.* 9/2023, 1; *Steffen et al.*, *Science* 347/2015, 1259855-1.

I. Sustainable Development through Efficient Resource Allocation

While the assumption in § 1 of the Draft Guidelines that effective competition promotes innovation and ensures efficient resource allocation cannot be rejected per se, the notion that this is “contributing to sustainable development” is not necessarily correct. While such a connection may exist in the case of sustainable innovation, this link is not a given.

Take, for example, the innovation of disposable vapes, i.e., non-reusable e-cigarettes with flavors like “Watermelon Mojito”, “Apple Peach”, or “Kiwi Passion Fruit Guava”.⁴⁵ At first, one might believe the advertising claims of companies and assume that these new devices are better for health and that this innovation helps smokers quit traditional cigarettes—a win-win for sustainability, one might think.⁴⁶ However, the reality is somewhat different: a meta-study has shown that even e-cigarettes can cause organ damage,⁴⁷ and their use is particularly popular among young people.⁴⁸ Moreover, vapes are not exactly sustainable: although the batteries are often theoretically rechargeable, they are not equipped with a recharging function, so the vapes cannot be recharged and are instead disposed of.⁴⁹ And the waste often does not end up in hazardous waste as intended, but rather in regular waste, where it does not belong.⁵⁰

Now, one might ask: To what extent has this innovation contributed to efficient resource allocation and thereby to sustainable development? Efficient resource allocation can only be assumed if one adopts an understanding of “efficient” that assumes that those who are willing to purchase a particular product, in this case showing a preference for a non-sustainable product,

⁴⁵ Cf. <https://www.elfbargermany.de/neuerscheinungen/> (last accessed on 3.9.2024).

⁴⁶ Cf. *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, at 8:38 min., available at: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (last accessed on 2.9.2024); *Windisch*, Neue Studie: So schädlich sind E-Zigaretten, 2.4.2024, available at: <https://www.berliner-zeitung.de/news/neue-studie-wie-gesundheitsschaedlich-sind-e-zigaretten-li.2202183> (last accessed on 3.9.2024); c.f. also <https://www.elfbarvapeshop.de/questions/elf-bar-600-gesundheitsschaedlich.html> (last accessed on 3.9.2024): „Es gibt bisher keine Hinweise darauf, dass die Verwendung von Elfbar 600 gesundheitsschädlich ist.“ („There is no evidence to date that the use of Elfbar 600 is harmful to health“).

⁴⁷ Cf. *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, at 9:06 min. mwN, available at: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (last accessed on 2.9.2024); *Windisch*, Neue Studie: So schädlich sind E-Zigaretten (mwN), 2.4.2024, available at: <https://www.berliner-zeitung.de/news/neue-studie-wie-gesundheitsschaedlich-sind-e-zigaretten-li.2202183> (last accessed on 3.9.2024).

⁴⁸ *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, at 9:38 min., available at: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (last accessed on 2.9.2024); *Charité*, Pressemitteilung vom 17.1.2024, available at: https://www.charite.de/service/pressemitteilung/artikel/detail/damit_kinder_nicht_zur_zigarette_greifen/ (last accessed on 3.9.2024).

⁴⁹ *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, at 11:29 min. and 13:13 min., available at: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (last accessed on 2.9.2024); *Schelmer*, Was den Hype um Elfbars so gefährlich macht, 29.1.2024, available at: <https://www.stern.de/gesellschaft/-elf-bar---was-den-hype-um-die-einweg-e-zigaretten-so-gefaehrlich-macht-32681954.html> (last accessed on 3.9.2024).

⁵⁰ Cf. *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, at 12:10 min., available at: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (last accessed on 2.9.2024); *Schelmer*, Was den Hype um Elfbars so gefährlich macht, 29.1.2024, available at: <https://www.stern.de/gesellschaft/-elf-bar---was-den-hype-um-die-einweg-e-zigaretten-so-gefaehrlich-macht-32681954.html> (last accessed on 3.9.2024).

are causing efficient resource allocation. However, as the above example illustrates, this does not necessarily contribute to sustainable development. While sustainability does not always conflict with such “efficient” resource allocation, there is also not always alignment between the two.

Furthermore, this classical economic understanding of efficient resource allocation necessarily overlooks the premises of such “allocation efficiency” and the associated negative impacts. If we think of efficiency from the goal of contributing to sustainable development, it certainly cannot solely depend on resource allocation; in addition to questions of such distribution, it is particularly important to consider the associated effects. In this context, we often speak of external effects, but we could also simply speak of effects, to lift the veil that seeks to obscure the direct connection to behavior. Therefore, the wording of § 1 should be adjusted; for example, it could read: “Moreover, effective competition promotes innovation, which has the potential to contribute to sustainable development and enable strong and diversified supply chains.”

II. Effects of Corporate Actions and Market Dominance

Furthermore, the (external) effects of corporate actions should be more strongly integrated into abuse control. Companies with a dominant position bear a special responsibility that justifies including the negative impacts of their actions in abuse control. One approach is market dominance: The concept of market dominance is not undisputed in the literature, but it can be understood as a normative one.⁵¹ This provides room for the thesis that a dominant position in a relevant market can also be assumed due to the ability to excessively exploit resources or the possibility of externalization.⁵² In the digital economy, determining market shares is not always meaningful, so other criteria, such as data power or patent shares, must be considered, especially in free markets.⁵³ Similarly, for better climate protection, the CJEU's definition could be expanded to subject behaviors of companies whose dominant position results from particularly high externalities that allow them cost savings, to competition law control.⁵⁴ Furthermore, competition law practice could be expanded so that a lack of climate protection efforts is considered an indicator of market power.⁵⁵ This assumption could be justified on the premise that climate protection represents a competitive parameter.⁵⁶ Based on the CJEU's definition, it

⁵¹ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, AEUV Art. 102 § 77.

⁵² Cf. *Haucap et al.*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, p. 133; *Holmes/Meagher*, European Competition Law Review 1/2023, 16, 20.

⁵³ *Weiβ*, in: Calliess/Ruffert, AEUV Art. 102 § 10.

⁵⁴ Cf. *Haucap et al.*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, p. 133 f.

⁵⁵ Cf. *Iacovides/Vrettos*, Journal of Antitrust Enforcement, 10/2022, 32, 46 f.

⁵⁶ Cf. *Haucap et al.*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, p. 135.

would then be assumed that in the case of unsustainable behavior, the company can act independently of this competitive factor, which in turn suggests a conclusion about its dominant market position.⁵⁷

Conversely, unused legal externalities, such as refraining from discharging unfiltered emissions, could have positive effects and thus provide an incentive for sustainable behavior.⁵⁸

III. Relevant Persons

Furthermore, the Draft Guidelines could consider the relevant persons: On the one hand, damages affecting people who are not simultaneously consumers within the meaning of the Guidelines should be declared admissible, as these effects harm not only those people but also free and sustainable competition. This is because it may prevent competitors of the dominant company from exerting effective competitive pressure without also generating corresponding negative effects.⁵⁹ Both spatial and temporal extensions are conceivable here, so e.g. future generations should also be included. On the other hand, it would then be possible to include in the abuse control at the justification level those persons who benefit from particularly sustainable behavior (so-called “out-of-market efficiencies”).⁶⁰ In this respect, the Guidelines could be based, for example, on § 2 (1) sentence 2 of the Austrian Cartel Act 2005: “Consumers also receive a fair share if the benefit resulting from improving the production or distribution of goods or promoting technical or economic progress significantly contributes to an ecologically sustainable or climate-neutral economy.”⁶¹

IV. Abuse of a Dominant Market Position

The establishment of an entirely new category of unsustainable behavior could result, for example, as an extension of the so-called *essential facilities* doctrine from the fact that granting access to an essential facility is also required because ecological reasons oppose the creation of one’s own facility.⁶² Even in cases of abusive discrimination against sustainable companies, abusive withholding of sustainable innovations, abusive refusal to supply or trade, or abusive

⁵⁷ Ibid.; Iacovides/Vrettos, Journal of Antitrust Enforcement, 10/2022, 32, 46 f.

⁵⁸ Cf. Haucap et al., Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, p. 134.

⁵⁹ Cf. Ibid., p. 149.

⁶⁰ Cf. Ibid., p. 111 f.

⁶¹ Free translation from German version: „Die Verbraucher[:innen] sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.“

⁶² Ebd, p. 153.

use of protective rights, a climate-sensitive perspective could establish the necessary competition link.⁶³

V. Sustainability Considerations as Justification

Sustainability considerations can also be applied as a means of defense. Initially, justification using the argument of objective necessity for sustainability reasons seems particularly obvious.⁶⁴ However, it would also be possible to modify the justification by “efficiency gains” to “economic and sustainability benefits”.⁶⁵

According to *Holmes*, a defense against the accusation of “excessive pricing” could be allowed if the imposition of a higher price serves to cover environmental costs or to reinvest in environmental and climate protection.⁶⁶ It would also be conceivable to refute the accusation of tying arrangements if the purchase of one product is conditional on the purchase of another environmentally friendly product; for example, if buying a printer is made dependent on the purchase of recyclable or reusable toner cartridges.⁶⁷ Accusations of predatory pricing strategies (when introducing sustainable products), refusal to supply (to avoid environmentally harmful use), and price discrimination (depending on the sustainability of use) could also be justified in this way.⁶⁸ Conversely, in the context of balancing, it should weigh more heavily against dominant companies if particularly sustainable companies are affected by discrimination or if the abusive behavior specifically relates to them.⁶⁹

⁶³ Ibid., p. 152 f.

⁶⁴ *Maboussin*, *Concurrences* 2/2022, 30, 40.

⁶⁵ Cf. Ibid.

⁶⁶ *Holmes*, *Journal of Antitrust Enforcement* 8 (2), 2020, 354, 388; *Holmes/Meagher*, *European Competition Law Review* 2/2023, 61, 67.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Cf. *Holmes*, *Journal of Antitrust Enforcement* 8 (2), 2020, 354, 388 f.

⁶⁹ *Haucap et al.*, *Wettbewerb und Nachhaltigkeit*, 2023, p. 138.

Deutsche Version: Stellungnahme zum Entwurf der Kommission für die Leitlinien für die Anwendung von Artikel 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen („Leitlinienentwurf“)

Von Jule Halbach, M.A., LL.M.⁷⁰

Der vorgelegte Entwurf ist in seiner Zielsetzung, wirksamen Wettbewerb zu schützen und mehr Rechtssicherheit zu schaffen zu begrüßen. Im Folgenden wird nicht auf den gesamten Leitlinienentwurf eingegangen – in einem ersten Abschnitt soll es vorrangig um formale Punkte und Unklarheiten gehen, die primär die deutsche Sprachfassung betreffen (A.). In einem zweiten Abschnitt wird der Preis-Kosten- bzw. AEC-Test beleuchtet (B.) und in einem dritten Abschnitt soll es um das Thema Nachhaltigkeit gehen (C.).

A. Formale Punkte und Unklarheiten

Bei den formalen Punkten soll es lediglich darum gehen, auf Ungenauigkeiten und Unklarheiten, insbesondere in der deutschen Sprachfassung hinzuweisen.

I. Rn. 26 Fn. 42: „Maßnahmen“

Das Wort „Maßnahmen“ in Fn. 42 scheint unpassend und könnte durch „Indikatoren“ ersetzt werden. Denn „measure“ ist in diesem Kontext eher im Sinne eines Maßstabs (oder als Maß) und weniger als Maßnahme zu verstehen.

II. Rn. 6, 51: „Normaler Wettbewerb“ und „Leistungswettbewerb“

Wünschenswert wäre eine detailliertere positive Definition des Begriffs „normaler“ Wettbewerb und des „Leistungswettbewerbs“, denn es wird nicht hinreichend klar, was genau normaler Wettbewerb ist, was letztlich die Rechtsunsicherheit erhöht. Und im Hinblick auf das *Intel*-Urteil wird die Frage noch relevanter, da der Gerichtshof entschieden hat, dass „normaler Wettbewerb“ gleichbedeutend mit „Leistungswettbewerb“ ist.⁷¹

Zwar beschreibt Abschnitt 3.2 und insbesondere 3.2.1 den „Leistungswettbewerb“, dabei wird der Begriff aber in Rn. 51 tautologisch positiv als „Verhalten im Rahmen des normalen Wettbewerbs auf der Grundlage der Leistung der Wirtschaftsteilnehmer“ definiert. Im Übrigen finden sich zwar einige negative Beispiele dafür, was kein Leistungswettbewerb ist (Rn. 53,

⁷⁰ Jule Halbach, M.A. (Business), LL.M. (Competition Law & Economics), ist Doktorandin im Kartellrecht an der Friedrich-Schiller-Universität in Jena.

⁷¹ EuGH, C-240/22 P, Kommission gegen Intel, ECLI:EU:C:2024:915, § 181: „normal competition, that is to say, competition on the merits“.

54), allerdings vermögen diese Umschreibungen kein klares Bild davon zu vermitteln, was genau „normal“ und was „Leistungswettbewerb“ ist. Und auch die Faktoren zur Umschreibung der „normalen“ Wettbewerbssituation in Rn. 51 können nicht hinreichend erklären, was genau darunter zu verstehen ist, denn „niedrigere Preise, bessere Qualität **und** eine breitere Auswahl neuer oder leistungsfähiger Waren und Dienstleistungen“ umfasst auch völlig konträre Szenarien: Ist ein Produkt besonders umweltfreundlich, so hat es dank seiner Nachhaltigkeit eine bessere Qualität (vgl. Fn. 4), aber in der Regel auch einen höheren Preis und unter Umständen stehen auch weniger Produkte zur Auswahl, wenn zugunsten einer nachhaltigen Option andere Optionen nicht angeboten werden. Das Szenario lässt sich aber auch mit niedrigeren Preisen für eine schlechtere, weil weniger nachhaltige Qualität kreieren. Insofern könnte „und“ durch „oder“ ersetzt und eine weniger zirkuläre Definition in Rn. 51 eingefügt werden, um das Verständnis zu erleichtern.

III. Rn. 49 „Stellung zu verstärken oder zu missbrauchen“

In Rn. 49 heißt es im letzten Absatz „sofern es nicht darauf abzielt, seine marktbeherrschende Stellung zu verstärken oder zu missbrauchen“. Dabei geht es um ein, marktbeherrschenden Unternehmen zur Wahrung ihrer Interessen erlaubtes Verhalten. Das „oder“ drückt ein Alternativverhältnis zwischen „verstärken“ und „missbrauchen“ aus. In der zitierten Entscheidung „United Brands“ Rn. 189 heißt es allerdings „[...] such behavior cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position **and** abuse it“, das „oder“ sollte also durch ein „und“ ersetzt werden (ebenso wie in den auch zitierten France Télécom, Rn. 46; Generics UK, Rn. 151 und Atlantic Container Line, Rn. 1113). Diese Bedingungen müssen nach der Rechtsprechung kumulativ vorliegen. Dies ergibt auch Sinn, denn wenn die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung in der Union gem. Rn. 2 nicht rechtswidrig ist, so wird nicht klar ersichtlich, weshalb allein ein Verhalten, das auf die Verstärkung einer solchen Stellung abzielt (ohne Missbrauch), nicht erlaubt sein sollte. Anderenfalls könnte bereits die marktbeherrschende Stellung an sich mittelbar zum sanktionierbaren Kontrollgegenstand werden, was eine schwierige Abgrenzung zwischen dem erlaubten Abzielen auf ein bloßes Innehaben oder Erhalten und dem verbotenen Abzielen auf ein Verstärken einer solchen Stellung zur Folge haben könnte.

IV. „Abnehmer“ und „Verbraucher“

Die Verwendung des Begriffs „Abnehmer“ (Wort kommt in deutscher Fassung 103 Mal vor, vgl. nur etwa Rn. 18, 23, „Verbraucher“ 30 Mal) verwundert ein wenig angesichts der ausgedehnten Verbraucherdefinition in Fn. 2 bei Rn. 1, wonach „der Begriff ‚Verbraucher‘ alle

unmittelbaren oder mittelbaren Nutzer der vom missbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens betroffenen Produkte, einschließlich zwischengeschalteter Hersteller, die die Produkte als Inputs verwenden, sowie Großhändler, Vertriebsunternehmen, Einzelhändler und Endverbraucher“ umfasst. Es sollte nochmal klar herausgestellt werden, inwiefern sich „Abnehmer“ und „Verbraucher“ noch unterscheiden. Versteht man Abnehmer:innen als direkte Kund:innen eines Unternehmens, so wären zwar mit großer Wahrscheinlichkeit alle Abnehmer:innen zugleich Verbraucher:innen, aber nicht alle Verbraucher:innen auch Abnehmer:innen (etwa wenn es eine vermittelnde Lieferkette gibt oder bei einer nur mittelbaren Nutzung). Es wird aber nicht ersichtlich, inwiefern die zitierte Rechtsprechung, etwa in Rn. 18 (United Brands, vgl. dort Rn. 12 ff., 230 sprechen für ein engeres Verständnis von Verbraucher:innen), von einem ebenso ausgedehnten Verbraucherbegriff ausgeht wie Rn. 1 Fn. 2, nach dieser wären möglicherweise nicht alle Abnehmer:innen zugleich als Verbraucher:innen anzusehen gewesen. Dadurch erschließt sich aber zum Beispiel in Rn. 87 nicht, weshalb nicht anstelle der eingeschränkten Wahlmöglichkeit der Abnehmer:innen wie in Rn. 2 auch die eingeschränkte Wahlmöglichkeit der Verbraucher:innen thematisiert werden sollte. Passender wäre möglicherweise eine Differenzierung zwischen Abnehmer:innen und Endverbraucher:innen, eine eingeschränkte Verbraucher:innendefinition oder eine klarstellende Differenzierung durch die Definition des Begriffs „Abnehmer“.

V. Rn. 98 f.

Rn. 98 ist ein wenig missverständlich formuliert, denn darin heißt es: **„Für die Feststellung, dass eine Lieferverweigerung missbräuchlich ist, genügt** es, dass ein potenzieller Markt oder auch nur hypothetischer Markt für den Input bestimmt werden kann, was dann der Fall sein kann, wenn nach dem Input eine Nachfrage seitens potenzieller Abnehmer besteht.“ Liest man Rn. 98 nicht im Zusammenhang mit Rn. 99, so wird hier scheinbar allein aus dem hypothetischen Bestehen eines Marktes für den Input die Missbräuchlichkeit der Lieferverweigerung abgeleitet. Das ist aber nicht die Aussage der dort zitierten Entscheidung IMS/NDC Health, Rn. 43 f., denn der Abschnitt bei Rn. 40 ff. bezieht sich lediglich auf die Gefahr, dass jeglicher Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt ausgeschlossen wird und damit nur auf die dritte Bedingung des Magill Urteils, Rn. 56 bzw. Bronner Urteils, Rn. 40.

Um besser herauszustellen, dass „genügt es“ sich nur auf den Umstand beziehen soll, dass der Markt nur potenziell oder hypothetisch besteht, sollte Rn. 98 klarer formuliert werden, um Missverständnissen vorzubeugen. Möglicherweise wäre es auch sinnvoller, die Rn. 98 und 99 zusammenzulegen und so zu formulieren, dass klar erkennbar wird, dass es bei dem in Rn. 98

genannten Umstand nur um eines der maßgeblichen Kriterien geht. Außerdem sollte Rn. 99 nicht im Gutachtenstil mit „könnte missbräuchlich sein“ formuliert werden – in der englischen Version heißt es: „A refusal to supply is liable to be abusive [...]“. Entsprechend könnte man formulieren „wird als missbräuchlich angesehen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind“.

VI. Rn. 110 und Rn. 122 „könnte“

Das Wort „könnten“ sollte auch in Rn. 110 durch den konjugierten Infinitiv „können“ ersetzt werden. Die Formulierung „könnten ... unter Umständen besser erfassen“ führt durch den überflüssigen Konjunktiv II in Verbindung mit der Wendung „unter Umständen“, die häufig auch synonym zu „vielleicht“ oder „möglicherweise“ genutzt wird, zu einer größeren Rechtsunsicherheit und passt nicht zu der Bedeutung der englischen Version „may [...] depending on the circumstances.“ Mein Vorschlag lautet: „[...] können die Begriffe der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable cost, im Folgenden „AAC“) und der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten (long-run average incremental cost, im Folgenden „LRAIC“) [je nach/abhängig von] den Umständen die Kosten des betreffenden marktbeherrschenden Unternehmens besser erfassen.“

Und auch in Rn. 122 passt das Wort „könnte“ nicht und sollte durch „Es wird davon ausgegangen, dass eine Kosten-Preis-Schere missbräuchlich ist“ ersetzt werden, um im Einklang mit der englischen Sprachfassung zu stehen: „is considered as liable to be abusive“.

VII. Lücken und Absätze

Der hängende Einzug bei Rn. 60 unter lit. b) i) und ii) sticht in der deutschen Sprachfassung optisch hervor, weil die jeweils erste Zeile weiter links beginnt (auch bei Rn. 166 uneinheitlich). In der englischen Fassung sind die Zeilen einheitlich eingerückt. Fn. 146 scheint in der deutschen Fassung ebenfalls falsch eingerückt zu sein, möglicherweise ein Copy-Paste-Fehler, denn in Fn. 120 findet sich derselbe Fehler in der deutschen Version. In Fn. 224 ist nur die 2. Zeile abweichend von den anderen Fußnoten hängend. In Fn. 288 und 289 scheint sich auch etwas verschoben zu haben. Ein Tab zu viel scheint bei Fn. 237, Fn. 323 und Fn. 341 gesetzt. In der englischen Fassung fehlt bei Fn. 41 ein Leerzeichen bei „224and“. Bei den Rn. 55, 60, 70, 83, 89, 94, 99, 111, 122, 144, 145, 166 und 169 sind zudem lit. a) ff. unterschiedlich weit eingerückt. Und auch bei Rn. 15 und Rn. 140 ist die Einrückung der „-“ uneinheitlich. Und während bei Rn. 60 und 166 i) und ii) Unterkategorien innerhalb des Unterpunkts lit. b) bzw. c) sind, werden i), ii) und iii) in Rn. 101 und Rn. 161 als Unterpunkte genutzt.

VIII. Inklusive Sprache

In der deutschen Sprachfassung ist zudem darauf hinzuweisen, dass eine inklusivere Sprache wünschenswert wäre – mittels des „:“ Zeichens könnte es so etwa „Verbraucher:innen“ statt „Verbraucher“ heißen.

B. Preis-Kosten-Test

Als positiv ist hervorzuheben, dass durch die Differenzierung zwischen der Frage nach einem hypothetischen ebenso effizienten Wettbewerber unter Rn. 55 lit. f) und dem Preis-Kosten-Test in Rn. 56 eine klare Unterscheidung zwischen dem AEC-Prinzip und dem AEC-bzw. Preis-Kosten-Test gemacht wird.

Angesichts des jüngsten *Intel*-Urteils⁷² sollten der gesamte Leitlinienentwurf in dieser Hinsicht überarbeitet werden, da der Gerichtshof ausdrücklich festgelegt hat, dass die Fähigkeit von **Treuerabatten**, „einen ebenso effizienten Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen [...] vom Markt zu verdrängen, **als allgemeine Regel anhand des AEC-Tests zu bewerten** ist.“⁷³ Der Leitlinienentwurf enthält noch keinen speziellen Abschnitt zu Treuerabatten, aber in Abschnitt 4.2 werden spezifische rechtliche Tests für fünf Arten von Verhalten beschrieben (§§ 47, 53). In Rn. 56 wird zudem festgestellt, dass „bei bestimmten Preisbildungspraktiken, nämlich Kampfpreisen (Abschnitt 4.2.4) und der Kosten-Preis-Schere (Abschnitt 4.2.5), [...] ein Preis-Kosten-Test erforderlich [ist], um festzustellen, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens von einem Leistungswettbewerb abweicht.“

Hier müssen nicht nur Treuerabatte, sondern alle Arten von Preispraktiken hinzugefügt werden: Indem der Gerichtshof erklärt, dass „das Ergebnis des AEC-Tests geeignet ist, anzuzeigen, ob **eine Preisstrategie, wie etwa** Treuerabatte, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen angewandt wird, mit ausreichend ausgeprägten Merkmalen hinsichtlich des abgedeckten Marktanteils, der Bedingungen und Modalitäten für die Gewährung dieser Rabatte, ihrer Dauer und Höhe geeignet ist, einen ebenso effizienten Wettbewerber wie dieses Unternehmen zu verdrängen und somit den durch Artikel 102 AEUV geschützten Wettbewerb zu beeinträchtigen“⁷⁴, misst der Gerichtshof dem AEC-Test eine neue Bedeutung zu, indem er diesen **als anwendbar auf alle Arten von Preispraktiken** betrachtet.

Um mit diesem Urteil im Einklang zu stehen, müssen die Abschnitte 4.2 und 4.3 überarbeitet werden, um Abschnitte zur Anwendung des AEC-Tests unter den jeweiligen spezifischen Umständen einzubeziehen. So wie in den Abschnitten zu Kampfpreisen und Kosten-Preis-

⁷² EuGH, C-240/22 P, Kommission gegen Intel, ECLI:EU:C:2024:915.

⁷³ Ebd., § 181 (frei übersetzt, deutsche Version noch nicht verfügbar).

⁷⁴ Ebd., § 202 (frei übersetzt, deutsche Version noch nicht verfügbar).

Schere (Rn. 114 ff. und Rn. 130 ff.) sollte ein Abschnitt zur Anwendung eines Preis-Kosten-Tests für andere Formen der Preisgestaltung hinzugefügt werden. Darüber hinaus sollten Abschnitt 4.2.1 zu Ausschließlichkeitsbindungen und 4.3.1 zu bedingten Rabatten, die keinen Alleinbezugs- oder Alleinbelieferungsverpflichtungen unterliegen entsprechend angepasst werden.

Und noch weitergehend: Genau wie das AEC-Prinzip nicht auf preisbezogenes Verhalten beschränkt ist,⁷⁵ muss auch der AEC-Test nicht unbedingt auf preisbezogene Praktiken beschränkt werden.

Indem der EuGH feststellt, dass Leistungswettbewerb definitionsgemäß dazu führen kann, „dass Wettbewerber, die weniger leistungsfähig und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden“,⁷⁶ lässt er Raum für die Anwendung des AEC-Prinzips auf eine Vielzahl von Fällen. Die Formulierung „unter anderem“ zeigt, dass keine endgültige Festlegung auf preisbezogenes Verhalten erfolgt, sondern dass auch andere Faktoren berücksichtigt werden können, wobei die genannten Faktoren lediglich exemplarische Fälle darstellen. Und obwohl der Fokus im *Intel*-Urteil auf Treuerabatte als Form des Preisverhaltens liegt, bezieht sich der EuGH gleichermaßen darauf, dass der AEC-Test nachweisen kann, dass das Verhalten geeignet war, einen ebenso effizienten Wettbewerber im Hinblick auf Kosten, Auswahl, Qualität und Innovation auszuschließen.⁷⁷

Daher kann sowohl das AEC-Prinzip auch der AEC-Test, im Einklang mit den Urteilen *Post Danmark I* und *Intel*, ebenso als auf verschiedene Aspekte des Wettbewerbs, einschließlich nicht-preislichen Verhaltens, anwendbar interpretiert werden.⁷⁸

Der Preis-Kosten-Test ist gem. Rn. 56 des Leitlinienentwurfs allerdings im Allgemeinen nicht geeignet, um zu beurteilen, ob nicht preisspezifische Praktiken von einem Leistungswettbewerb abweichen. Zwar steht diese Einschätzung auf den ersten Blick im Einklang mit den EuG- und EuGH-Entscheidungen im *Google Shopping*⁷⁹ Fall. Denn dort hält das EuG die Unterscheidung zwischen preisbezogenen und nicht-preisbezogenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen aufrecht: Laut Rn. 538 des Urteils des EuG „ist der Einsatz des Tests des gleich effizienten

⁷⁵ *Gaudin/Mantzari*, JECLAP 2022, 125, 126; *Ibáñez Colomo*, As efficient competitors in Case T-612/17, Google Shopping: the principle and the conflation, 2021.

⁷⁶ EuGH, C-209/10, *Post Danmark A/S* gegen Konkurrenserådet, EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), Rn. 22.

⁷⁷ EuGH, C-240/22 P, Kommission gegen Intel, ECLI:EU:C:2024:915, § 343.

⁷⁸ EuGH, C-240/22 P, Kommission gegen Intel, ECLI:EU:C:2024:915, § 343; C-209/10, *Post Danmark A/S* gegen Konkurrenserådet, EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), Rn. 22; vgl. auch EuGH, C-413/14 P, *Intel Corp* gegen Kommission, EU:C:2017:632 (*Intel*), Rn. 134; *McCallum et al.*, Competition Policy Brief 1/2023, S. 5.

⁷⁹ EuGH, C-48/22 P, Google und Alphabet gegen Kommission, ECLI:EU:C:2024:726; EuG, T-612/17, Google und Alphabet gegen Kommission, EU:T:2021:763 (*Google Shopping*).

Wettbewerbers (AEC-Test) bei Preispraktiken gerechtfertigt“.⁸⁰ Der EuGH bestätigte diese Entscheidung und hielt fest, „dass das Gericht rechtsfehlerfrei zum einen entschieden hat, dass ein solcher [AEC-]Test im Rahmen der Anwendung von Art. 102 AEUV nicht zwingend ist, und zum anderen, dass dieser Test unter den Umständen des vorliegenden Falls nicht relevant gewesen wäre.“⁸¹ Diese Aussage schließt jedoch nicht aus, dass ein AEC-Test von dem betroffenen Unternehmen (etwa als Rechtfertigung) hätte durchgeführt werden können. Zudem besagt die Entscheidung auch nicht, dass ein AEC-Test in Fällen der Selbstbevorzugung oder nicht-preislichen Verhaltens per se unzulässig ist. Vielmehr betont der EuGH, dass „unter den Umständen des vorliegenden Falls“ für den Test keine Relevanz bestand und „dass es der Kommission in Anbetracht der spezifischen Bedingungen des in Rede stehenden Markts nicht möglich gewesen wäre, objektive und zuverlässige Ergebnisse in Bezug auf die Leistungsfähigkeit der Wettbewerber von Google zu erzielen“⁸².

Und wie § 343 des *Intel*-Urteils betont, ist „der AEC-Test eine **hypothetische Übung**“⁸³ und „diese Analyse ist unabhängig von der tatsächlichen Fähigkeit [des tatsächlichen Wettbewerbers], auf dem Markt zu verbleiben. Die betreffende Analyse kann daher aufzeigen, dass die beanstandeten Rabatte in Verletzung des Artikels 102 AEUV geeignet waren, einen Wettbewerber, der für ebenso effizient wie [das beherrschende Unternehmen] gehalten wird, im Hinblick auf Kosten, Auswahl, Qualität und Innovation auszuschließen, auch wenn [der tatsächliche Wettbewerber] selbst nicht verdrängt wurde, ebenso wie sie die mangelnde Eignung dazu aufzeigen kann, selbst wenn einer der Wettbewerber des beherrschenden Unternehmens den Markt verlassen hat oder marginalisiert wurde.“⁸⁴

Daher sollte Rn. 56 überdacht und auf alle möglichen Formen preislicher und nicht-preislicher Verhaltensweisen erweitert werden, um Unternehmen die Möglichkeit zu geben, einen solchen (hypothetischen) AEC-Test als Verteidigungsmittel vorzulegen, auch wenn ein tatsächlicher Wettbewerber verdrängt wurde.

Denn dieser Test hat den Vorteil, dass er auf Daten beruht, die dem marktbeherrschenden Unternehmen, das sein eigenes Verhalten im Voraus bewerten möchte, bereits zur Verfügung stehen.⁸⁵ Dies führt zu größerer Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit. Die Herausforderung bei nicht-preislichem Verhalten liegt zwar in der fehlenden Möglichkeit eines einfachen Preis-

⁸⁰ EuG, T-612/17, Google und Alphabet gegen Kommission, EU:T:2021:763 (*Google Shopping*), Rn. 538; EuGH, C-48/22 P, Google und Alphabet gegen Kommission, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 252 ff., 260 ff.

⁸¹ EuGH, C-48/22 P, Google und Alphabet gegen Kommission, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 269.

⁸² EuGH, C-48/22 P, Google und Alphabet gegen Kommission, ECLI:EU:C:2024:726, Rn. 268.

⁸³ EuGH, C-240/22 P, Kommission gegen Intel, ECLI:EU:C:2024:915, § 343.

⁸⁴ Ebd., § 343.

⁸⁵ Barbera et al., JECLAP 2023, 582, 587; vgl. Mandorff/Sahl, The Role of the ‘Equally Efficient Competitor’ in the Assessment of Abuse of Dominance, S. 17 f.

Kosten-Vergleichs. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine mathematische Formalisierung des AEC-Prinzips in einen Test grundsätzlich unmöglich ist.⁸⁶ Daher wird im folgenden Abschnitt der AEC-Test für mehrere Fälle nicht-preislichen Verhaltens entwickelt.

Der grundlegende mathematische Ausdruck des AEC-Tests lässt sich am besten am Beispiel des räuberischen Preiswettbewerbs veranschaulichen. Der AEC-Test fragt, ob der vom marktbeherrschenden Unternehmen festgelegte Preis (p) niedriger ist als seine Grenzkosten pro Produkt (c), zuzüglich der fixen Kosten (F) geteilt durch die insgesamt verkaufte Menge (q):⁸⁷

$$p < c + \frac{F}{q}$$

Im Szenario des Kosten-Preis-Schere fragt der AEC-Test, ob die Marge zwischen dem Endkundenpreis, den das vertikal integrierte Unternehmen downstream berechnet (p_D), und dem Upstream-Eingangspreis, den das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen den Rivalen downstream auf der Großhandelsebene berechnet (w), ausreicht, um die Grenzkosten pro Produkt (c_D) und die fixen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens, geteilt durch die downstream verkaufte Menge ($\frac{F_D}{q_D}$) zu decken:⁸⁸

$$p_D - w < c_D + \frac{F_D}{q_D}$$

Gaudin und *Mantzari* haben den AEC-Test (basierend auf dem *Google Shopping Fall*) als mathematische Abstraktion für Selbstbegünstigung formuliert.⁸⁹ Aufbauend auf dieser Arbeit und dem oben beschriebenen AEC-Test können die Variablen p_D, c_D, F_D verwendet werden, um den Downstream-Preis des marktbeherrschenden Unternehmens (p), die Downstream-Grenzkosten (c) und die fixen Produktionskosten für den Downstream-Service (F) zu bezeichnen. Entsprechend stehen p_C, c_C, F_C für die entsprechenden Werte eines Wettbewerbers.⁹⁰ Die Variable w bezeichnet erneut den Preis pro Einheit, den der Downstream-Wettbewerber an das marktbeherrschende Unternehmen auf dem Großhandelsmarkt zahlt, während u die konstanten Upstream-Grenzkosten des marktbeherrschenden Unternehmens darstellt.⁹¹

⁸⁶ *Barbera et al.*, JECLAP 2023, 582, 589.

⁸⁷ Ebd., 587.

⁸⁸ Ebd., 588 (Sie verwenden den Parameter p_U anstelle von w , dies wurde hier geändert, um Missverständnisse in Rabattfällen zu vermeiden, bei denen p_u als Variable für ungekürzte Preise verwendet wird); vgl. auch *Gaudin/Mantzari*, JECLAP 2016, 151, 161; *Jullien/Rey/Saavedra*, *The Economics of Margin Squeeze*, S. 21 ff.

⁸⁹ *Gaudin/Mantzari*, JECLAP 2022, 125, 132 f.

⁹⁰ Vgl. ähnlich Ebd., 133.

⁹¹ Vgl. Ebd.

Im *Google Shopping* Fall, in dem konkurrierende Preisvergleichsdienste keine Gebühren für Listings zahlten, wird w auf null gesetzt,⁹² w könnte aber auch positiv sein, beispielsweise wenn ein Händler eine Gebühr an eine Online-Plattform für jeden über diese Plattform getätigten Verkauf zahlen muss.⁹³ Die Variablen q_D und q_C entsprechen den Mengen, die das marktbeherrschende Unternehmen downstream bzw. der Wettbewerber ohne Selbstbegünstigung verkauft. Demgegenüber bezeichnen q_D^+ und q_C^- die verkauften Mengen im Fall von Selbstbegünstigungsverhalten, bei dem die Verkäufe des marktbeherrschenden Unternehmens zunehmen, während die des Wettbewerbers abnehmen.⁹⁴

Somit ergibt sich der Gewinn des marktbeherrschenden Unternehmens bei Selbstbegünstigung durch:⁹⁵

$$(p_D - u - c_D) \cdot q_D^+ + (w - u) \cdot q_C^- - F_D$$

Da der Wettbewerber ausschließlich auf Downstream-Ebene Einnahmen generiert und keine zweite Sparte berücksichtigt wird, ergibt sich sein Gewinn bei Selbstbegünstigung durch:⁹⁶

$$(p_C - w - c_C) \cdot q_C^- - F_C$$

Um einen gleich effizienten Wettbewerber im Rahmen des AEC-Tests einzubeziehen, werden die Kosten- und Nachfrageparameter des marktbeherrschenden Unternehmens auf die Position des Downstream-Wettbewerbers übertragen. Analog zur oben genannten Kosten-Preis-Schere Formel könnte der AEC-Test beschrieben werden durch:⁹⁷

$$p_D - w < c_D + \frac{F_D}{q_D^-}$$

Umformuliert, würde ein gleich effizienter Wettbewerber langfristig nur dann im Markt bleiben können, wenn die erzielten Margen die fixen Downstream-Kosten konsistent übersteigen oder ihnen entsprechen:⁹⁸

$$(p_D - w - c_D) \cdot q_D^- \geq F_D$$

Wenn ein gleich effizienter Wettbewerber unter diesen Umständen einen positiven Gewinn erzielen kann, ohne vom Markt verdrängt zu werden, würde das Verhalten nicht als wettbewerbswidrig gelten. In diesem AEC-Test wird die Variable, die der reduzierten Menge

⁹² Ebd.

⁹³ Vgl. Ebd.

⁹⁴ Vgl. ähnlich Ebd.

⁹⁵ Vgl. ähnlich Ebd.

⁹⁶ Ebd., 132 f.

⁹⁷ Barbera *et al.*, JECLAP 2023, 582, 590.

⁹⁸ Vgl. Gaudin/Mantzari, JECLAP 2022, 125, 133.

entspricht, die infolge der Selbstbegünstigung verkauft wird, nun als q_D^- bezeichnet. Diese Anpassung ist notwendig, da die alleinige Verwendung des Parameters q_D , der die ohne Selbstbegünstigung verkauften Mengen beschreibt, die tatsächliche Situation des Wettbewerbers nicht angemessen widerspiegeln würde.⁹⁹

Falls die Selbstbegünstigung die Nachfrage des Wettbewerbers downstream beispielsweise auf ein Drittel reduziert, gilt: $q_C^- = \frac{q_C}{3}$ (und dementsprechend für das marktbeherrschende Unternehmen $q_D^- = \frac{q_D}{3}$). Dies könnte zu einer Verdoppelung der Downstream-Nachfrage des marktbeherrschenden Unternehmens führen, was zur Variablen $q_D^+ = 2q_D$ führt. Dies impliziert, dass der hypothetische Parameter q_D^- gleich $\left(\frac{q_D^+}{6}\right)$ ist, was bedeutet, dass die Menge ein Sechstel der Downstream-Nachfrage des marktbeherrschenden Unternehmens im Fall der Selbstbegünstigung beträgt.¹⁰⁰ Der Test kann auch dargestellt werden, indem der Preis des marktbeherrschenden Unternehmens auf der linken Seite und die Kosten auf der rechten Seite der Ungleichung isoliert werden:¹⁰¹

$$p_D \geq w + c_D + \left(\frac{F_D}{q_D^-}\right)$$

Diese Umformulierung verdeutlicht, dass der AEC-Test umso schwieriger zu bestehen ist, je mehr das marktbeherrschende Unternehmen die Nachfrage vom Wettbewerber weglenkt, da dies die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens erhöht. Der Vorteil dieses von *Gaudin* und *Mantzari* entwickelten Tests besteht weiter darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen in diesem Szenario die Kosten des Wettbewerbers nicht kennen muss. Um die diskutierten Parameter zu berechnen, muss es lediglich seine eigenen Kosten und Preise kennen. Allerdings muss es das Verhältnis der Nachfragereduktion kennen, was erheblich schwieriger zu berechnen sein kann, wenn die Variationen nicht so einfach wie im obigen Beispiel sind.

Darüber hinaus ist eine Anwendung eines Preis-Kosten-AEC-Tests auch für Bündelung und Kopplung denkbar. Im AEC-Test für Bündelungen wird der gesamte Rabatt, der auf das Bündel gewährt wird, dem wettbewerbsfähigen Produkt zugerechnet.¹⁰² Angewendet auf ein Bündel bestehend aus den Produkten A und B, wobei Produkt A das wettbewerbsfähige Produkt ist und Produkt B dasjenige, in dem das marktbeherrschende Unternehmen dominant ist, bewertet dieser AEC-Test, ob der vom marktbeherrschenden Unternehmen festgelegte Einzelpreis für

⁹⁹ Vgl. Ebd., 133 f.

¹⁰⁰ Vgl. Ebd.

¹⁰¹ Leicht abgeänderte Darstellung bei: Ebd., 134.

¹⁰² *Barbera et al.*, JECLAP 2023, 582, 589.

Produkt A (p_A) abzüglich des gesamten Rabatts, der beim Kauf des Bündels (p_{AB}) statt beider Produkte separat ($p_A + p_B$) gewährt wird, die Grenzkosten pro Einheit (c_A) sowie die relevanten fixen Kosten geteilt durch die insgesamt verkaufte Menge von Produkt A ($\frac{F_A}{q_A}$) ausreichend abdeckt:¹⁰³

$$p_A - [(p_A + p_B) - p_{AB}] < c_A + \frac{F_A}{q_A}$$

Wenn diese Bedingung erfüllt ist, kann ein gleich effizienter Wettbewerber, der nur das Produkt A verkauft, nicht profitabel gegen das rabattierte Bündel konkurrieren. Diese Ungleichung kann umgeformt und wie folgt neu geschrieben werden:¹⁰⁴

$$p_{AB} - p_B < c_A + \frac{F_A}{q_A}$$

Dieser Test kann jedoch Skaleneffekte nicht berücksichtigen.¹⁰⁵

Um die Verdrängungseffekte durch das Koppeln von Produkten, die zu einer künstlichen Verringerung der Nachfrage nach dem gekoppelten Produkt führen, umfassend zu adressieren, kann es hilfreich sein, für Kopplungs-Fälle zusätzlich Parallelen zu Selbstbegünstigungsszenarien zu ziehen. Die Ausschließung von Wettbewerbern, die nur das gekoppelte Produkt anbieten, beschränkt deren Zugang zu Verbrauchern, die ihre Angebote möglicherweise bevorzugen.

Wie zuvor mit der Variablen q_D^- dargestellt, die die reduzierte Nachfrage bei Selbstbegünstigung repräsentiert, kann ein ähnlicher Ansatz auch für das Koppeln übernommen werden. Um die Profitabilität des marktbeherrschenden Unternehmens beim Koppeln zu bestimmen, werden die Grenzkosten des marktbeherrschenden Unternehmens für Produkt A (c_{DA}) und für Produkt B (c_{DB}) vom Preis abgezogen, den das marktbeherrschende Unternehmen für das Bündel aus A und B festlegt (p_{DAB}).

Die Differenz wird mit der Summe der verkauften Einheiten des gekoppelten Produkts B (q_{DB}) und der künstlich erhöhten Menge der verkauften Einheiten des gebundenen Produkts A (q_{DA}^+) multipliziert. Um zu betonen, dass q_{DAB} aus den Mengen der Produkte A und B (q_{DB}) und (q_{DA}^+) besteht, wird hier der Ausdruck $q_{DAB} = \frac{(q_{DA}^+ + q_{DB})}{2}$ verwendet. Die Division durch zwei berücksichtigt, dass A und B immer gemeinsam zum Preis p_{DAB} verkauft werden.

¹⁰³ Ebd.

¹⁰⁴ Ebd.

¹⁰⁵ Ebd.

Wenn zum Beispiel ein Bündel, das aus A und B besteht, dreimal für 50 € pro Bündel verkauft wird, werden A und B jeweils dreimal verkauft, was zu einer Gesamtmenge von sechs verkauften Produkten A oder B führen würde. Der Preis von 50 € wird jedoch nur dreimal bezahlt. Von diesem Ergebnis werden die fixen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens (F_D) abgezogen:

$$(p_{DAB} - c_{DA} - c_{DB}) \cdot \frac{(q_{DA}^+ + q_{DB})}{2} - F_{DAB}$$

Der Gewinn des Wettbewerbers würde somit mit den entsprechenden Variablen berechnet:

$$(p_{CA} - c_{CA}) \cdot q_{CA}^- - F_{CA}$$

Langfristig bleibt ein gleich effizienter Wettbewerber (AEC) nur dann überlebensfähig, wenn seine Gewinnmargen konstant seine fixen Kosten übersteigen oder ihnen entsprechen. Daher muss die Ungleichung angepasst werden, um die Variablen des marktbeherrschenden Unternehmens aus der Perspektive des Wettbewerbers widerzuspiegeln, insbesondere unter Berücksichtigung der reduzierten Menge des verkauften Produkts A (q_{DA}^-):

$$(p_{DA} - c_{DA}) \cdot q_{DA}^- \geq F_{DA}$$

Hier ergibt sich erneut das Problem, dass Produkt A in der Regel nicht ohne Produkt B verkauft wird, was die Bestimmung von p_{DA} erschweren könnte. Das bedeutet, dass der isolierte Preis für Produkt A schwer festzulegen ist, da die Produkte typischerweise gebündelt verkauft werden und der Preis oft nur für das Bündel bekannt ist.

Wenn der AEC-Test auf Rabattfälle angewendet wird, wird bewertet, ob der vom marktbeherrschenden Unternehmen angebotene rabattierte Preis einem hypothetischen Wettbewerber mit den gleichen Grenzkosten ermöglicht, Kunden für den Verlust des Rabatts auf den unvermeidbaren Teil der Nachfrage (der als „nicht anfechtbarer Nachfrageanteil“ bezeichnet wird) profitabel zu entschädigen.¹⁰⁶ Durch die Ausnutzung des nicht anfechtbaren Anteils der Kundennachfrage in Bezug auf den anfechtbaren Anteil, können Wettbewerber ausgeschlossen werden.¹⁰⁷

Der AEC-Test könnte daher prüfen, ob der vom marktbeherrschenden Unternehmen festgelegte rabattierte Preis (p_d) unter dem Durchschnittspreis liegt, den ein Kunde zahlen würde, wenn er den anfechtbaren Teil seiner Nachfrage (s) einem Wettbewerber zuweist, der seine Produkte zu

¹⁰⁶ Klein, Concurrences, Art. N° 115881.

¹⁰⁷ De Coninck, Competition Law & Policy Debate 2018, 73, 77; Oxera, Intel and the AEC test: ‘Do. Or do not. There is no try.’, 2022.

Kosten (d. h. Grenz- und Fixkosten pro Produkt, dargestellt als $c + \frac{F}{q}$) anbietet, während er für seinen nicht anfechtbaren Nachfrageanteil $(1 - s)$ den ungekürzten Preis (p_u) zahlen muss:¹⁰⁸

$$p_d < s \cdot \left(c + \frac{F}{q} \right) + (1 - s) \cdot p_u$$

In diesem Szenario würden Kunden vermeiden, ihren anfechtbaren Nachfrageanteil zu einem Wettbewerber zu verlagern, selbst wenn dieser seinen Preis auf die Kosten beschränkt, da dies zu einem höheren Durchschnittspreis führen würde.¹⁰⁹ Der Kostenbenchmark ($c + \frac{F}{q}$) kann auch durch den sogenannten „effektiven Preis“ (p^*) ersetzt werden, der den höchsten Preis beschreibt, den ein Wettbewerber setzen kann, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Wenn die obige Formel als Gleichung gesetzt und nach (p^*) aufgelöst wird, ergibt sich der AEC-Test als:¹¹⁰

$$p^* = \frac{p_d - (1 - s) \cdot p_u}{s}$$

Mit abnehmendem anfechtbaren Nachfrageanteil s wird deutlich, dass der maximal zulässige Preis des Wettbewerbers sinkt. Dies liegt daran, dass eine Reduktion von s zu einer Erhöhung des nicht anfechtbaren Anteils $(1 - s)$ führt. In der Gleichung bewirkt die Verringerung von s , dass der Term $(1 - s) \cdot \frac{p_u}{s}$ zunimmt, was die Vergrößerung des nicht anfechtbaren Anteils im Verhältnis zum anfechtbaren Anteil widerspiegelt. Das negative Vorzeichen stellt sicher, dass dieser größere nicht anfechtbare Anteil den maximalen Preis negativ beeinflusst und somit p^* verringert.¹¹¹

Dieser Trend steht im Einklang mit der Annahme, dass bei abnehmendem anfechtbaren Nachfrageanteil die Anreize oder die Fähigkeit der Kunden, zu einem Wettbewerber zu wechseln, geringer werden. Folglich muss der Wettbewerber seinen Preis senken, um Kunden vom marktbeherrschenden Unternehmen abzuwerben. Diese Anpassung führt zu einer Senkung des maximalen Preises, den der Wettbewerber verlangen kann.¹¹²

¹⁰⁸ Barbera et al., JECLAP 2023, 582, 588.

¹⁰⁹ Ebd.

¹¹⁰ Ebd., 588 f.; vgl. auch Peeperkorn, Concurrences 2/2019, 40, 50 f. (mit Beispiel in Fn. 54; berechnet den effektiven Preis, indem „der relevante Bereich mit dem nicht rabattierten Preis multipliziert wird, davon der gesamte Rabatt abgezogen wird, der bei einem Wechsel verloren geht, und das Ergebnis durch den relevanten Bereich geteilt wird, wodurch der effektive Preis pro Einheit ermittelt wird, den Wettbewerber erreichen müssen“ (frei übersetzt). Dieser effektive Preis muss unter den Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens liegen, um einen gleich effizienten Wettbewerber (AEC) verdrängen zu können.)

¹¹¹ Vgl. Barbera et al., JECLAP 2023, 582, 589.

¹¹² Ebd.

So lassen sich auch Abweichungen von einem sog. Leistungswettbewerb bei nicht preisspezifischen Praktiken durch Preise und Kosten in Verbindung mit bestimmten weiteren Indikatoren operationalisieren.

C. Nachhaltigkeit

Schon längst hat die Welt einen Punkt erreicht, an dem nachhaltiges Wirtschaften nicht mehr nur „nice to have“, sondern alternativlos ist, um dem Klimawandel Einhalt gebieten zu können und im Rahmen der planetaren Grenzen zu wirtschaften.¹¹³

Daher ist es entscheidend, die Gelegenheit zu nutzen, um in den neuen Leitlinien einen Abschnitt zum Thema Nachhaltigkeit zu verankern, der den Unternehmen ein Verständnis dafür vermittelt, wie die Kommission mit solchen Praktiken umgeht, auch wenn der Leitlinienentwurf in erster Linie die etablierte Rechtsprechung der europäischen Gerichte widerspiegelt. Eine Verpflichtung, dies zu berücksichtigen, ergibt sich insbesondere auch aus einer Vielzahl von Normen des europäischen Primärrechts, wie Art. 7 AEUV in Verbindung mit Art. 3 (1), (3) Satz 1, (5) EUV, den horizontalen Klauseln in Art. 8–13 AEUV und Art. 6 (1) Satz 1 EUV in Verbindung mit einigen Normen der GRCh.

Ausweislich Rn. 1 des Leitlinienentwurfs veranlasst ein wirksamer Wettbewerb die Marktteilnehmer dazu, die bestmöglichen Produkte in Bezug auf Auswahl, Qualität und Innovation zu möglichst niedrigen Preisen für die Verbraucher anzubieten. Dabei fällt auf, dass Nachhaltigkeit aber nur mittelbar über das Merkmal „Qualität“ Berücksichtigung findet. Für mehr Rechtssicherheit wäre es notwendig, der Nachhaltigkeit einen eigenen Abschnitt zu widmen, der Fragen dazu beantwortet, wie mit nachhaltigkeitsbezogenen Effizienzen konkret umzugehen sein wird und inwiefern diese im Rahmen der Arbeit der Kommission berücksichtigt werden, auch wenn die Rechtsprechung hierzu noch nicht sehr ergiebig ist.

I. Nachhaltige Entwicklung durch effiziente Ressourcenallokation

Zwar ist der Annahme in Rn. 1, ein wirksamer Wettbewerb fördere Innovationen und Sorge für effiziente Ressourcenallokation nicht per se abzulehnen, doch dass hierdurch „ein Beitrag zu nachhaltiger Entwicklung geleistet“ wird, ist nicht unbedingt richtig. Denn während ein solcher Zusammenhang etwa im Fall nachhaltiger Innovation bestehen mag, ist dieser Konnex keine Selbstverständlichkeit.

Nehmen wir als Beispiel die Innovation „Einweg-Vapes“, also nicht wiederverwendbare E-Zigaretten mit Geschmäckern wie etwa „Watermelon Mojito“, „Apple Peach“ oder „Kiwi

¹¹³ Vgl. *Rockström et al.*, *Ecology & Society* 2009, 14(2), 32; s.a. *Richardson et al.*, *Sci. Adv.* 9/2023, 1; *Steffen et al.*, *Science* 347/2015, 1259855-1.

Passion Fruit Guava“.¹¹⁴ Zwar mag man zunächst den Werbeversprechen der Unternehmen Glauben schenken und annehmen, diese neuen Geräte seien besser für die Gesundheit und diese Innovation helfe Raucher:innen, von der Zigarette loszukommen.¹¹⁵ Win-win für die Nachhaltigkeit, könnte man denken. Doch die Realität sieht ein wenig anders aus: eine Metastudie konnte aufzeigen, dass auch E-Zigaretten Organschäden auslösen¹¹⁶ und der Konsum ist insbesondere bei jungen Menschen sehr beliebt.¹¹⁷ Außerdem sind Vapes nicht gerade nachhaltig: obwohl die Akkus oft theoretisch aufladbar wären, sind sie nicht mit einer Aufladefunktion ausgestattet, sodass die Vapes nicht wieder aufgeladen, sondern entsorgt werden.¹¹⁸ Und der Müll landet häufig nicht wie eigentlich vorgesehen im Sondermüll, sondern im Restmüll, wo er eigentlich gar nicht hingehört.¹¹⁹

Nun fragt man sich: Inwiefern hat diese Innovation zu einer effizienten Ressourcenallokation und damit zu einer nachhaltigen Entwicklung beigetragen? Eine effiziente Ressourcenallokation lässt sich nur annehmen, wenn man „effizient“ ein Verständnis zugrunde legt, welches davon ausgeht, dass diejenigen, die zum Kauf eines entsprechenden Produkts bereit sind, also in diesem Fall eine Präferenz zum Kauf eines nicht-nachhaltigen Produkts haben, eine effiziente Ressourcenallokation bewirken. Diese leistet aber zweifelsfrei nicht notwendig einen Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung, wie das obige Beispiel

¹¹⁴ Vgl. unter <https://www.elfbargermany.de/neuerscheinungen/> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

¹¹⁵ Vgl. *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, ab 8:38 Min., verfügbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (zuletzt abgerufen am 2.9.2024); *Windisch*, Neue Studie: So schädlich sind E-Zigaretten, 2.4.2024, abrufbar unter: <https://www.berliner-zeitung.de/news/neue-studie-wie-gesundheitsschaedlich-sind-e-zigaretten-li.2202183> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024); s.a. <https://www.elfbarvapeshop.de/questions/elf-bar-600-gesundheitsschaedlich.html> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024): „Es gibt bisher keine Hinweise darauf, dass die Verwendung von Elfbar 600 gesundheitsschädlich ist.“

¹¹⁶ Vgl. *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, ab 9:06 Min. mwN, verfügbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (zuletzt abgerufen am 2.9.2024); *Windisch*, Neue Studie: So schädlich sind E-Zigaretten (mwN), 2.4.2024, abrufbar unter: <https://www.berliner-zeitung.de/news/neue-studie-wie-gesundheitsschaedlich-sind-e-zigaretten-li.2202183> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

¹¹⁷ *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, ab 9:38 Min., verfügbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (zuletzt abgerufen am 2.9.2024); Charité, Pressemitteilung vom 17.1.2024, abrufbar unter: https://www.charite.de/service/pressemitteilung/artikel/detail/damit_kinder_nicht_zur_zigarette_greifen/ (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

¹¹⁸ *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, ab 11:29 Min. und 13:13, verfügbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (zuletzt abgerufen am 2.9.2024); *Schelmer*, Was den Hype um Elfbars so gefährlich macht, 29.1.2024, abrufbar unter: <https://www.stern.de/gesellschaft/-elf-bar---was-den-hype-um-die-einweg-e-zigaretten-so-gefaehrlich-macht-32681954.html> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

¹¹⁹ Vgl. *Böhmermann*, Rauchen für die Tonne: Einweg-Vapes, in: ZDF Magazin Royale, ab 12:10 Min., verfügbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=QCAqiTH6B4U&t=15s> (zuletzt abgerufen am 2.9.2024); *Schelmer*, Was den Hype um Elfbars so gefährlich macht, 29.1.2024, abrufbar unter: <https://www.stern.de/gesellschaft/-elf-bar---was-den-hype-um-die-einweg-e-zigaretten-so-gefaehrlich-macht-32681954.html> (zuletzt abgerufen am 3.9.2024).

veranschaulicht. Zwar steht Nachhaltigkeit nicht immer in einem Zielkonflikt mit einer solchen effizienten Ressourcenallokation, allerdings besteht auch nicht stets ein Gleichlauf.

Dieses klassische Ökonomieverständnis einer effizienten Ressourcenallokation kommt also nicht umhin, die Prämissen einer solchen „Allokationseffizienz“ und die damit einhergehenden negativen Auswirkungen auszublenden. Denkt man Effizienz vom Ziel des Beitrags zu einer nachhaltigen Entwicklung her, so kann es jedenfalls nicht allein auf die Ressourcenallokation ankommen, denn neben Fragen einer solchen Verteilung ist insbesondere auch nach den damit einhergehenden Effekten zu fragen. Oft wird in diesem Kontext von externen Effekten gesprochen, man könnte aber auch einfach nur von Effekten sprechen, um den Schleier zu heben, der den unmittelbaren Zusammenhang zu dem Verhalten zu verbergen sucht.

Die Formulierung von Rn. 1 sollte folglich angepasst werden, etwa könnte es heißen „Zudem fördert ein wirksamer Wettbewerb Innovationen, wodurch ein Beitrag zu einer nachhaltigen Entwicklung geleistet und solide und vielseitige Lieferketten ermöglicht werden können“.

II. Effekte unternehmerischen Handelns und Marktbeherrschung

Zudem sind die (externen) Effekte unternehmerischen Handelns in die Missbrauchskontrolle stärker einzubeziehen. Unternehmen, die eine beherrschende Stellung haben, trifft eine besondere Verantwortung, welche es rechtfertigt, negative Auswirkungen ihres Agierens in die Missbrauchskontrolle einzubeziehen. Ein Ansatzpunkt ist die Marktbeherrschung: Der Begriff der Marktbeherrschung ist in der Literatur nicht unumstritten, kann aber als ein normativer verstanden werden.¹²⁰ Dies bietet Raum für die These, dass eine beherrschende Stellung auf einem relevanten Markt auch durch die Fähigkeit einer übermäßigen Inanspruchnahme von Ressourcen oder die Möglichkeit zur Externalisierung anzunehmen sein kann.¹²¹ Auch in der Digitalwirtschaft erweist sich die Bestimmung von Marktanteilen nicht immer als aussagekräftig, sodass insbesondere auf unentgeltlichen Märkten andere Kriterien wie etwa Datenmacht oder Patentanteile herangezogen werden müssen.¹²² Ähnlich könnte für einen besseren Klimaschutz die Definition des EuGH erweitert werden, um auch Verhaltensweisen einer wettbewerbsrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen, welche von Unternehmen ausgehen, deren beherrschende Stellung aus besonders hohen Externalitäten folgt, die den Unternehmen Kostenersparnisse ermöglichen.¹²³ Darüber hinaus könnte die Kartellrechtspraxis dahingehend zu erweitern sein, dass fehlende Klimaschutzbemühungen als Indikator von Marktmacht

¹²⁰ Fuchs, in: Immenga/Mestmäcker, AEUV Art. 102 Rn. 77.

¹²¹ Vgl. Haucap et al., Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, S. 133; Holmes/Meagher, European Competition Law Review 1/2023, 16, 20.

¹²² Weiß, in: Calliess/Ruffert, AEUV Art. 102 Rn. 10.

¹²³ Vgl. Haucap et al., Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, S. 133 f.

angesehen werden.¹²⁴ Rechtfertigen ließe sich diese Annahme unter der Prämisse, dass Klimaschutz einen Wettbewerbsparameter darstellt.¹²⁵ Dann müsste ausgehend von der Definition des EuGH bei einem nicht-nachhaltigen Verhalten davon ausgegangen werden, dass es dem Unternehmen möglich ist, sich unabhängig von diesem Wettbewerbsfaktor zu verhalten, was wiederum einen Schluss auf seine marktbeherrschende Stellung nahelegt.¹²⁶

Andererseits könnten sich ungenutzt bleibende legale Externalitäten, wie zum Beispiel ein Verzicht auf das erlaubte Ableiten ungefilterter Emissionen, positiv auswirken und so einen Anreiz für nachhaltiges Verhalten bieten.¹²⁷

III. Personenkreis

Darüber hinaus könnte der Leitlinienentwurf etwa bei dem zu berücksichtigenden Personenkreis ansetzen: Einerseits sollten Schäden, die Menschen treffen, die nicht zugleich Verbraucher:innen im Sinne der Guidelines sind, als berücksichtigungsfähig erklärt werden, denn diese Effekte gehen nicht nur zu Lasten jener Menschen, sondern auch zulasten eines freien nachhaltigen Wettbewerbs. Denn so kann es Wettbewerber:innen des beherrschenden Unternehmens verwehrt sein, einen effektiven Wettbewerbsdruck auszuüben, ohne ebenfalls entsprechende negative Effekte zu erzeugen.¹²⁸ Hierbei ist sowohl eine räumliche als auch eine zeitliche Erstreckung denkbar, es sollten also etwa auch zukünftige Generationen einbezogen werden. Auf der anderen Seite wäre es dann aber wiederum möglich, auch jenen Personenkreis in die Missbrauchskontrolle auf Ebene der Rechtfertigung einzuziehen, der von einem besonders nachhaltigen Verhalten profitiert (sog. „out-of-market-efficiencies“).¹²⁹ Insofern könnten sich die Guidelines etwa an § 2 Abs. 1 S. 2 des Kartellgesetzes 2005 in Österreich orientieren: „Die Verbraucher[:innen] sind auch dann angemessen beteiligt, wenn der Gewinn, der aus der Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder der Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts entsteht, zu einer ökologisch nachhaltigen oder klimaneutralen Wirtschaft wesentlich beiträgt.“

IV. Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung

Das Etablieren einer gänzlich neuen Fallgruppe nicht-nachhaltigen Verhaltens könnte sich etwa als Erweiterung der sog. *essential facilities* Doktrin daraus ergeben, dass die Gewährung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung auch deshalb geboten ist, weil der Schaffung einer

¹²⁴ Vgl. *Iacovides/Vrettos*, Journal of Antitrust Enforcement, 10/2022, 32, 46 f.

¹²⁵ Vgl. *Haucap et al.*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, S. 135.

¹²⁶ Ebd.; *Iacovides/Vrettos*, Journal of Antitrust Enforcement, 10/2022, 32, 46 f.

¹²⁷ Vgl. *Haucap et al.*, Wettbewerb und Nachhaltigkeit, 2023, S. 134.

¹²⁸ Vgl. Ebd., S. 149.

¹²⁹ Vgl. Ebd., S. 111 f.

eigenen Einrichtung ökologische Gründe entgegenstehen.¹³⁰ Und auch bei der missbräuchlichen Diskriminierung von nachhaltigen Unternehmen, bei einem missbräuchlichen Zurückhalten von nachhaltigen Innovationen, einer missbräuchlichen Liefer- oder Geschäftsverweigerung oder beim missbräuchlichen Einsatz von Schutzrechten könnte eine klimaschutzsensible Betrachtung, den notwendigen Wettbewerbsbezug herstellen.¹³¹

V. Nachhaltigkeitserwägungen als Rechtfertigung

Nachhaltigkeitserwägungen können außerdem als Mittel der Verteidigung zur Anwendung gelangen. Besonders naheliegend scheint zunächst die Rechtfertigung mithilfe des Einwands einer objektiven Notwendigkeit aus Nachhaltigkeitsgründen.¹³² Möglich wäre aber auch eine Modifizierung der Rechtfertigung durch „Effizienzgewinne“ hin zur Rechtfertigung durch „ökonomische und Nachhaltigkeitsvorteile“.¹³³

Nach *Holmes* wäre etwa eine Verteidigung gegen den Vorwurf der „überhöhten Preisgestaltung“ zuzulassen, wenn die Erhebung eines höheren Preises dazu dienen soll, Umweltkosten zu decken oder in Umwelt- und Klimaschutz zu reinvestieren.¹³⁴ Ebenso wäre denkbar, den Vorwurf eines Kopplungsgeschäfts zu entkräften, wenn der Kauf eines Produkts unter der Bedingung des Kaufs eines anderen, umweltfreundlichen Produkts steht, wenn also zum Beispiel der Kauf eines Druckers vom Kauf recyclebarer oder wiederverwertbarer Tonerkartuschen abhängig gemacht wird.¹³⁵ Und auch der Vorwurf von Kampfpreisstrategien (bei Einführung nachhaltiger Produkte), Geschäftsverweigerung (zur Vermeidung umweltschädlicher Nutzung), Preisdiskriminierung (je nach Nachhaltigkeit der Nutzung) könnten so gerechtfertigt werden.¹³⁶ Hingegen müsste es bei einer Diskriminierung durch beherrschende Unternehmen im Rahmen der Abwägung erschwerend ins Gewicht fallen, wenn davon Unternehmen mit besonders nachhaltiger Produktion betroffen sind oder sich das missbräuchliche Verhalten gerade auf diese bezieht.¹³⁷

¹³⁰ Ebd., S. 153.

¹³¹ Ebd., S. 152 f.

¹³² *Maboussin*, *Concurrences* 2/2022, 30, 40.

¹³³ Vgl. Ebd.

¹³⁴ *Holmes*, *Journal of Antitrust Enforcement* 8 (2), 2020, 354, 388; *Holmes/Meagher*, *European Competition Law Review* 2/2023, 61, 67.

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Vgl. *Holmes*, *Journal of Antitrust Enforcement* 8 (2), 2020, 354, 388 f.

¹³⁷ *Haucap et al.*, *Wettbewerb und Nachhaltigkeit*, 2023, S. 138.