

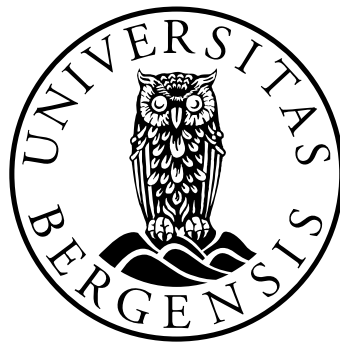
# **Rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV**

---

*EU-domstolens vei mot en mer virkningsbasert tilnærming.*

**Kandidatnummer: 74**

**Antall ord: 14582**



**JUS399 Masteroppgave**

**Det juridiske fakultet**

**UNIVERSITETET I BERGEN**

**01.06.2018**

*"A form-based approach is like banning the sale of Ferrari cars, because it is highly probable that drivers will not respect the speed limits" – A. Heimler.*

## INNHold

<b>1. INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING .....	1
1.2 PROBLEMSTILLINGENS AKTUALITET .....	2
1.3 METODE .....	3
1.3.1 Innledning .....	3
1.3.2 Generelle metodiske spørsmål.....	3
1.4 DET VIDERE OPPLEGGET FOR OPPGAVEN .....	4
1.4.1 Avgrensninger.....	4
1.4.2 Struktur .....	4
<b>2. TEORETISK RAMMEVERK</b> .....	<b>5</b>
2.1 INNLEDNING .....	5
2.2 DEN FORMBASERTE TILNÆRMINGEN.....	6
2.3 DEN VIRKNINGSBASERTE TILNÆRMINGEN .....	7
<b>3. DEN TRADISJONELLE TILNÆRMINGEN: FOKUS PÅ FORM OG IKKE EFFEKT</b> .....	<b>9</b>
3.1 INNLEDNING .....	9
3.2 ELDRE RETTSPRAKSIS .....	9
3.2.1 Hoffman- La Roche .....	9
3.2.2 Michelin I .....	10
3.2.3 Michelin II .....	12
3.2.4 British Airways .....	13
3.3 OPPSUMMERING .....	16
<b>4. KRITIKKEN MOT DEN TRADISJONELLE TILNÆRMINGEN</b> .....	<b>18</b>
<b>5. KOMMISJONENS VEILEDNING</b> .....	<b>21</b>
5.1 BAKGRUNN .....	21
5.2 VEILEDNINGENS INNHOLD .....	21
5.2.1 Formål og prioriteringer .....	21
5.2.2 Generelle prinsipper .....	21
5.2.3 Spesifikke former for misbruk .....	22
5.3 HVILKE MATERIELLE ENDRINGER LEGGER VEILEDNINGEN OPP TIL? .....	24
<b>6. EU DOMSTOLENS AVGJØRELSER I KJØLVANNET AV VEILEDNINGEN</b> .....	<b>27</b>
6.1 UNDERRETTENS AVGJØRELSE I INTEL-SAKEN: TILBAKE TIL START? .....	27
6.2 POST- DANMARK II: EN NEDBRYTNING AV DEN TRADISJONELLE TREDELINGEN? .....	32

6.3 EU-DOMSTOLENS AVGJØRELSE I INTEL: NOK ET STEG I SAMME RETNING?.....	39
7. KONKLUSJON .....	44
8. LITTERATURLISTE.....	46

# 1. INNLEDNING

## 1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV. Problemstillingen er *hva er det rettslige vurderingstemaet ved vurderingen av om bruk av rabatter utgjør et misbruk av dominerende stilling, jf. artikkel 102 TEUV. Har EU-domstolen beveget seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming med avgjørelsene i Post – Danmark II og Intel?*

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i EU-retten er nedfelt i artikkel 102 TEUV og EØS-avtalen artikkel 54 som forbyr ett eller flere foretaks "misbruk" av "dominerende stilling" innenfor det "interne markedet eller betydelig del av det" i den grad det "kan påvirke handelen mellom medlemsstatene".

Bestemmelsen inneholder ingen misbruksdefinisjon, men har en opplisting i a-d av ulike typetilfeller. EU-domstolen har imidlertid slått fast at opplistingen ikke er uttømmende, og det foreligger ikke noe krav om å knytte vurderingen til et bestemt alternativ.<sup>1</sup>

Det er i rettspraksis etablert et skille mellom utnyttende og ekskluderende misbruk. Sistnevnte som er særlig relevant for rabatter, kan defineres som atferd som kan ha negativ påvirkning på konkurransen og forbrukervelferden ved at den er kapabel til å utestenge eller vanskeliggjøre markedstilgangen for konkurrenter.<sup>2</sup>

Med rabatt menes det at selgeren gir kjøperen et avslag på varens listepriis. Rabatten kan tildeles på ulike vilkår og ha ulik utforming, og kan derfor ha både konkurransefremmende og konkurransebegrensende virkninger.<sup>3</sup> Som en konsekvens er det umulig å gi en uttømmende liste over hvilke rabatter som eksisterer. Grensedragningen mellom "normal" konkurranse og konkurranseskadelig atferd må derfor søkes klarlagt gjennom analyse av EU-domstolens praksis.

---

<sup>1</sup> Sak C-333/94, Tetra Pak v. Kommissjonen, avsnitt 37

<sup>2</sup> Jessen, 2016:137.

<sup>3</sup> Østerud, 2010:9.

## 1.2 Problemstillingens aktualitet

De siste tiårene har EU-domstolens tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling fått mye kritikk. Det har særlig blitt fremhevet at domstolens fokus på atferdens karakter i alt for stor grad rammer atferd som ikke er konkurranseskadelig.<sup>4</sup>

Samtidig har fraværet av et generelt rammeverk for misbruksvurderingen, og EU-domstolens upresise språkbruk ført til en rettsstilstand hvor det er vanskelig for dominerende foretak å forutse konsekvensene av sin atferd. Dette er konkurranseskadelig fordi det kan avskrekke dominerende foretak fra å ta i bruk konkurransefremmende forretningsstrategier.<sup>5</sup>

Som en motreaksjon har tilhengerne av den "mer økonomiske tilnærmingen" introdusert en mer virkningsbasert tilnærming hvor misbruksvurderingen knyttes til den konkrete økonomiske effekten av rabatten. Dette skal gi økt presisjon i form av færre type 1- og 2-feil som igjen vil øke den samlede forbrukervelferden.<sup>6</sup>

Kommisjonen har ved publiseringen av Veiledningen for vurderingene etter artikkel 102 TEUV beveget seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling. Selv om Veiledningen ikke binder EU-domstolens tolkninger, har det vært spenning knyttet til om sistnevnte ville følge Kommisjonens retningskifte.<sup>7</sup>

EU-domstolen har i etterkant avsagt dom i to instanser i Intel, og kommet med en rådgivende uttalelse i Post Danmark II. Avgjørelsene aktualiserer spørsmålet om EU-domstolen har beveget seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming i tråd med Veiledningen.

Videre har problemstillingen betydning for forståelsen av norske konkurranseregler. Det følger av forarbeidene til kkrl. § 11 at formålet ved vedtakelsen var å harmonisere norske konkurranseregler for foretak med EØS-reglene, og at bestemmelsen med nasjonale tilpasninger svarer til EØS- avtalen artikkel 54.<sup>8</sup> EU-domstolens praksis vedrørende rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV vil derfor veie tungt som rettskilde ved tolkningen av den norske forbudsbestemmelsen.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Se deriblant Petit, 2009:485-486.

<sup>5</sup> Lang, 2009:2

<sup>6</sup> Hildebrand, 2016:5.

<sup>7</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ [2009] C 45, avsnitt 3.

<sup>8</sup> Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68 og 225-226; EØS-artikkel 54 har tilsvarende ordlyd som artikkel 102 TEUV.

<sup>9</sup> Tilsvarende er lagt til grunn av Høyesterett i Rt.2011 s.610, Tine v. Konkurransetilsynet, avsnitt 63-64.

## 1.3 Metode

### 1.3.1 Innledning

Studien gir ikke rom for en generell redegjørelse for EU – rettslig metode, men jeg vil i kapittel 1.3.2 kommentere studiens metode, med hovedfokus på metodiske utfordringer.

### 1.3.2 Generelle metodiske spørsmål

Siktemålet med studien er å klarlegge gjeldende rett ved vurderingen av rabatter etter artikkel 102 TEUV gjennom bruk av ordinær rettsdogmatisk metode.

Den første metodiske utfordringen er de språklige utfordringene innenfor EU-retten. Til forskjell fra EU–rettsakter som er autentiske på alle EUs 23 offisielle språk, vil avgjørelser fra EU–domstolen kun være autentiske på prosessspråket. Videre er arbeidsspråket i domstolen fransk, noe som taler for at også denne språkversjonen må tillegges vekt.<sup>10</sup>

Jeg behersker imidlertid ikke fransk, og har derfor forholdt meg til den engelske språkversjonen som hovedregel blir benyttet som prosessspråk.

Den neste utfordringen omhandler bruk av rettspraksis i konkurranseretten, og da særlig hvilken rettskildevekt Underrettens avgjørelser har.<sup>11</sup>

Det følger av artikkel 19 TEU at EU-domstolen har det overordnede ansvaret for tolkningen og anvendelsen av EU-traktatene. På grunn av traktatenes generelle utforming og rigide endringsprosedyrer er dessuten EU-domstolens rettsavklarende og rettsutviklende rolle særlig sentral innenfor EU-systemet. Som konsekvens vil det være lite handlingsrom for å havne på et annet resultat dersom EU-domstolen har tatt stilling til spørsmålet.

Videre vil ikke EU-domstolen være bundet av Underrettens avgjørelser. Dersom EU-domstolen fraviker førstnevntes avgjørelse vil dette være gjeldende rett frem til samme instans eventuelt velger å foreta et retningsskifte.

Når det gjelder rettskildevekten til Underrettens avgjørelser i de tilfellene hvor EU-domstolen ikke har tatt stilling til spørsmålet er det verdt å merke seg at førstnevnte er gitt en større rettsavklarende kompetanse sammenliknet med hva som er tilfellet for lagmannsretten i Norge.

---

<sup>10</sup> Rettergangsordningen artikkel 31

<sup>11</sup> EU domstolen består av The Court of Justice, the General Court, og the Civil Service tribunal. Denne fremstillingen vil omtale the Court of Justice som "EU-domstolen", og the General Court som "Underretten". Sistnevnte brukes også om the Court of First Instance, som var navnet på the General Court frem til vedtakelsen av Lisboa traktaten i 2007.

Dette skyldes særlig EU-domstolens enorme saksomfang, og en ser derfor at EU-domstolen henviser til Underrettens avgjørelser. Selv om Underrettens avgjørelse må tillegges vesentlig vekt i et slikt tilfelle vil det likevel være større rom for å argumentere for at avgjørelsen ikke er gjeldende rett.

## **1.4 Det videre opplegget for oppgaven**

### *1.4.1 Avgrensninger*

Selv om en rekke typer atferd rammes av forbudet mot misbruk av dominerende stilling vil denne fremstillingen avgrenses til hvordan rabatter gitt av dominerende foretak skal vurderes. Studien vil kun behandle "misbruk"- vilkåret i artikkel 102 TEUV. Hovedfokuset vil være på første del av misbruksvurderingen, men vurderingen av om rabattarrangementet kan "objektivt rettferdiggjøres" vil trekkes frem der det er relevant for fremstillingen.

Samtidig har jeg på grunn av begrensningene knyttet til studiens omfang foretatt et skjønnsmessig utvalg av avgjørelser fra EU-domstolen. I den forbindelse nevnes det at Van den Bergh er utelatt fordi den omhandler en eksklusivitetsavtale og ikke et rabattarrangement.<sup>12</sup> Videre er ikke Tomra inntatt fordi avgjørelsen først og fremst omhandler eksklusivitet, og fordi EU-domstolen avviste Veiledningens relevans fordi saken ble innledet før publiseringen. Domstolen forholdt seg i stedet lojalt til den tradisjonelle formbaserte tilnærmingen ved vurderingen av det retroaktive rabattarrangementet.<sup>13</sup> Som en konsekvens vil avgjørelsene bidra lite til å belyse studiens problemstilling.

### *1.4.2 Struktur*

Studien består av fire hoveddeler. I del I (kapittel 2) oppstilles et teoretisk rammeverk som skal benyttes som grunnlag for å analysere EU-domstolens rettspraksis og klarlegge gjeldende rett. I del II (kapittel 3 og 4) analyseres vurderingen av rabatter som misbruk av dominerende stilling i eldre rettspraksis, og det gis det en fremstilling av kritikken rettet mot denne.

Deretter vil det i del III (kapittel 5) foretas det en analyse av Kommisjonens Veiledning for å klarlegge hvilke materielle endringer den legger opp til. I del IV (kapittel 6-7) analyseres rettspraksis etter publiseringen av Veiledningen for å klarlegge om EU-domstolen har beveget seg i retning av en mer virkningsbasert vurdering. Avslutningsvis foretas en oppsummering av rettstilstanden med sikte på å klarlegge gjeldende rett.

---

<sup>12</sup> Sak T-65/98, Van den Bergh v. Kommisjonen

<sup>13</sup> Sak-C-549/10 P, Tomra v. Kommisjonen, avsnitt 75 og 81.



## 2. TEORETISK RAMMEVERK

### 2.1 Innledning

Konkurranserettens formål uttrykkes gjerne som beskyttelse av konkurransen som et middel for å maksimere forbrukervelferden. Dette skal sikres ved å utforme generelle regler som på best mulig måte ivaretar forbrukervelferden gjennom å etablere et skille mellom utestengende og konkurransefremmende atferd.<sup>14</sup> Det er imidlertid umulig få til en perfekt balanse fordi mangel på informasjon, ekspertise og håndhevelse gjør det vanskelig å forutsi hvilke virkninger en bestemt atferd vil ha. Disse feilkildene øker risikoen for at konkurransebegrensende atferd får gå ustraffet (type 2-feil), og/eller at konkurransefremmende atferd stemples som konkurransebegrensende (type 1- feil).<sup>15</sup>

Det at konkurranseretten faller i skjæringsflaten mellom juss og økonomi vanskeliggjør utformingen av regler som regulerer atferden på en optimal måte. Dette har ført til en iboende spenning mellom målsetningen om presisjon (unngå type 1- og type 2-feil), og målet om å en klar og forutsigbar rettstilstand som bidrar til forutberegnelige og praktikable regler.<sup>16</sup>

Denne spenningen har ført til en splittelse av det europeiske konkurranserettsmiljøet i to hovedleirer når det gjelder vurderingen av rabatter som misbruk av dominerende stilling. På den ene siden er tilhengerne av den tradisjonelle formbaserte tilnærmingen, og på den annen siden er tilhengerne av det "mer økonomiske perspektivet" som tar til orde for en mer virkningsbasert tilnærming.

Det er imidlertid viktig å poengtere at perspektivene ikke er gjensidig utelukkende, men at de utgjør typetilfeller på hver sin ende av skalaen. Det er derfor mulig å operere med mellomløsninger som kombinerer formbaserte og virkningsbaserte elementer.<sup>17</sup>

I forlengelsen presenteres det teoretiske grunnlaget for den formbaserte og virkningsbaserte tilnærmingen med sikte på å etablere et analytisk rammeverk for analysen av EU-domstolens tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.

---

<sup>14</sup> Whish/Bailey, 2015:1-2.

<sup>15</sup> O'Donoghue, 2007:3.

<sup>16</sup> Ibid.

<sup>17</sup> Østerud, 2010:23.

## 2.2 Den formbaserte tilnærmingen

En evaluering av risikoen for falske negativer og positive, og tidligere oppfatninger av graden av gevinst og skade fra konkrete praksiser har ført til etableringen av ulike tilnærminger innenfor konkurranseretten. På den ene enden av skalaen ligger den formbaserte tilnærmingen som bygger på at atferd enten er lovlig eller ulovlig. Dette innebærer at atferden blir betraktet som lovlig/ulovlig uten at det må foretas en detaljert og økonomisk vurdering av atferdens faktiske eller sannsynlige virkning på konkurransen. Tanken er at atferden av natur/karakter vil være kapabel til å skade konkurransen.<sup>18</sup>

Et formbasert forbud kan være absolutt i den forstand at det ikke eksisterer noen unntak, eller modifisert ved at det gjelder en presumsjon for lovlig/ulovlighet som det aktuelle foretaket kan tilbakevise gjennom sitt forsvar.<sup>19</sup> En formbasert tilnærming vil være hensiktsmessig i tilfeller hvor: 1) erfaring og logikk tilsier at gevinsten/skaden som stammer fra en atferd er så klar og entydig at det ikke er nødvendig å bruke domstolenes eller konkurransemyndighetenes ressurser på å undersøke effektene på en sak-til-sak basis, og 2) risikoen for falske positive eller negative er liten.<sup>20</sup>

Den formbaserte tilnærmingen har sitt grunnlag i ordoliberalismen, og er til forskjell fra Post-Chicagoskolen ikke en ren økonomisk teori. Grunntanken er at en konkurransedyktig økonomi er en forutsetning for å skape en fri, fremgangsrik og likeverdig samfunnsorden. Dette kan kun oppnås ved å utvikle et sterkt konstitusjonelt rammeverk som har til formål å beskytte konkurranseprosessen mot offentlig og privat maktmisbruk.<sup>21</sup>

Dette rammeverket skal beskytte mot markedskonsentrasjon som ordliberalistene anser som en trussel mot konkurranseprosessen. Derfor blir både monopolstillinger og konsentrasjonen av økonomisk ressurser i seg selv ansett som en trussel mot den økonomiske velferden. Ordoliberalismen anser i stedet et marked bestående av små og mellomstore foretak som det optimale selv om dette ikke på noe måte kan anses for å sikre effektivitet. Dette illustrerer at ordoliberalismen til forskjell fra Post – Chicago velferdsperspektivet i større grad bygger sitt rasjonale på humanistiske verdier framfor effektivitet og økonomi.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> O'Donoghue, 2007:4; Østerud, 2010:23.

<sup>19</sup> Østerud, 2010:60

<sup>20</sup> O'Donoghue, 2007:4.

<sup>21</sup> Gerber, 1998:232-240.

<sup>22</sup> Ibid.

Ordoliberalismen opererer i stedet med et holistisk syn på samfunnet og markedet der også ikke-økonomiske verdier integreres. Markedet skal struktureres på en måte som oppfattes rettferdig av samfunnsmedlemmene og markedsdeltakerne. Det er markedsstrukturen i seg selv som skal beskyttes fordi et høyst konkurransedyktig marked vil stå i veien for målet om en fremgangsrik og likeverdig samfunnsorden. Ved å beskytte konkurransen på denne måten vil en kunne garantere "individuell frihet". Hovedmålsettingen til konkurransereglene er derfor å bidra til etableringen og opprettholdelsen av en sosial markedsøkonomi til det beste for innbyggerne.<sup>23</sup>

Bruken av det konstitusjonelle rammeverket som normativt grunnlag for økonomien vil skape klare regler som øker forutberegneligheten for foretakene som opererer på markedet. Dette bidrar både til at foretakene har mindre kostnader med å vurdere atferden sin, og at konkurransemyndighetene slipper å foreta tidkrevende og kostbare analyser for å konstatere at konkret atferd utgjør et misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.<sup>24</sup>

Samtidig vises det til at en tilnærming som bygger på en konkret effektbasert vurdering av atferden på en sak-til-sak basis vil kunne ha en kjølede effekt på konkurransen. Dette skyldes at foretak kan unnlate å iverksette konkurransefremmende atferd av frykt for at atferden skal anses som misbruk etter artikkel 102 TEUV.<sup>25</sup>

### **2.3 Den virkningsbaserte tilnærmingen**

Den rene virkningsbaserte tilnærmingen ligger på den andre enden av skalaen ved at det her vil foretas en omfattende og detaljert vurdering av atferdens faktiske eller potensielle gevinst/skade på konkurransen. Denne vurderingen kan være strukturert ved at atferden blir evaluert gjennom flere screenings for å skille lovlig og ulovlig atferd, eller ustrukturert ved at skade og fordeler vurderes og sammenlignes.<sup>26</sup>

Et flertall av økonomene innenfor den europeiske konkurranseretten argumenterer for at en ren virkningsbasert tilnærming vil være den beste måten å behandle ensidig atferd. De har derfor kritisert den tradisjonelle tilnærmingen for å være for fokusert på form framfor effekt. Den virkningsbaserte tilnærmingen skal gi bedre forståelse og håndhevelse av reglene ved at det ikke bare fokuseres på atferdens form og natur, men at atferden også vurderes i sin

---

<sup>23</sup> Gormsen, 2006:10.

<sup>24</sup> Østerud, 2010:24.

<sup>25</sup> O'Donoghue, 2007:6.

<sup>26</sup> Østerud, 2010:23.

faktiske og økonomiske kontekst. Dette skal bidra til mer presise vurderinger som reduserer antallet type 1- og type 2-feil, som en konsekvens vil den samlede forbrukervelferden øke.<sup>27</sup>

Dette perspektivet omtales gjerne som den "mer økonomiske tilnærmingen", og har sine røtter i (post)Chicago(forbruker) velferdsskolen. Økonomien blir her betraktet som den sentrale måleindikatoren for å ivareta konkurranserettens eneste formål som er å beskytte forbrukervelferden. Samtidig anerkjennes det at markedet ikke nødvendigvis er selvkorrigerende, og det derfor er behov for at konkurransemyndighetene intervensjoner og etterforsker atferd som kan skade forbrukervelferden.<sup>28</sup>

Samtidig er det etter Post – Chicagoskolen vanlig å benytte spillteori som et verktøy for å analysere hvorfor foretak benytter seg av virkemidler for å avskrekke konkurrenter fra å entre markedet. Til forskjell fra den formbaserte tilnærmingen som bygger på et ordoliberalistisk tankegods fokuserer ikke Post-Chicagoskolen på normative og universelle argumenter. Post-Chicagoskolen vil i stedet bygge sin vurdering på de konkrete faktiske omstendighetene, og vil ved hjelp av empiriske undersøkelser og analyser fastslå formålet og effekten atferden har på forbrukervelferden.<sup>29</sup>

Den virkningsbaserte tilnærmingen mener at en økonomisk effektbasert tilnærming hvor empiriske undersøkelser og analyser brukes for å konstatere den konkrete atferdens negative innvirkning på forbrukervelferden vil gi økt presisjon i form av færre type 1 og type 2 feil. Dette vil igjen øke den samlede forbrukervelferden.

---

<sup>27</sup> Hildebrand, 2016:5.

<sup>28</sup> Wils, 2014:405; Nihoul, 2014:522.

<sup>29</sup> Jacobs, 1995:222; Hildebrand, 2016:137

### **3. DEN TRADISJONELLE TILNÆRMINGEN: FOKUS PÅ FORM OG IKKE EFFEKT**

#### **3.1 Innledning**

For å forstå nyere rettspraksis og identifisere hvilke endringer Veiledningen legger opp til, vil dette kapittelet foreta en gjennomgang av EU-domstolens tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling i eldre rettspraksis. Samtidig vil praksisen plasseres innenfor det teoretiske rammeverket oppstilt i kapittel 2.

#### **3.2 Eldre rettspraksis**

##### *3.2.1 Hoffman- La Roche*

Hoffman-La Roche var første saken hvor EU-domstolen vurderte om bruk av rabatter utgjorde et misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV. EU-domstolen fant at vitaminprodusenten hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å gi lojalitetsrabatter til 22 storkunder.

EU-domstolen oppstilte følgende rettsregel:

An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers— even if it does so at their request — by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.

The same applies if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer's obtaining all or most of its requirements (...)from the undertaking in a dominant position.<sup>30</sup>

Uttalelsene må tas til inntekt for at dominerende foretak verken kan inngå eksklusivitetsavtaler eller operere med rabattarrangementer med tilsvarende effekt, da disse etter sin karakter utgjør misbruk. Det at domstolen ikke finner det nødvendig å vurdere det konkrete rabattarrangementets effekt på konkurransen, men i stedet utleder den utestengende effekten fra eksklusivitetsforpliktelsen taler for at avgjørelsen er strikt formbasert.

---

<sup>30</sup> Sak 85/76 Hoffman- La Roche v. Kommisjonen, avsnitt 89.

Denne forståelsen underbygges av at EU-domstolen i forlengelsen viste til at eksklusivitetsforpliktelser er:

(...) incompatible with the objective of undistorted competition within the Common Market— because unless there are exceptional circumstances which may make an agreement between undertakings in the context of Article 85, permissible – they are [unlike quantity rebate] not based on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to deprive the purchaser of or restrict his possible choices of supply and to deny other producers access to the market (...) <sup>31</sup>

Uttalelsen må forstås som at lojalitetsrabatter av natur vil være uforenlig med hovedformålet om å sikre uhindret konkurranse. Samtidig fokuserer domstolen utelukkende på rabattarrangementets karakter, derunder eksklusivitetsforpliktelser, og fra denne utleder den en hovedregel om at lojalitetsrabatter vil være konkurransebegrensende uten at det foreligger behov for å foreta en konkret vurdering for å påvise konkurransebegrensende effekt. Dette fokuset på rabattarrangementets utforming tilsier at avgjørelsen er i tråd med den formbaserte tilnærmingen hvor beskyttelsen av selve konkurransen er hovedformålet.

Samtidig er det verdt å merke seg at domstolen åpner for at arrangementet i eksepsjonelle tilfeller vil kunne rettfærdiggjøres. Likevel innebærer den manglende utpenslingen unntaket sammen med den høye terskelen som ordlyden oppstiller at en står igjen med et forholdsvist klart per se forbud mot bruk av lojalitetsrabatter, i tråd med den formbaserte tilnærmingen.

### 3.2.2 *Michelin I*

I *Michelin I* fant EU-domstolen at dekkprodusentens bruk av retroaktive rabatter knyttet til årlige individualiserte salgsmål var et misbruk av artikkel 102 TEUV.

EU-domstolen gikk et steg lenger sammenlignet med *Hoffman-La Roche* når den uttalte:

(...)the system at issue in this case, which is characterized by the use of sales targets(...)does not amount to a mere quantity discount linked solely to the volume of goods purchased since the progressive scale of the previous year's turnover indicates only the limits within which the system applies.(...)On the other hand the system in question did not require dealers to enter into any exclusive dealing agreements or to obtain a specific proportion of their

---

<sup>31</sup> Ibid. avsnitt 90.

supplies from Michelin NV, [which]distinguishes it from loyalty rebates of the type which the Court had to consider in its judgment in [Hoffman-La Roche].<sup>32</sup>

EU-domstolen oppstiller altså en tredje rabattkategori hvor tildelingen av de økonomiske insentivene ikke er direkte knyttet til en forpliktelse om eksklusiv leveranse fra det dominerende foretaket, men hvor rabatten likevel kan ha en lojalitetsfremmende virkning.

Fraværet av en eksklusivitetsforpliktelse innebar ifølge EU-domstolen at en i vurderingen av om rabattarrangementet utgjorde et misbruk måtte:

(...) consider all the circumstances, particularly the criteria and rules for the grant of the discount, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discount tends to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.<sup>33</sup>

Det må altså foretas en helhetsvurdering med grunnlag i de opplistede momentene. Det at momentene knytter seg til utformingen av rabattarrangementet, og ikke nødvendiggjør en konkret effektvurdering bidrar imidlertid å trekke avgjørelsen i retning av den formbaserte tilnærmingen. Denne forståelsen forsterkes av EU-domstolens stadfestelse av at det ikke kreves konstatert at atferden har hatt en faktisk negativ effekt på konkurransen, men at det derimot er tilstrekkelig at den er kapabel til å ha en slik effekt.<sup>34</sup>

Denne forståelsen underbygges av at EU-domstolen i sin konkrete vurdering vektlegger at rabatten forutsatte oppnåelsen av individuelle salgsmål knyttet til en referanseperiode på ett år, at den ble tildelt retroaktivt basert på hele innkjøpet, og at gjennomføringen var lite transparent for kundene. Dette la sterkt press på forhandlerne til kun å handle fra det dominerende foretaket som følger av at de hadde liten mulighet til å forutse når de risikerte å miste rabatten for hele innkjøpet.<sup>35</sup>

En ser altså at domstolen utleder rabattarrangementets konkurransebegrensende kapasitet fra kvalitative faktorer knyttet til rabattarrangementets karakter uten at det foretas en konkret vurdering av rabattarrangementets økonomiske effekt på konkurransen. Dette bidrar i

---

<sup>32</sup> Sak 322/81 Michelin v. Kommisjonen, avsnitt 71-73.

<sup>33</sup> Ibid. avsnitt 74.

<sup>34</sup> Ibid. avsnitt 104.

<sup>35</sup> Ibid. avsnitt 81.

kombinasjon med domstolens fokus på beskyttelse av konkurranseprosessen som hovedformålet med artikkel 102 TEUV til å gi avgjørelsen et sterkt formbasert preg.

Denne forståelsen underbygges også av EU-domstolens uttalelser om at tilstedeværelsen av et dominerende foretak innebærer at konkurransen allerede er svekket, med den konsekvens at foretaket har et "spesielt ansvar" til å unngå konkurranseskadelig atferd.<sup>36</sup> Denne uttalelsen har et normativt preg, og kan knyttes til ordoliberalismens skepsis til markedskonsentrasjon.

### 3.2.3 *Michelin II*

I *Michelin II* fant Underretten at dekkprodusentens bruk av prissettingsordninger som standardiserte kvantumsrabatter utgjorde et misbruk etter artikkel 102 TEUV.<sup>37</sup> Kvantumsrabattene ble gitt i henhold til et rutenett bestående av mange steg, men til forskjell fra rabattene i *Michelin I* var ikke salgsmålene individualiserte, og forhandlerne ble gitt en tilleggsrabatt for hvert steg de oppnådde. Rabattene skilte seg fra rene kvantumsrabatter ved at rabattene ikke ble gitt på individuelle ordre, men kalkulert på grunnlag av totalsalget og tildelt på slutten av referanseperioden (ett år).

I vurderingen av om standardiserte kvantumsrabatter utgjør et misbruk stadfestes uttalelsene i *Michelin I* om at det må foretas en helhetsvurdering i lys av:

(...) all the circumstances, particularly the criteria and rules governing the grant of the rebate, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the rebates tend to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.<sup>38</sup>

På samme måte som i *Michelin I* legger Underretten opp til en abstrakt vurdering av kvalitative momenter knyttet til rabattarrangementets utforming uten at det foreligger krav om å foreta en konkret vurdering av rabattarrangementets effekt på konkurransen. Dette taler i kombinasjon med fremhevelsen av konkurranseprosessen som hovedformålet med artikkel 102 TEUV for at Underretten følger en formbasert tilnærming.

Denne forståelsen underbygges av domstolens konkrete vurdering som utelukkende fokuserer på rabattarrangementets design, derunder den lange referanseperioden (ett år), den store

---

<sup>36</sup> Ibid. avsnitt 57 og 70.

<sup>37</sup> Sak T-203/01 *Michelin v. Kommisjonen*, avsnitt 113.

<sup>38</sup> Ibid. avsnitt 60.



variasjonen i rabattraten mellom de lavere og høyere trinnene i systemet, og at rabatten var knyttet til det samlede innkjøp og tildelt retroaktivt. Dette førte sammen med det "spesielle ansvaret" som dominerende foretak har til å unngå konkurranseskadelig atferd, til at rabattarrangementet hadde en lojalitetsfremmende virkning.<sup>39</sup>

I forlengelsen viste Underretten til at selv om det er konstatert misbruk er det: "(...) necessary to examine whether the applicant has established that the quantity rebate system, which presents the characteristics of a loyalty-inducing rebate system, was based on objective economic reasons"<sup>40</sup>

Underretten foretar altså en videre utpensling av dominerende foretaks mulighet til å gå klar av artikkel 102 TEUV ved å rettferdiggjøre atferden. Domstolen knytter lovligheten til effektivitetsgevinsten når den viser til kvantumsrabatter anses for å senke produsentens kostnader, og at slike rabatter er lovlige så lenge de har en økonomisk motvirkende gevinst.<sup>41</sup>

Det fremstår altså som at Underretten åpner for økonomiske analyser av det konkrete rabattarrangementet i forsvaret etter artikkel 102 TEUV, men at den samtidig snur bevisbyrden ved at det vil være opp til det dominerende foretaket å skaffe slik dokumentasjon. Dette bidrar i kombinasjon med at det ikke foretas noen nærmere utpensling av hva som ligger i økonomisk rettferdiggjøring til at domstolens vurdering ikke flyttes nevneverdig i retning av den virkningsbaserte enden av skalaen.

Samtidig stadfestet Underretten misbruksbegrepet oppstilt i Hoffman- La Roche og Michelin I. Dette bidrar sammen med likestillingen av konkurransebegrensende formål og effekt under artikkel 102 TEUV til å gi avgjørelsen et sterkt formbasert preg.<sup>42</sup>

#### *3.2.4 British Airways*

I British Airways fant EU-domstolen at flyselskapets bruk av en provisjonsordning som inkluderte ekstra utbetalinger til reiseselskapene som oppfylte eller overgikk forrige års salg av BA-billetter var et misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.

EU-domstolen innledet vurderingen ved å fremheve at i både Hoffman – La Roche og Michelin I ble visse rabattarrangementer ansett som ulovlige av karakter. Domstolen

---

<sup>39</sup> Ibid. avsnitt 95-97.

<sup>40</sup> Ibid., avsnitt 107.

<sup>41</sup> Ibid. avsnitt 110.

<sup>42</sup> Ibid. avsnitt 239 og 241.

oppretholder med det skillet mellom kvantumsrabatter, lojalitetsrabatter og lojalitetsfremmende rabatter.<sup>43</sup>

I forlengelsen viste EU-domstolen til at særlig Michelin I hadde overføringsverdi siden det også her dreide seg om et rabattarrangement hvor tildelingen var avhengig av oppnåelsen av individuelle salgsmål. Deretter trakk EU-domstolen frem at konkurransen allerede er svekket som følger av tilstedeværelsen av et dominerende foretak som av den grunn har et "spesielt ansvar" til å avstå fra konkurranseskadelig atferd. Det måtte derfor foretas en helhetsvurdering som i Michelin I.<sup>44</sup>

EU-domstolen fremstår så langt lojal mot den formbaserte tilnærmingen ved å stadfeste tredelingen, og legge opp til en helhetsvurdering bestående av kvalitative momenter knyttet til rabattarrangementets design uten å oppstille krav om en konkret effektbasert vurdering av arrangementets virkning på konkurransen.

Likevel synes EU-domstolen å gå et steg videre når den viser til at i vurderingen av lojalitetsfremmende rabatter:

It first has to be determined whether those discounts or bonuses can produce an exclusionary effect, that is to say whether they are capable, first, of making market entry very difficult or impossible for competitors of the undertaking in a dominant position and, secondly, of making it more difficult or impossible for its co-contractors to choose between various sources of supply or commercial partners.<sup>45</sup>

Uttalelsene kan tas til inntekt for at det i tillegg til å se på karakteristikker ved det aktuelle rabattarrangementet, i forlengelsen må vurderes hvilken virkning arrangementet vil ha på konkurrentenes markedstilgang og kundenes valgmuligheter. Det at det legges opp til en form for effektvurdering for å konstatere om rabattarrangementet har en utestengende virkning taler for at EU-domstolen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

På den annen side taler henvisningene til Michelin I, og fremhevelsen av beskyttelse av selve konkurranseprosessen som det overordnede formålet med artikkel 102 TEUV mot at domstolen beveger seg nevneverdig i retning av en mer virkningsbasert vurdering.

---

<sup>43</sup> Sak C-95/04 P British Airways v. Kommisjonen, avsnitt 61-63.

<sup>44</sup> Ibid. avsnitt 65-67.

<sup>45</sup> Ibid. avsnitt 68.

Denne forståelsen finner også støtte i at EU-domstolen i sin konkrete vurdering la vekt på at tildelingen bygget på oppnåelsen av individuelle salgsmål i en lengre referanseperiode (ett år), og at rabatten var knyttet til hele omsetningen av BA-billetter i perioden. Dette la et sterkt press på kundene til å erverve hele sitt behov fra det dominerende foretaket som følge av at rabatten hadde en stor påvirkning på fortjenestemarginen.<sup>46</sup> Det at eksklusjonseffekten knyttes til selve utformingen av rabattarrangementet tilsier at domstolen plasserer seg tett opp mot den formbaserte enden av skalaen.

Dette må imidlertid ses i sammenheng med at EU-domstolen viste til at presset blir forsterket i de tilfeller hvor det dominerende foretaket har:

(...) a very much larger market share than its competitors(...)In those circumstances, it is particularly difficult for competitors of that undertaking to outbid it in face of discounts or bonuses based on the overall sales volume. By reason of its significantly higher market share, the undertaking in a dominant position generally constitutes an unavoidable business partner in the market.(...) In order to attract the co-contractors of the undertaking in a dominant position, or to receive a sufficient volume of orders from them, those competitors would have to offer them significantly higher rates of discount or bonuses.<sup>47</sup>

Uttalelsen må tas til inntekt for det i helhetsvurderingen også må legges vekt på det dominerende foretakets markedsandel for å fastslå rabattens innvirkning på konkurransen. Dette tilsier at det legges opp til en effektbasert vurdering som trekker EU-domstolen i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter.

På den annen side utgjør foretakets markedsandel et kvalitativt moment som ikke legger opp til en økonomisk vurdering av det konkrete rabattarrangementets virkning på konkurransen. Dette taler i kombinasjon med at domstolen i sin konkrete vurdering legger størst vekt på rabattarrangementets konstruksjon, og at foretakets markedsandel i stedet fremstår som et støttemoment, for at vurderingen ligger nærmest den formbaserte enden av skalaen.

Videre følger EU-domstolen opp tidligere praksis når den stadfester plikten til å vurdere om rabattarrangementet kan rettferdiggjøres, men den foretar samtidig en videre utpensling:

It has to be determined whether the exclusionary effect arising from such a system, which is disadvantageous for competition, may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer. If the exclusionary effect of that system

---

<sup>46</sup> Ibid. avsnitt 71-74.

<sup>47</sup> Ibid. avsnitt 75.

bears no relation to advantages for the market and consumers, or if it goes beyond what is necessary in order to attain those advantages, that system must be regarded as an abuse.<sup>48</sup>

EU-domstolen legger altså opp til en effektivitetsvurdering, og innfører samtidig et proporsjonalitets- og kausalitetskrav. Det at vurderingen likevel fremstår som abstrakt ved at rabattarrangementet ikke vurderes i lys av markeds konteksten taler for at avgjørelsen ligger nærmest den formbaserte tilnærmingen.

På den annen side trekker EU-domstolen frem forbrukervelferden, som er det overordnede formålet etter den virkningsbaserte tilnærmingen, som et viktig hensyn å ivareta. Dette taler i kombinasjon med introduksjonen av momenter knyttet til markedsstrukturen for en viss bevegelse mot en mer virkningsbasert tilnærming. Likevel innebærer den tunge vektleggingen av karakteristikk ved det aktuelle rabattarrangementet, og det totale fraværet av kvantitative elementer at avgjørelsen ligger nærmest den formbaserte enden av skalaen.

### **3.3 Oppsummering**

EU-domstolen har tradisjonelt operert med en tredeling av rabatter. Den første kategorien er kvantumsrabatter hvor det opereres med presumsjon for lovlighet. Videre finner en lojalitetsrabatter som bygger på den forutsetning at kunden erverver hele eller størsteparten av sitt behov fra det dominerende foretaket. Domstolen fokuserer her på selve eksklusivitetsforpliktelsen, og utleder fra denne en hovedregel om at lojalitetsrabatter utgjør misbruk per se av artikkel 102 TEUV uten at det er nødvendig å foreta en konkret vurdering av rabattarrangementets virkning på markedet. Denne bruken av strenge presumsjoner begrunnet i karakteristikk ved selve rabattarrangementet gir vurderingen av lojalitetsrabatter et sterkt formbasert preg.

For det tredje opererer EU-domstolen med en restkategori som inkluderer andre typer rabatter hvor de økonomiske insentivene ikke er direkte knyttet til eksklusiv/kvasi-eksklusiv leveranse fra det dominerende foretaket. Til forskjell fra lojalitetsrabatter må slike rabatter underlegges en helhetsvurdering, hvor særlig vilkår og regler for tildelingen vektlegges. Videre må det ikke påvises at rabatten har en faktisk negativ effekt på konkurransen, men det er tilstrekkelig at den har konkurransebegrensende kapasitet.

---

<sup>48</sup> Ibid. avsnitt 86.

Gjennomgangen har vist at EU-domstolen ved vurderingen av lojalitetsfremmende rabatter særlig vektlegger hvor lang referanseperiode rabatten er knyttet til, om den tildeles inkrementelt eller retroaktivt, og om den er knyttet til hele salgsvolumet eller kun innkjøpene som overstiger salgsmålet. Videre fremheves det at konkurransen allerede er svekket som følge av tilstedeværelsen av et dominerende foretak. Sistnevnte har derfor et spesielt ansvar til å unngå konkurransebegrensende atferd. EU-domstolen fokuserer altså på kvalitative momenter knyttet til selve rabattarrangementet, og dette bidrar sammen med den uttalte skepsisen mot markedskonsentrasjon til at vurderingen har et sterkt formbasert preg.

Selv om EU-domstolen i British Airways introduserer mer effektbaserte momenter som det dominerende foretakets markedsandel og markedsstrukturen ser en at domstolen først og fremst bygger sin konklusjon på en abstrakt vurdering av karakteristikk ved rabattarrangementet.<sup>49</sup> Det at markedsandelen og markedsstrukturen kun benyttes som støttemoment taler sammen med fraværet av kvantitative momenter som undersøker rabattens økonomiske virkning på konkurransen for at vurderingen ligger nærmest den formbaserte tilnærmingen. Denne forståelsen underbygges av EU-domstolens stadige fremhevelse av uhindret konkurranse som hovedformålet med artikkel 102 TEUV.

Dette standpunktet endres ikke av at det dominerende foretaket i alle tilfeller har muligheten til å gå klar av artikkel 102 TEUV ved å vise at rabatten har en objektiv økonomisk begrunnelse. Manglende utpensling av unntaket, kombinert med at ingen noen gang har vunnet frem med et slikt forsvar styrker synet om at tilnærmingen er sterkt formbasert.

Resultatet er en tilnærming preget av kategorisering og tilhørende presumsjoner, hvor helhetsvurderingen som er forbeholdt kategori-3 rabatter i all hovedsak bygger på en abstrakt vurdering. Misbruk utledes her fra kvalitative momenter knyttet til rabattarrangementets utforming, uten at det foretas en konkret økonomisk effektbasert vurdering av arrangementet.

Konklusjonen er at den tradisjonelle tilnærmingen til rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV er formbasert som følger av sitt fokus på at atferd av karakter er kapabel til å skade konkurransen.

---

<sup>49</sup> Se Sak C-95/04 P, British Airways v. Kommisjonen, avsnitt 74-76.

#### 4. KRITIKKEN MOT DEN TRADISJONELLE TILNÆRMINGEN

De siste tiårene har EU-domstolen sin tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling blitt kritisert for å fokusere for mye på form, og for lite på om den påklagede atferden har ført til faktiske eller sannsynlige konkurransebegrensende effekter på det relevante markedssegmentet.<sup>50</sup>

Selv om denne formbaserte tilnærmingen gir økt forutberegnelighet og reduserte håndhevelseskostnader har kritikerne pekt på at den i alt for stor grad rammer atferd som ikke skader, men til og med har positiv påvirkning på konkurransesituasjonen. Slike Type 1 – feil (falske pådømmelser) vil ikke bare kaste bort konkurransemyndighetenes begrensede ressurser, men kan også skade konkurransen ved at foretak avskrekkes fra å ta i bruk konkurransefremmende forretningsstrategier.<sup>51</sup>

Dessuten har utvidelsen av misbruksbegrepet gjort det stadig vanskeligere å skille mellom legitim konkurranse og ulovlig utestengelse. Dette skyldes at misbruksdefinisjoner som det dominerende foretaks "spesielle ansvar" til ikke å begrense den gjenværende konkurransen, og atferd som ikke er "normal konkurranse", er konkluderende og ikke har noe normativt innhold som gjør det mulig for foretak å forutse om deres atferd utgjør et brudd på artikkel 102 TEUV.<sup>52</sup>

Videre har praksis oppstått pragmatisk gjennom svar på klager til Kommisjonen og påfølgende anker til EU-domstolen. Samtidig har ikke Kommisjonen utarbeidet et generelt rammeverk for misbruksvurderingen, men vurdert tilfellene på en sak-til-sak basis uten noe generelt analytisk rammeverk. Samlet har dette resultert i at en rekke generelle spørsmål har forblitt uopklarte.<sup>53</sup>

Den tradisjonelle formbaserte tilnærmingen har også blitt kritisert for å beskytte konkurrenter på bekostning av konkurransen. Dette har særlig vært tilfelle ved betingede rabatter som lojalitetsrabatter. Selv om det er en konsensus om at lojalitetsrabatter i visse tilfeller kan være

---

<sup>50</sup> Sak T-203/01 Michelin v. Kommisjonen, avsnitt 239; Se også Petit, 2009:485.

<sup>51</sup> Petit, 2009:486.

<sup>52</sup> Sak 322/81 Michelin v. Kommisjonen, avsnitt 87 og Sak 85/76 Hoffman- La Roche v. Kommisjonen, avsnitt 91; Se også Lang, 2009:2; O'Donogue/Padilla, 2013:68 fremhever at usikkerheten vedrørende misbruksbegrepet også skyldes at det kun har vært 70 rapporterte artikkel 102 TEUV avgjørelser på EU-nivå i løpet av 50 år med håndhevelse.

<sup>53</sup> O'Donogue/Padilla, 2013:68

konkurransbegrensende er tilnærmingen hvor slike rabatter blir ansett ulovlig per se kritisert for å frata kundene lavere priser med den begrunnelse at dette vil skade konkurrenter.<sup>54</sup>

Tilnærmingen etter artikkel 102 TEUV har også blitt kritisert for ikke å ta innover seg nyere økonomisk forskning på samme måte som artikkel 101 TEUV og fusjonskontroll-lovgivningen. Kommisjonen har publisert en rekke gruppeunntak og detaljerte retningslinjer for behandlingen av vertikale begrensninger, horisontale samarbeidsavtaler og teknologilicensiering. Det at disse ble forberedt ved omfattende konsultasjon med ledende økonomer reflekterte en klar villighet til å omfavne økonomisk tekning på området for avtaler og fusjoner.<sup>55</sup> Fraværet av et tilsvarende veiledende rammeverk for artikkel 102 TEUV har ført til kritikk om at vurderingen er utdatert.<sup>56</sup>

Dette har dessuten ført til manglende sammenheng mellom Kommisjonens dokumenter under artikkel 101 TEUV og fusjonskontroll, og dens praksis under artikkel 102 TEUV. Dette illustreres blant annet av Veiledningen til vertikale begrensninger under artikkel 101 TEUV. Kommisjonens anerkjenner her at eksklusivitetsavtaler kan ha positiv innvirkning på konkurransen ved at distributører oppfordres til å rette sine kampanjer mot enkeltprodusenter, og gjennom dette forhindres andre firmaer fra å "free ride" på denne produsentens suksess. Det må her foretas en konkret vurdering av nettoeffekten til arrangementet.<sup>57</sup>

Dette står i kontrast til Kommisjonens tradisjonelle tilnærming etter artikkel 102 TEUV som bygger på en streng presumsjon om ulovlighet ved eksklusive handelsavtaler og lojalitetsrabatter. Kommisjonen har ved flere tilfeller under artikkel 102 TEUV avvist konkurransefremmende trekk ved distribusjonsarrangementer som den aksepterte under artikkel 101 TEUV. Selv om tilstedeværelsen av et dominerende foretak påvirker analysen, forklarer ikke dette hvorfor det på forhånd konstateres at konkurransefremmende trekk ved vertikale begrensninger som anerkjennes under artikkel 101 ikke er til stede i en artikkel 102 TEUV-sak. Denne motsetningen kan føre til vilkårlige resultater, og er ikke er tilfredsstillende ut fra hensynet til sammenheng i konkurranselovgivningen.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup>Se blant annet Akman, 20010:605; O'Donogue/Padilla, 2003:68.

<sup>55</sup> Se Kommisjonens regulering nr. 2790/1999, Kommisjonens Veiledning om vertikale hindringer, Kommisjonens Veiledning om anvendelsen av artikkel 81 på horisontale samarbeidsavtaler, Kommisjonens regulering nr. 772/2004, og Kommisjonens Veiledning om anvendelsen av artikkel 81 på teknologi-overføringsavtaler; Se også Lang, 2009:4.

<sup>56</sup> O'Donogue/Padilla, 2013:69.

<sup>57</sup> Ibid.

<sup>58</sup> O'Donogue/Padilla, 2013:423-432.

Samtidig har EU-domstolen blitt kritisert for å bruke et upresist språk som kan ha en avskrekkende effekt på bruk av ufarlige rabatter. Formuleringer som at lojalitetsrabatter er ulovlige hvis de har en "lojalitetsbyggende" eller har "lojalitetsfremmede" effekt er tvetydig. Dersom prisen er lav nok vil den alltid skape "lojalitet" på en lovlig måte ved at den oppfordrer kunden til å handle fra leverandøren som tilbyr best vilkår. Begrepet "lojalitetsfremmende" skiller imidlertid ikke mellom lovlig prisreduksjon og prisreduksjon basert på konkurransebegrensende vilkår. Dette har ført til en rettsstilstand hvor det er vanskelig for dominerende foretak å forutse konsekvensene av sin atferd, noe som igjen kan ha en avskrekkende effekt som går utover den prisen som kundene får.<sup>59</sup>

Endelig har den bevisbaserte analysen av konkurransebegrensende utestengelse vært tynn, og i de fleste tilfeller fremstår den som konkluderende og tendensiøs. I den grad EU-domstolen har gjennomført en analyse har den bestått av en resirkulering av momenter knyttet til foretakets dominerende stilling i markedet slik som markedsandeler, relative markedsandeler, og styrken på merkevaren. En antagelse som går igjen i Kommisjonens og EU-domstolens vurdering er at uavhengig av om konkurrentene har økt sin markedsandel ville de ha gjort det bedre dersom misbruket ikke hadde funnet sted.<sup>60</sup> Denne abstrakte tilnærmingen hvor det fokuseres på arrangementets form har medført en praksis hvor det slås fast at atferd er ulovlig uten at det etableres årsakssammenheng mellom den konkurransebegrensende virkningen og det konkrete arrangementet.

---

<sup>59</sup> Ibid.s.490.

<sup>60</sup> Se deriblant Sak T-203/01 Michelin v. Kommisjonen, avsnitt 241 og Sak C-95/04 P British Airways v. Kommisjonen, avsnitt 298.



## 5. KOMMISSJONENS VEILEDNING

### 5.1 Bakgrunn

Det fremstår som at Kommisjonen hadde tatt kritikken til etterretning når den i 2003 annonserte at den ville sette i gang en gjennomgang av vurderingen etter artikkel 102 TEUV. Revisjonsprosessen kulminerte i Kommisjonens publisering av en Veiledning for vurderingene etter artikkel 102 TEUV.<sup>61</sup>

I kapittel 5.2 gis det en kort redegjørelse av Veiledningens innhold, og i kapittel 5.3 identifiseres det hvilke materielle endringer Veiledningen foreslår. Fremstillingen avgrenses til vurderingen av rabatter som misbruk av dominerende stilling.

### 5.2 Veiledningens innhold

#### 5.2.1 Formål og prioriteringer

Det fremgår av Veiledningens del II at dokumentet ikke utgjør lovgivning, men i stedet er et prioriteringsverktøy for Kommisjonen ved håndhevelsen av artikkel 102 TEUV. Dokumentet utgjør "soft law", og er derfor ikke rettslig bindende for EU-domstolens tolkninger.<sup>62</sup>

Formålet med publiseringen var å styrke foretakenes forutberegnelighet med tanke på hvilken atferd som normalt vil resultere i intervensjon. Dette skulle sikres ved å gjøre rede for det generelle rammeverket som Kommisjonen benytter ved håndhevelsen av artikkel 102 TEUV. Hovedfokuset ved håndhevelsen vil være på atferden som er mest skadelig for forbrukerne.<sup>63</sup>

#### 5.2.2 Generelle prinsipper

Veiledningen del III inneholder innledningsvis en utpensling av hva som gjør et foretak dominerende, og i forlengelsen introduseres et generelt rammeverk for vurderingen av utestengende atferd. Kommisjonen legger opp til en todelt vurdering hvor det først må konstateres en utestengelse, og det deretter må påvises sannsynlighet for at atferden vil ha en negativ innvirkning på forbrukervelferden. Denne analysen vil bestå av både kvalitative, og hvor hensiktsmessig, kvantitative bevis.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings.[Veiledningen]

<sup>62</sup> Veiledningen, avsnitt 3.

<sup>63</sup> Veiledningen, avsnitt 4-6.

<sup>64</sup> Veiledningen, avsnitt 9-18; Se også O'Donogue/Padilla, 2013:79.

Kommisjonen trekker frem den dominerende markedsaktørens stilling på det relevante markedet, forholdene på det relevante markedet, posisjonen til det dominerende foretakets konkurrenter, posisjonen til kunder og råvareprodusenter, omfanget til den angivelig forbudte atferden, bevis på faktisk utestengelse og utestengende strategi som relevante moment i vurderingen.<sup>65</sup> Disse vil sammen med momentene opplistet under de spesifikke misbruksformene utgjøre rammeverket for Kommisjonens analyse. Videre introduseres AEC-testen som en hjørnestein for vurderingen av prisekskluderende atferd.<sup>66</sup>

I del III D stadfestes det dominerende foretakets rett til å rettfærdiggjøre atferden. Kommisjonen går samtidig et steg videre ved å oppstille kumulative vilkår som må være oppfylt for at atferden skal kunne rettfærdiggjøres på grunnlag av effektivitetsgevinster.<sup>67</sup>

I del IV behandles spesifikke former for utestengende atferd. Denne fremstillingen avgrenses til bokstav A ("eksklusiv handel") hvor ulike rabattarrangementer behandles.

### *5.2.3 Spesifikke former for misbruk*

#### a) Eksklusivitetsavtaler

En eksklusiv kjøpsforpliktelse krever at kunden erverver alt eller størsteparten av sitt behov fra det dominerende foretaket. Som konsekvens må sistnevnte kompensere kunden for den tapte konkurransen som resulterer fra eksklusiviteten.<sup>68</sup> Eksistensen av mange kunder vil i kombinasjon med det dominerende foretaks bruk av eksklusivitetsavtaler bidra til en utestengelseeffekt for potensielle konkurrenter til skade for forbrukervelferden.<sup>69</sup>

I vurderingen av den eksklusive kjøpsforpliktelsens konkurransebegrensende kapasitet må en foruten de generelle momentene i avsnitt 20 legge vekt på hvor stor del av markedet som er åpent for konkurranse, og eksklusivitetsforpliktelsen varighet. Dersom det dominerende foretaket er en uunngåelig handelspartner vil selv kortvarige eksklusivitetsforpliktelser kunne ha en utestengelseeffekt.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> Veiledningen, avsnitt 20.

<sup>66</sup> Veiledningen, avsnitt 23-27.

<sup>67</sup> O'Donogue/Padilla, 2013:80 mener dette skyldes at vilkårene i artikkel 101(3) er overført til artikkel 102 TFEU.

<sup>68</sup> F.eks. i form av en rabatt.

<sup>69</sup> Veiledningen, avsnitt 33-35.

<sup>70</sup> Veiledningen, avsnitt 36. Se også O'Donogue/Padilla, 2013:492; Jones/Suffrin, 2016:433.

## b) Betingede rabatter

Betingede rabatter omfatter alle rabatter som belønner kunden for en viss kjøperatferd, og Veiledningen oppstiller et skille mellom retroaktive og inkrementelle rabatter. Den konkrete vurderingen vil også her søke veiledning i de generelle momentene i avsnitt 20. Videre vil sannsynligheten for utestengelseeffekt være størst når det dominerende foretaket er en uunngåelig handelspartner som benytter sin monopolstilling til også å sikre seg markedssegmentet som er åpent for konkurranse.<sup>71</sup>

Samtidig vil retroaktive rabatter ha størst utestengelseeffekt siden kunden risikerer å miste hele rabatten ved å erverve selv mindre kvantum fra konkurrentene. Vurderingen skal knyttes til rabattarrangementet som helhet, og jo større prosentandel rabatten utgjør av den totale kjøpesummen, og jo høyere terskel det opereres med, desto større vil lojalitetsvirkningen være under terskelen. Dette vil igjen øke sannsynligheten for utestengelse av konkurrenter.<sup>72</sup>

Videre vil AEC-testen være sentral i vurderingen av betingede rabatters utestengelseeffekt. AEC – testen går kort fortalt ut på å vurdere om en tenkt konkurrent som er like effektiv som det dominerende foretaket, i form av økonomiske kostnader, er nødt til å stenge som følger av sistnevntes rabattarrangement.<sup>73</sup>

Kommisjonen vil ta utgangspunkt i prisen konkurrenten må tilby for å kompensere kunden for tapet av den betingede rabatten dersom sistnevnte flytter deler av sitt behov ("relevante utvalg") vekk fra det dominerende foretaket. Den effektive prisen som konkurrenten må tilby er den normale listepriisen minus rabatten som kunden mister ved å bytte, beregnet med grunnlag i det aktuelle salgsområdet og den aktuelle tidsperioden.<sup>74</sup>

Det aktuelle salgsområdet vil avhenge av sakens konkrete omstendigheter, og om rabattarrangementet er retroaktivt eller inkrementelt. Dersom den effektive prisen ligger konstant over det dominerende foretakets LRAIC vil rabattarrangementet normalt ikke ha kapasitet til føre til en utestengelseeffekt.<sup>75</sup> Det motsatte vil være tilfelle dersom den

---

<sup>71</sup> Veiledningen, avsnitt 37-39; Se også Rousseva, 2010:390.

<sup>72</sup> Veiledningen, avsnitt 40.

<sup>73</sup> Veiledningen, avsnitt 41 og 23-27.

<sup>74</sup> Ibid.; Se også O'Donogue/Padilla, 2013:492.

<sup>75</sup> LRAIC defineres i avsnitt 26 som langsiktige gjennomsnittlige meromkostninger. Disse inkluderer også spesifikke faste kostnader som er påløpt før perioden hvor det påståtte misbruket fant sted. Bruken av denne målestokken begrunnes med at LRAIC vil være lavere enn Gjennomsnittlig Total Kostnad(GTK) på grunn av de synergieffekter som økt produksjon gir.

effektive prisen ligger under AAC.<sup>76</sup> Ligger derimot den effektive prisen mellom AAC og LRAIC vil Kommisjonen undersøke om konkurrentene har effektive motstrategier.

Videre integreres AEC-testen i en helhetsvurdering, hvor også andre kvalitative og kvantitative momenter inngår. Samtidig vil den lojalitetsfremmende effekten avhenge av om rabattordningen bygger på en individuelt eller standardisert terskel. Ved en individuell terskel kan det dominerende foretaket sette terskelen så høyt at det blir særlig vanskelig for kunden å bytte leverandør. Rabatten vil dermed kunne gi forskjellige insentiver for ulike kunder.<sup>77</sup>

Avslutningsvis fremheves det at forutsatt at det konstateres at rabattarrangementet har en utestengelseeffekt vil det dominerende foretaket ha mulighet til å rettferdiggjøre sin atferd.<sup>78</sup>

### **5.3 Hvilke materielle endringer legger Veiledningen opp til?**

Veiledningens fremhevelse av forbrukervelferden som hovedformålet med artikkel 102 TEUV skiller seg fra tidligere rettspraksis hvor konkurranseprosessen i seg selv har vært hovedformålet. Dette taler for at Veiledningen innebærer en bevegelse mot en mer økonomisk virkningsbasert analyse av atferdens innvirkning på forbrukervelferden.<sup>79</sup>

Denne forståelsen underbygges av at anvendelsen av de generelle håndhevelsesprinsippene avhenger av sakens konkrete omstendigheter.<sup>80</sup> Det fremheves dessuten at ved vurderingen av om det foreligger ekskluderende atferd som har kapasitet til å føre til en utestengelseeffekt må det foretas konkret vurdering bestående av både kvalitative og kvantitative moment.<sup>81</sup>

Dessuten går Veiledningen et steg videre sammenlignet med tidligere praksis når den spesifiserer hvilke moment som inngår i vurderingen, og deres relative vekt.<sup>82</sup> Dette tilsier at alle rabattarrangement må underlegges en helhetlig vurdering, hvor både kvalitative og kvantitative momenter inngår, for å fastslå det konkrete rabattarrangementets kapasitet til å skade forbrukervelferden. Dette taler for at Kommisjonen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til artikkel 102 TEUV.<sup>83</sup>

---

<sup>76</sup> AAC defineres i avsnitt 26 som gjennomsnittlige uunngåelige kostnader.

<sup>77</sup> Veiledningen, avsnitt 45; Se også Rouseva, 2010:393.

<sup>78</sup> Veiledningen avsnitt 46.

<sup>79</sup> Se også O'Donogue/Padilla, 2013: 272-273; Jessen, 2016:82; Rouseva, 2010:365 mener Kommisjonen ved dette har harmonisert tilnærmingen under artikkel 101 og 102 TEUV.

<sup>80</sup> Veiledningen, avsnitt 8

<sup>81</sup> Veiledningen, avsnitt 19.

<sup>82</sup> Veiledningen, avsnitt 20.

<sup>83</sup> Se også O'Donogue/Padilla, 2013:500-501.

På den annen side knytter momentene i avsnitt 20 seg til utformingen til rabattarrangementet og markedsstrukturen i det enkelte tilfellet. Det er med andre ord ikke momenter som bygger på moderne økonomisk tenkning, men må i stedet betraktes som kvalitative sjekklstefaktorer som tradisjonelt har vært benyttet under den formbaserte tilnærmingen. Dette taler mot at Kommisjonen beveger seg mot en fullstendig virkningsbasert tilnærming.<sup>84</sup>

Videre behandles eksklusivitetsrabatter og lojalitetsfremmende rabattarrangementer under samlebetegnelsen "eksklusiv handel".<sup>85</sup> Veiledningen fremhever at det skal foretas en konkret vurdering av eksklusivitetsrabatter, og foruten momentene i avsnitt 20 skal det legges vekt på hvor stor del av kundens behov som konkurrentene har mulighet til å konkurrere om, og det må trekkes inn kvantitative bevis der det er mulig.<sup>86</sup>

Dette skiller seg fra den formbaserte tilnærmingen hvor rabattarrangementets konkurransebegrensende kapasitet har blitt utledet fra selve eksklusivitetsforpliktelsen. Veiledningen medfører altså en fravikelse av oppfatningen om at eksklusivitetsrabatter utgjør et misbruk per se,<sup>87</sup> til fordel for en effektbasert vurdering av om det konkrete rabattarrangementet, hvor både kvalitative og kvantitative momenter vil inngå.<sup>88</sup>

Når det gjelder vurderingen av det som tradisjonelt har vært omtalt som lojalitetsfremmende rabatter stadfestes skillet mellom retroaktive og inkrementelle terskelrabatter. Samtidig klargjør Veiledningen at også inkrementelle terskelrabatter kan utgjøre et misbruk.<sup>89</sup>

Selv om Kommisjonen fremhever at de kvalitative momentene i avsnitt 20 vil være sentrale i vurderingen, går den samtidig et steg videre når den viser til at AEC-testen skal integreres i helhetsvurderingen av rabattarrangementets konkurransebegrensende kapasitet.<sup>90</sup> Introduksjonen av en kvantitativ test i vurderingen viser at håndhevelsesarbeidet i større grad tar opp i seg økonomisk tenkning. Dette tilsier at Veiledningen er et stort steg i retning av en mer effektbasert vurdering av rabatter som misbruk av dominerende stilling.

---

<sup>84</sup> Se også Petit, 2009:12.

<sup>85</sup> Veiledningen, avsnitt 32

<sup>86</sup> Tilsvarende legges til grunn i Rousseva, 2010:389

<sup>87</sup> Dette er også akseptert av Kommisjonen. Gyselen (daværende senior tjenesteperson i DG-Konkurranse) innrømmet at "Kommisjonen har fulgt en forholdsvis per se misbrukstilnærming til lojalitetsrabatter".

<sup>88</sup> Veiledningen, avsnitt 19; Se også Rousseva, 2010:391-392 som mener at Kommisjonens analyse er en nyvinning som ikke bygger på tidligere presedenser, tidligere erfaring eller modeller utviklet i relevant litteratur.

<sup>89</sup> Veiledningen, avsnitt 45; Se også Rousseva, 2010: 394.

<sup>90</sup> Se Veiledningen, avsnitt 23-27.

På den annen side taler uttalelsene i avsnitt 41 sett i sammenheng med 44 for at AEC-testen kun er en nødvendig komponent i analysen dersom det er hensiktsmessig ut fra sakens konkrete omstendigheter. Det at konstatering av misbruk ikke nødvendiggjør et positivt svar på AEC-testen i alle tilfeller, reduserer bevegelsen mot en ren virkningsbasert tilnærming.<sup>91</sup>

Dessuten stadfester og utpensler Kommisjonen det dominerende foretakets mulighet til objektivt å rettferdiggjøre rabattarrangementet basert på effektivitetsgevinster. Det oppstilles her krav om både formåls- og forholdsmessighet. Sammen med innføringen av kumulative vilkår for rettferdiggjøring på grunnlag av effektivitetsgevinster trekker dette vurderingen mot den virkningsbaserte enden av skalaen.

På den annen side svekkes dette av at selve grunnlaget for anvendelsen (trusselen mot effektiv konkurranse) og et av de kumulative vilkårene oppstilt i Veiledningen (kravet om at effektiv konkurranse består på markedet) fremstår som gjensidig utelukkende. Dette tilsier at effektivitetsforsvar bare kan lykkes når rabatten gis av et foretak med relativ svak dominerende posisjon, eller i grensetilfeller hvor det konstateres misbruk, men bevisene for konkurransebegrensende atferd ikke er fullstendig overbevisende.<sup>92</sup>

Samlet innebærer Veiledningen en nedbrytning av den tradisjonelle tredelingen. Det at alle rabattarrangement må underlegges en helhetsvurdering bestående av både kvalitative og kvantitative moment tilsier at Kommisjonen tar et stort steg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.

Likevel taler fokuset på kvalitative momenter knyttet til markedsstrukturen, de mange reservasjonene, og manglende spesifisering av hvilke kvantitative momenter foruten AEC-testen som vil være relevante i helhetsvurderingen for at Kommisjonen ikke har vært villig til å vedta en ren virkningsbasert tilnærming. Dette underbygges av at ingen av momentene knytter seg til skade på forbrukervelferden selv om dette er Veiledningens uttalte hovedformål.

Resultatet er at Veiledningen er en hybrid mellom den tradisjonelle formbaserte og den rent økonomisk virkningsbaserte tilnærmingen.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Se også Veiledningen, avsnitt 23.

<sup>92</sup> Se også Rousseva, 2010:383-384; Akman, 2010:621.

<sup>93</sup> Se også Lang, 2009:12.

## 6. EU DOMSTOLENS AVGJØRELSER I KJØLVANNET AV VEILEDNINGEN

### 6.1 Underrettens avgjørelse i Intel-saken: tilbake til start?

Selv om Veiledningen var anført uten suksess i Tomra, var det stor spenning knyttet til Underrettens avgjørelse i Intel etter at Kommisjonen hadde benyttet AEC-testen til å underbygge sin misbrukskonklusjon.<sup>94</sup> Spørsmålet i saken var om Intels bruk av lojalitetsbonuser ved salg av mikroprosessorer, og betalinger til leverandører for å forsinke eller hindre lansering av produkter som inneholdt AMDs x86 mikroprosessorer var et misbruk etter artikkel 102 TEUV.<sup>95</sup>

Underretten opprettholdt med grunnlag i tidligere rettspraksis tredelingen mellom kvantumsrabatter, eksklusivitetsrabatter og lojalitetsfremmende rabatter. Videre sluttet Underretten seg til Kommisjonens fremstilling om at Intel hadde operert med eksklusivitetsrabatter.<sup>96</sup>

I forlengelsen slo Underretten fast, med grunnlag i Hoffman- La Roche at: "(...) it is only in the case of rebates falling within the third category that it is necessary to assess all the circumstances, and not in the case of exclusivity rebates falling within the second category."<sup>97</sup>

Uttalelsen må tas til inntekt for at Underretten forbeholder helhetsvurderingen for lojalitetsfremmende rabatter. Domstolen utelukker dermed relevansen til kvalitative momenter som det dominerende foretakets markedsandel og markedsstrukturen som åpner for en mer effektbasert vurdering. I stedet opprettholdes en per se forbudsregel hvor det sentrale vil være å identifisere eksklusivitetsforpliktelsen, i tråd med en ren formbasert tilnærming.<sup>98</sup>

Dette ble av Underretten begrunnet med at:

The capability of tying customers to the undertaking in a dominant position is inherent in exclusivity rebates. The grant by an undertaking in a dominant position of a rebate in consideration of a customer's obtaining all or most of its requirements implies that the

---

<sup>94</sup> Sak C-549/10 P Tomra v. Kommisjonen; Se også Generaladvokat Kokott sin rådgivende uttalelse i Sak-C-95/04 P, British Airways v. Kommisjonen, avsnitt 28 som illustrerer EU-domstolen motstand mot å bevege seg i retning av Veiledningens mer virkningsbaserte tilnærming.

<sup>95</sup> Sak T- 286/09, Intel v. Kommisjonen

<sup>96</sup> Intel, avsnitt 74-78 og 108.

<sup>97</sup> Ibid. avsnitt 84.

<sup>98</sup> Ibid. avsnitt 80-81 og 103; Se også Venegas, 2017:193.

undertaking in a dominant position grants a financial advantage designed to prevent customers from obtaining their supplies from competing producers.<sup>99</sup>

A financial incentive granted by an undertaking in a dominant position in order to induce a customer not to obtain, in respect of the part of its requirements concerned by the exclusivity condition, supplies from its competitors is by its very nature capable of making access to the market more difficult for those competitors.<sup>100</sup>

Uttalelsene tilsier at Underretten bygger sin misbrukskonklusjon på at eksklusivitetsrabatter ikke kan ha noe annet saklig formål enn å begrense konkurransen. Eksklusivitetsrabatter vil derfor av natur føre til en konkurransebegrensende lojalitetseffekt. Dette synet om at atferden av karakter er konkurransebegrensende er i tråd med den formbaserte tilnærmingen.

Dette underbygges av at Underretten begrunnet synet om at eksklusivitetsforpliktelsen utgjør et uakseptabelt hinder for markedstilgangen med at det dominerende foretaket gjennom sin sterke økonomiske posisjon har et spesielt ansvar til å avstå fra konkurransebegrensende atferd.<sup>101</sup> Denne fiendtlige innstillingen til markedskonsentrasjon samsvarer med det ordoliberal tankegodset som ligger til grunn for den formbaserte tilnærmingen.

Videre stadfestet Underretten uttalelsene i British Airways om at en dominerende aktør ofte utgjør en uunngåelig handelspartner ved at den leverer produkter som det ikke eksisterer noen tilfredsstillende erstatning for. Konkurrentene kan derfor bare konkurrere om den markedsandelen som overstiger markedssegmentet som er stengt for konkurranse. Konsekvensen er at dersom kunden ikke overholder vilkåret om eksklusivitet risikerer den å miste hele eksklusivitetsrabatten.<sup>102</sup>

Dette fører ifølge Underretten til at konkurrentene til det dominerende foretaket:

In order to submit an attractive offer, it is not sufficient (...) to offer attractive conditions for the units that that competitor can itself supply to the customer; it must also offer that customer compensation for the loss of the exclusivity rebate. (...) Thus, the grant of an exclusivity rebate by an unavoidable trading partner makes it structurally more difficult for a competitor to submit an offer at an attractive price and thus gain access to the market. The grant of exclusivity rebates enables the undertaking in a dominant position to use its economic power on the non-contestable share of the demand of the customer as leverage to

---

<sup>99</sup> Intel, avsnitt 86.

<sup>100</sup> Ibid. avsnitt 88.

<sup>101</sup> Ibid. avsnitt 89-90

<sup>102</sup> Ibid. avsnitt 91-92



secure also the contestable share, thus making access to the market more difficult for a competitor.<sup>103</sup>

Uttalelsene må tas til inntekt for at eksklusivitetsrabatten har en bindingseffekt ved at det dominerende foretaket benytter den økonomiske makten som følger av sin monopolstilling til å sikre seg markedsandelen som er åpen for konkurranse.<sup>104</sup> Dette er konkurransebegrensende fordi konkurrentene må kompensere for hele rabatten. Det at Underretten fokuserer på selve eksklusivitetsforpliktelsen, og ikke foretar en konkret vurdering av arrangementets effekt på konkurransen tilsier at domstolen er lojal mot den tradisjonelle formbaserte tilnærmingen.<sup>105</sup>

Dette må imidlertid ses i sammenheng med Underrettens stadfestelse av det dominerende foretakets mulighet til å rettferdiggjøre rabattarrangementet ved å vise at det var objektivt nødvendig, eller at det fører til effektivitetsgevinster som også fremmer forbrukervelferden.<sup>106</sup>

Resultatet er en modifisert per se tilnærming til eksklusivitetsrabatter, men tatt i betraktning at tidligere praksis viser at det er svært vanskelig for det dominerende foretaket å vinne frem med et slikt forsvar fremstår forbudet som ganske absolutt.<sup>107</sup>

Denne forståelsen underbygges av Underrettens konkrete vurdering, og dens avvisning AEC-testens relevans både i relasjon til eksklusivitetsrabatter og lojalitetsfremmende rabatter.<sup>108</sup>

For det første fremhevet Underretten at det i tidligere praksis kun er et krav om at konkurrentenes markedstilgang er vanskeliggjort for å konstatere utestengelseeffekt, og AEC-testen er uegnet fordi:<sup>109</sup>

a positive result means only that an as-efficient competitor is able to cover its costs(...)That does not however mean that there is no foreclosure effect. The mechanism of the exclusivity rebates (...) is still capable of making access to the market more difficult for competitors of the undertaking in a dominant position, even if that access is not economically impossible.

---

<sup>103</sup> Ibid. avsnitt 93 og 103.

<sup>104</sup> Petit, 2014:10 karakteriserer dette som en "løftestangeffekt". Eksklusivitetsrabatten fungerer som en løftestang som bidrar til at det dominerende foretaket også sikrer seg omsetningen på det markedssegmentet som er åpent for konkurranse.

<sup>105</sup> Se også Nihoul, 2014:207; Se til sammenligning Wils, 2014:424 som mener Underrettens tilnærming er effektbasert fordi den vurderer eksklusivitetsforpliktelsens påvirkning på EU-traktatens hovedformål om å sikre uhindret konkurranse.

<sup>106</sup> Intel, avsnitt 94.

<sup>107</sup> Se også Petit, 2014:10.

<sup>108</sup> Intel, avsnitt 143-144 hvor Underretten med grunnlag i Tomra avsnitt 79 slo fast at det er tilstrekkelig å demonstrere eksistensen av en lojalitetsmekanisme for å etablere sannsynlig konkurransebegrensende effekt.

<sup>109</sup> Sak C-52/09, TeliaSonera, avsnitt 63.

Uttalelsen tilsier at konstatering av misbruk ikke nødvendiggjør et positivt resultat av AEC-testen fordi den ikke utelukker utestengelseeffekt. Derimot innebærer den bindingseffekten som oppstår når et dominerende foretak benytter eksklusivitetsrabatter som også omfatter markedssegmentet som er stengt for konkurranse at rabatten allerede av natur har en konkurransebegrensende kapasitet.<sup>110</sup> Det er derfor ikke nødvendig å gjennomføre en kostnadsbasert test for å konstatere misbruk under artikkel 102 TEUV. Underrettens fokus på rabattarrangementets karakter er i samsvar med den formbaserte tilnærmingen.<sup>111</sup>

For det andre viste Underretten til at:

The fact that the Article 82 Guidance was published before the adoption of the contested decision does not mean that it was applicable. The fact that the Commission provides indications on the enforcement priorities that will guide its action in the future cannot oblige it to reconsider whether it deal with a case as a priority that it had already decided to deal with (...).<sup>112</sup>

Underretten avviste altså at Kommisjonen var forpliktet til å benytte AEC-testen fordi saken var innledet før Veiledningens publisering. Det at Kommisjonen valgte å gjennomføre AEC-testen for å underbygge sin misbrukskonklusjon endret ikke dette når det fremgikk klart av premissene at dette ble gjort for fullstendighetens skyld. Underretten fant det derfor ikke nødvendig å ta stilling til Intels innsigelser vedrørende Kommisjonens utførelse av AEC-testen, men valgte i stedet å stadfeste synet om at eksklusivitetsrabatter utgjør et per se misbruk etter artikkel 102 TEUV.<sup>113</sup>

På den annen side kan Underrettens uttalelser forstås som at Kommisjonen vil være forpliktet til å følge Veiledningen i saker som innledes etter publiseringen.<sup>114</sup> Dette taler for at Underretten åpner for en mer effektbasert tilnærming til eksklusivitetsrabatter i framtiden.

Denne forståelsen er imidlertid lite koherent med Underrettens avvisning av behovet for å ta stilling til de konkrete virkningene av eksklusivitetsrabatten, og den videre avvisningen av AEC-testens relevans. Samlet tilsier dette at avgjørelsen avviser hele fremgangsmåten i Veiledningen, og at Underretten i stedet er lojal mot den formbaserte tilnærmingen.

---

<sup>110</sup> Intel, avsnitt 149-153

<sup>111</sup> Tilsvarende legges til grunn av Venit, 2014:207; Rey/Venit, 2015:9.

<sup>112</sup> Intel, avsnitt 155-157.

<sup>113</sup> Ibid. avsnitt 158-159.

<sup>114</sup> Ibid. avsnitt 154-156.

Etter en samlet vurdering fremstår avgjørelsen som lojal mot den tradisjonelle formbaserte tilnærmingen. Dette skyldes særlig at Underretten for første gang stadfestet tredelingen av rabatter eksplisitt, og at den i forlengelsen avviste behovet for å foreta en helhetsvurdering for å konstatere at eksklusivitetsrabatter utgjør misbruk etter artikkel 102 TEUV.<sup>115</sup>

I stedet for å bevege seg i retning av en effektbasert vurdering fastholder Underretten at eksklusivitetsrabatter av natur vil ha en konkurransebegrensende kapasitet som følger av den bindingseffekten som oppstår når en uunngåelig handelspartner bruker sin økonomiske makt til å begrense konkurrenters markedstilgang. Det er derfor ikke nødvendig å bevise at det konkrete rabattarrangementet har en negativ innvirkning på konkurransen, eller å etablere en årsakssammenheng mellom effekten og eksklusivitetsrabatten.<sup>116</sup>

Selv om Underretten stadfester det dominerende foretakets mulighet til å gå klar av forbudet i artikkel 102 TEUV ved objektivt å rettferdiggjøre rabattarrangementet viser tidligere praksis at terskelen for å finne frem med et slikt forsvar er svært høy.<sup>117</sup>

Resultatet er at Underretten opprettholder et per se forbudet mot eksklusivitetsrabatter. Dette underbygges av at domstolen avviste behovet for å trekke inn kvantitative momenter for å bevise det konkrete rabattarrangementets konkurransebegrensende kapasitet, og i stedet utelukkende utledet misbrukskonklusjonen fra eksklusivitetsforpliktelsen.<sup>118</sup>

Dette må imidlertid ses i sammenheng med at avgjørelsen er sterkt kritisert i juridisk teori. Petit mener Underrettens henvisninger til tidligere rettspraksis er tvilsom, inkonsekvent og selvmotsigende, og følger en tilnærming hvor presedens blir avvist når de er til gunst for saksøkte, og opprettholdt når de støtter saksøktes posisjon. Han mener alle selvmotsigelsene gjør at avgjørelsen må ignoreres for misbruksvurderingen etter 2009.<sup>119</sup>

Videre viser Petit til at enkelte av Underrettens uttalelser er påfallende like Veiledningen selv om førstnevnte avviste dens relevans i saken. Han fremhever at ordlyden i avsnitt 92-93

---

<sup>115</sup> Se til sammenligning Petit, 2014:16-34 som mener uttalelsene i avsnitt 103 vedrørende en uunngåelig handelspartners bruk av monopolstillingen som innflytelse til å sikre seg den markedsandelen som er åpen for konkurranse må forstås som en innsnevring av per se forbudsregelen. Rabattarrangementer som ikke bygger på en slik løftestangseffekt må som kategori-3 rabatter vurderes i lys av alle relevante omstendigheter.

<sup>116</sup> Tilsvarende legges til grunn i Wils, 2014:406.

<sup>117</sup> Per dags dato har ikke noe foretak vunnet frem med et slikt forsvar.

<sup>118</sup> Tilsvarende legges til grunn av Venit, 2014:207; Peepkorn, 2015:44; Nihoul, 2014:530.

<sup>119</sup> Petit, 2014:21 viser deriblant til at Underretten først avviste Intels benyttelse av Post Danmark I til å oppstille en plikt til å foreta en helhetsvurdering fordi denne avgjørelsen omhandlet priseksklusjon, men at samme avgjørelse senere benyttes i avsnitt 94 for å konstatere at eksklusivitetsrabatter kan reddes dersom de kan objektivt rettferdiggjøres..

nærmest er identisk med Veiledningens behandling av rabatter. Slik som Veiledningen tilnærmet seg rabatter som "eksklusive kjøpsopsjoner", omtaler Underretten det som "eksklusivitetsrabatter". Likheten er også slående mellom Veiledningens omtalelse av problemet som "konkurransbegrensende innflytelse", og Underrettens uttalelser om at "den dominerende markedsaktøren benytter sin økonomiske makt(...)som innflytelse".<sup>120</sup>

Videre argumenterer Rey/Venit for at Underrettens analyse i avsnitt 92-93, hvor domstolen fokuserer på de strukturelle effektene som oppstår når en uunngåelig handelspartner benytter sin økonomiske makt som innflytelse til å sikre seg markedsandelen som er åpen for konkurranse, er bygget på samme lest som AEC-testen som Underretten senere avviser relevansen til. Denne fremgangsmåten blir imidlertid begravd av det tradisjonelle mantraet om at når dominans er konstatert har konkurransen per definisjon allerede blitt så skadet at ingen flere begrensninger kan tolereres.<sup>121</sup>

Selv om kritikken bidrar til å svekke avgjørelsens prejudikatsvirkning fremstår Underrettens tilnærming som lojal mot tidligere praksis. Dette skyldes særlig Underretten eksplisitte avvisning av behovet for å foreta en konkret helhetsvurdering av eksklusivitetsrabatten til fordel for en abstrakt vurdering hvor misbruk utledes fra eksklusivitetsforpliktelsen.

Basert på Underrettens avgjørelse i Intel er eksklusivitetsrabatter underlagt et modifisert per se forbud i samsvar med den rent formbaserte tilnærmingen.

## **6.2 Post- Danmark II: en nedbrytning av den tradisjonelle tredelingen?**

Den neste muligheten EU- domstolen fikk til å bevege seg i retning av den mer effektbaserte tilnærmingen skissert i Veiledningen kom i Post – Danmark II. Saken omhandlet et betinget og tilbakevirkende rabattarrangement som verken var individualisert eller knyttet til en eksklusivitetsforpliktelse.

I den videre fremstillingen vil studien først vurdere om den tradisjonelle tredelingen videreføres, før den deretter tar stilling til om avgjørelsen bidro til en utvikling av EU-domstolens tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter.

---

<sup>120</sup> Ibid. s.13.

<sup>121</sup> Rey/Venit, 2015:11.

I utpenslingen av det generelle vurderingstemaet startet domstolen med å stadfeste den generelle definisjonen av ekskluderende misbruk<sup>122</sup>, før den viste til at:

(... )in contrast to a quantity discount linked solely to the volume of purchases from the manufacturer concerned, which is not, in principle, liable to infringe Article 82 EC, a loyalty rebate, which by offering customers financial advantages tends to prevent them from obtaining all or most of their requirements from competing manufacturers, amounts to an abuse within the meaning of that provision.<sup>123</sup>

Det at EU-domstolen ikke stadfestet tredelingen eksplisitt slik som Underretten i Intel, men kun viser til kvantums- og lojalitetsrabatter taler for at den tradisjonelle tredelingen svekkes.<sup>124</sup>

Denne forståelsen må likevel ses i sammenheng med at EU-domstolen i forlengelsen fant at rabattarrangementet verken kunne klassifiseres som en kvantums- eller lojalitetsrabatt, og at misbruksvurderingen derfor måtte foretas i lys av alle relevante omstendigheter.<sup>125</sup> Domstolens forankring av vurderingstemaet i BA avsnitt 67 må tas til inntekt for at det også her var tale om en kategori-3 rabatt. Dette taler med styrke for at den tradisjonelle tredelingen opprettholdes.<sup>126</sup>

På den annen side tar EU-domstolen en spesiell vending i avsnitt 68:

the assessment of whether a rebate scheme is capable of restricting competition must be carried out in the light of all relevant circumstances, including the rules and criteria governing the grant of the rebates, the number of customers concerned and the characteristics of the market on which the dominant undertaking operates.

Uttalelsens generelle karakter taler for at domstolen bryter ned den tradisjonelle tredelingen, og beveger seg i retning av en mer helhetlig og effektbasert vurdering av rabatter som misbruk av dominerende stilling.

På den annen side må uttalelsene ses i sammenheng med at det i spørsmålsstillingen vises til "rabattarrangementer som har de karakteristikkene som referert til i henvisningen". EU-domstolens tilslutning til BA avsnitt 67 må tas til inntekt for at en også her står overfor en kategori-3 rabatt med den konsekvens at uttalelsen kun er en videreføring av den tradisjonelle tredelingen.

---

<sup>122</sup> Sak C-23/14 Post Danmark II, avsnitt 26

<sup>123</sup> Ibid. avsnitt 27

<sup>124</sup> Sak T- 286/09 Intel v. Kommisjonen, avsnitt 75-78; Post Danmark II, avsnitt 26

<sup>125</sup> Post Danmark II, avsnitt 28-29

<sup>126</sup> Sak C-95/04 P, British Airways v. Kommisjonen omhandlet lojalitetsfremmende rabatter (kategori 3).

Etter en samlet vurdering, hvor det må legges avgjørende vekt på EU-domstolen tilslutning til British Airways, er konklusjonen den tradisjonelle tredelingen opprettholdes.

Videre er spørsmålet om EU-domstolen beveger i setning av en mer virkningsbasert tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter.

På den ene siden slutter EU-domstolen seg til BA avsnitt 67 om at misbruksvurderingen måtte foretas lys av alle relevante omstendigheter, hvor særlig vilkår og regler for tildelingen av rabatten skal vektlegges. Dette fokuset på kvalitative momenter knyttet til rabattarrangementets design, uten å konstatere et behov for å vurdere rabattarrangementets virkning på konkurransen, taler for at domstolen viderefører en formalistisk tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter.

På den annen side synes EU-domstolen å gå et steg videre når den viste til at: "(...) it is also necessary to take into account, in examining all the relevant circumstances, the extent of Post Danmark's dominant position and the particular conditions of competition prevailing on the relevant market."<sup>127</sup>

Uttalelsen tilsier at EU-domstolen legger opp til en todelt vurdering, hvor en først ser på karakteristikk ved selve rabattarrangementet, og deretter vurderer dette opp mot graden av dominans og de konkrete markedsforholdene. Fokuset på graden av dominans og markedsforholdene tilsier at det må foretas en vurdering av rabattarrangementets effekt på konkurransen, og taler for at domstolen beveger seg mot en mer virkningsbasert tilnærming.<sup>128</sup>

Når det gjelder rabattarrangementets utforming la EU-domstolen vekt på at rabatten ble tildelt retroaktivt og kalkulert på det samlede innkjøpet i en lang referanseperiode (ett år). Dette førte i samsvar med uttalelsene i BA avsnitt 73 til en situasjon hvor selv mindre salgsendringer kunne få uforholdsmessige konsekvenser for kundene ved at de risikerte å miste hele rabatten. Dette skapte en "sugeeffekt" som ble forsterket av at rabatten også omfattet markedssegmentet som var stengt for konkurranse. Post-Danmark brukte dermed den økonomiske makten som fulgte av monopolstillingen som en løftestang til å sikre markedssegmentet som var åpent for konkurranse.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Ibid. avsnitt 30.

<sup>128</sup> Se også Colomo, 2016:113.

<sup>129</sup> Post Danmark II, avsnitt 32-38.

Dette ble deretter vurdert opp mot graden av dominans og de konkrete markedsforholdene. EU-domstolen la her vekt på at Post Danmark hadde en 95 % markedsandel, og en rekke strukturelle fordeler gjennom at selskapet kunne benytte samme distribusjonsnettverk som sin monopolvirksomhet. Dette reduserte de faste utgiftene, og gav selskapet en unik geografisk dekning sammenlignet med potensielle konkurrenter. Resultatet var et marked preget av "economies of scale" og høye inngangskostnader som gjorde det vanskelig for konkurrenter å etablere seg.<sup>130</sup>

I forlengelsen viste EU-domstolen til at konkurrentenes markedstilgang ble ytterligere hindret av at Post-Danmark utgjorde en uunngåelig handelspartner. Dette gjorde det særlig vanskelig for konkurrentene å utby førstnevnte, og bidro samlet til å underbygge konklusjonen om at konkurransen på markedet allerede var begrenset.<sup>131</sup>

Dette fokuset på markedsstrukturen og det dominerende foretakets marksandel tilsier at misbruksvurderingen beveger seg fra utelukkende å fokusere på rabattarrangementets utforming til å nødvendiggjøre en effektiv vurdering av det konkrete rabattarrangementet. Selv om vurderingene fremstår som kvalitative taler utpenslingen av momentene introdusert i BA avsnitt 74-76 for at domstolen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter.

Denne forståelsen underbygges av EU-domstolen viser til at: "the fact that a rebate scheme (...) covers the majority of customers on the market may constitute a useful indication as to the extent of that practice and its impact on the market, which may bear out the likelihood of an anticompetitive exclusionary effect."<sup>132</sup>

Uttalelsen kan tas til inntekt for at EU-domstolen innfører antall kunder som dekkes av rabattarrangementet som et moment i vurderingen av rabattarrangementets sannsynlige utestengelseeffekt. Innføringen av dette kvantitative momentet taler for at domstolen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Samtidig innsnevrer EU-domstolen definisjonen av kvantumsrabatter ved å innføre et krav om at disse må være basert på kostnadsbesparelser knyttet til individuelle ordre.<sup>133</sup> Dette fører til

---

<sup>130</sup> Ibid. avsnitt 39.

<sup>131</sup> Ibid. avsnitt 40-41.

<sup>132</sup> Ibid. avsnitt 46.

<sup>133</sup> Ibid. avsnitt 27-28; Se til sammenligning Sak 85/76 Hoffman- La Roche v. Kommisjonen hvor det ikke ble oppstilt krav om at kostnadsbesparelsen var knyttet til individuelle ordrer.

at større deler av praksisen som standardiserte rabatter faller utenfor presumsjonen om lovlighet. Disse må i stedet vurderes som en kategori-3 rabatt, og underlegges en helhetsvurdering som åpner for en mer effektbasert tilnærming.

På den annen side ser en at EU-domstolen etter å ha konstatert misbruk, i tråd med tidligere praksis, går videre til å vurdere om arrangementet likevel kan rettferdiggjøres på grunnlag av effektivitetsgevinster.<sup>134</sup> Det at det her legges opp til en abstrakt vurdering hvor rabattarrangementet ikke vurderes i lys av markeds konteksten trekker avgjørelsen i retning av den formbaserte tilnærmingen.

Selv om EU-domstolen oppstiller et krav om å vurdere rabattarrangementets påvirkning på markedsforholdene har det vært uklart hvilken test som skal benyttes, hvor inngående markedsanalysen skal være, og om testen er formalistisk eller effektbasert.<sup>135</sup>

I den forbindelse tar EU-domstolen stilling til AEC- testens relevans:

(...) the as-efficient-competitor test does not constitute a necessary condition for a finding to the effect that a rebate scheme is abusive under Article 82 EC. [It] must be regarded as one tool amongst others for the purposes of assessing whether there is an abuse of a dominant position in the context of a rebate scheme.<sup>136</sup>

Uttalelsen må tas til inntekt for at konstatering av misbruk ikke nødvendiggjør et positivt resultat av AEC-testen.<sup>137</sup> Det at EU-domstolen avviser behovet for en kvantitativ analyse av det konkrete rabattarrangementets effekt på konkurransen taler mot at den beveger seg i retning av en ren virkningsbasert tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter.

Dette må imidlertid ses i sammenheng med at AEC-testen ble ansett å ha liten relevans i den konkrete saken fordi Post-Danmarks store markedsandel og de høye etableringskostnadene umuliggjorde tilstedeværelsen av en like effektiv konkurrent.<sup>138</sup> Denne fremgangsmåten samsvarer med Veiledningen hvor AEC-testen kan fravikes som følge av de konkrete markedsforholdene.<sup>139</sup>

---

<sup>134</sup> Post Danmark II, avsnitt 49.

<sup>135</sup> Toth, 2015:272.

<sup>136</sup> Post Danmark II, avsnitt 61-62.

<sup>137</sup> Dette var i samsvar med Generaladvokat Kokotts rådgitende uttalelse som i avsnitt 60-75 kom med flengende kritikk mot AEC-testens reliabilitet.

<sup>138</sup> Post Danmark II, avsnitt 59

<sup>139</sup> Veiledningen, avsnitt 23-24.



I stedet utleder EU-domstolen den lojalitetsfremmende effekten fra kvalitative faktorer. Dette inkluderer størrelsen på markedssegmentet som er åpent for konkurranse, om rabattarrangementet er inkrementelt eller retroaktivt, og hvordan rabattarrangementets utforming bidrar til en "sugeeffekt" som forsterkes av at rabattarrangementet også knyttes til markedssegmentet som er stengt for konkurranse.<sup>140</sup> Dette fokuset på selve utformingen til rabattarrangementet taler for at vurderingen er i tråd med den formbaserte tilnærmingen.<sup>141</sup>

På den annen side må dette ses i sammenheng med fremhevelsen av momenter som antall kunder påvirket av rabattarrangementet, de konkrete markedsforholdene, og graden av dominans. Det at alle disse momentene legger opp til en effektvurdering taler for at EU-domstolen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter. Denne forståelsen forsterkes av domstolens fremhevelse av forbrukervelferd som et overordnet hensyn ved håndhevelsen av artikkel 102 TEUV.<sup>142</sup>

Dette svekkes imidlertid av at EU-domstolen i vurderingen av markedseffektene i all hovedsak utleder faktorer som hindringer for inngang/ekspansjon, muligheten til å velge andre forsyningskilder, og påvirkningen på konkurransen fra det dominerende foretakets spesielle ansvar, uten at det foretas en konkret vurdering av rabattens effekt på konkurransen.<sup>143</sup> Dette tilsier at domstolen fokuserer på den konkurransebegrensende karakteren til rabattarrangementet framfor den konkrete effekten, i tråd med den formbaserte tilnærmingen.<sup>144</sup>

Dette underbygges av EU-domstolens avvisning av en *de minimis* terskel fordi atferden er: "(...) by its very nature, liable to give rise to not insignificant restrictions of competition, or even of eliminating competition on the market on which the undertaking concerned operates."<sup>145</sup>

Det at EU-domstolen avviser behovet for å konstatere at rabattarrangementet har en faktisk innvirkning på konkurransen, og i stedet fremhever at arrangementet av karakter har en

---

<sup>140</sup> Post Danmark II, avsnitt 35 og 61

<sup>141</sup> Se også Venit, 2016:167-168.

<sup>142</sup> Post Danmark II, avsnitt 69.

<sup>143</sup> Ibid. avsnitt 70-74; Tilsvarende legges til grunn av Venit, 2016:172; Jessen, 2016:93; Venegas, 2017:195

<sup>144</sup> Dette underbygges av EU-domstolens henvisning til Sak 322/81, Michelin v. Kommisjonen som også omhandlet en kategori-3 rabatt. EU-domstolen tok her en ren formbasert tilnærming.

<sup>145</sup> Post Danmark II, avsnitt 74.

konkurransbegrensende kapasitet taler for at domstolen opprettholder en formalistisk tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter.

På den annen side tilsier det at virkningen må være sannsynlig at det må foretas en viss vurdering av rabattarrangementets effekt på konkurransen.<sup>146</sup> Dette bidrar til å flytte vurderingen vekk fra en ren formbasert tilnærming.

Etter en samlet vurdering er konklusjonen at EU-domstolen opprettholder den tradisjonelle tredelingen av rabatter etter artikkel 102 TEUV. Samtidig beveger den seg mot en mer virkningsbasert tilnærming til lojalitetsfremmende rabatter ved at disse må underlegges en form for effektbasert vurdering.

Likevel innebærer fraværet av økonomiske analyser av det konkrete rabattarrangementets innvirkning på konkurransen, og det særlige fokuset på rabattarrangementets karakter at vurderingen fortsatt ligger nærmest den formbaserte enden av skalaen.<sup>147</sup>

Venit har trukket de samme slutningene når han påpeker at EU-domstolen bekrefter at lojalitetsfremmende rabatter som ikke kan objektiv rettferdiggjøres utgjør misbruk uten at det er krav om å bevise en faktisk konkurransbegrensende effekt. Han mener likevel at aksepten av graden av markedstengning som relevant moment, og introduksjonen av det kvantitative momentet antall kunder påvirket i misbruksvurderingen innebærer at domstolen beveger seg mot en mer virkningsbasert tilnærming.<sup>148</sup>

Colomo har også påpekt at EU-domstolen beveger seg i retning av en mer effektbasert tilnærming ved det er nødvendig å vurdere ikke bare arten og omfanget til rabattarrangementet, men også påvirkningen det har på markedet. Den konkurransbegrensende effekten kan ikke bare antas, men det må påvises at effekten er sannsynlig på bakgrunn av det dominerende foretakets markedsandel, atferdens dekningsgrad og de konkrete markedsforholdene.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Ibid. avsnitt 67.

<sup>147</sup> Se også Bergqvist, 2017:63; Se til sammenligning Chan, 2016:43; Rummel, 2016:1130 som slutter at EU-domstolen opprettholder den tradisjonelle kategoriseringen, og at avgjørelsen ikke er en bekreftelse av Kommisjonens "mer økonomiske fremgangsmåte", men i stedet innebærer en videre strukturering av vurderingsmomentene og muligheten for objektiv rettferdiggjøring.

<sup>148</sup> Venit, 2016:170-176.

<sup>149</sup> Colomo, 2016:113

### 6.3 EU-domstolens avgjørelse i Intel: nok et steg i samme retning?

I ankebehandlingen i Intel satt EU-domstolen Underrettens avgjørelse til side som følger av at sistnevnte ikke hadde vurdert Intels innsigelser mot Kommisjonens bruk av AEC-testen ved vurderingen av om rabattarrangementet hadde en konkurransebegrensende kapasitet.<sup>150</sup>

EU-domstolen startet med å stadfeste det dominerende foretakets "spesielle ansvar" til å avstå fra konkurranseskadelig atferd, og benyttet dette som grunnlag til å stadfeste presumsjonen for misbruk ved bruk av eksklusivitetsrabatter oppstilt i tidligere rettspraksis.<sup>151</sup>

Likevel synes EU-domstolen å bevege seg i en ny retning når den viser til at:

case-law must be further clarified in the case where the undertaking concerned submits, during the administrative procedure, on the basis of supporting evidence, that its conduct was not capable of restricting competition and, in particular, of producing the alleged foreclosure effects.<sup>152</sup>

In that case, the Commission is not only required to analyse, first, the extent of the undertaking's dominant position on the relevant market and, secondly, the share of the market covered by the challenged practice, as well as the conditions and arrangements for granting the rebates in question, their duration and their amount; it is also required to assess the possible existence of a strategy aiming to exclude competitors that are at least as efficient as the dominant undertaking from the market.<sup>153</sup>

Uttalelsene må forstås som at Kommisjonen har en plikt å foreta en helhetsvurdering for å konstatere utestengelseeffekt dersom det dominerende foretaket fremsetter bevis for at rabattarrangementet ikke har en konkurransebegrensende kapasitet i den administrative prosedyren. Den generelle rekkevidden til uttalelsene tilsier at EU-domstolen bryter ned den tradisjonelle tredelingen til fordel for en mer helhetlig og virkningsbasert tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.<sup>154</sup> Dette underbygges av at momentene som blir opplistet samsvarer med helhetsvurderingen som tidligere var forbeholdt lojalitetsfremmende rabatter. Samlet trekker dette sterkt i retning av at den tradisjonelle oppfatningen om at eksklusivitetsrabatter er misbruk per se må forkastes.

---

<sup>150</sup> Sak C-413/14 Intel v. Kommisjonen, avsnitt 147.

<sup>151</sup> Ibid. avsnitt 135 og 137.

<sup>152</sup> Ibid. avsnitt 138.

<sup>153</sup> Ibid. avsnitt 139.

<sup>154</sup> Se også Okholm/Pedersen, 2017:15 og 48-49

Denne forståelsen underbygges av at EU-domstolen knytter utestengelseeffekten til en "like effektiv konkurrent". Dette taler for at AEC-testen vil utgjøre et sentralt verktøy i vurderingen, og at domstolen åpner for en større vektlegging av økonomiske effektbaserte momenter i tråd med den virkningsbaserte tilnærmingen.<sup>155</sup> Dette underbygges av at uttalelsene innholdsmessig er bemerkelsesverdig like fremgangsmåten i Veiledningen.<sup>156</sup>

På den annen side taler det at eksklusivitetsrabatter kun vil underlegges en helhetsvurdering i de tilfellene hvor det dominerende foretaket anfører, med støtte i bevis, at den konkurransebegrensende effekten ikke vil inntre at kategoriseringen fortsatt vil ha en betydning.<sup>157</sup> Dette taler sammen med henvisningen til presumsjonen for ulovlighet ved eksklusivitetsrabatter mot at avgjørelsen medfører en fullstendig nedbrytning av tredelingen.

Dette må imidlertid ses i sammenheng med uttalenes praktiske implikasjoner. For dersom uttalelsene i avsnitt 139 tas på ordet vil Kommisjonen være tvunget til å foreta en effektbasert vurdering så lenge det dominerende foretakets anførsler ikke er fullstendig grunnløse. Det er lite sannsynlig at Kommisjonen vil opprettholde den formalistiske tilnærmingen når den i neste omgang risikerer at Underretten opphever avgjørelsen som følger av manglende etterforskning. Selv om EU-domstolen i teorien etterlater rom for en formbasert tilnærming, fremstår det som lite sannsynlig at det dominerende foretaket vil avstå fra å forsvare seg, og den praktiske implikasjonen er at rabatter tvinges over i en mer effektbasert vurdering.

Samtidig viser EU-domstolen i avsnitt 140 til at:

The analysis of the capacity to foreclose is also relevant in assessing whether a system of rebates which, in principle, falls within the scope of the prohibition laid down in Article 102 TFEU, may be objectively justified [ or if] the exclusionary effect may be counterbalanced, or outweighed, by advantages in terms of efficiency which also benefit the consumer.(...)That balancing can be carried out in the Commission's decision only after an analysis of the intrinsic capacity of that practice to foreclose competitors which are at least as efficient as the dominant undertaking.

Uttalelsen må tas til inntekt for at Kommisjonen er forpliktet til å etterforske mulige rettfærdiggjøringsgrunner. Samtidig knytter EU-domstolen vurderingen til analysen av

---

<sup>155</sup> Dette underbygges av henvisningen til Sak C-209/10, Post Danmark I som omhandler et tilfelle av rov-prising hvor EU-domstolen bygger misbruksvurderingen på en kostnads-basert test tilsvarende AEC-testen.

<sup>156</sup> Denne forståelsen forsterkes av den manglende henvisningen til Sak C-23/14, Post Danmark II i avgjørelsen; Se også Bergqvist, 2017:79-80.

<sup>157</sup> Intel, avsnitt 137.

rabattarrangementets utestengende virkning, og viser til at det må foretas en avveining av atferdens utestengelseeffekt og konkurransefremmende virkning. Dette tilsier at selv om Kommisjonen konstaterer misbruk i tråd med den formalistiske tilnærmingen vil det dominerende foretaket kunne utløse en mer inngående etterforskning av rabattarrangementets effekt. Sammen med henvisningen til AEC-standarden taler dette for at domstolen beveger seg mot en mer virkningsbasert tilnærming.<sup>158</sup>

Videre styrker henvisningen til British Airways som omhandlet lojalitetsfremmende rabatter synet om at EU-domstolen svekker den tradisjonelle tredelingen til fordel for en helhetlig tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.<sup>159</sup>

I forlengelsen viste EU-domstolen til at:

If, in a decision finding a rebate scheme abusive, the Commission carries out such an analysis, the General Court must examine all of the applicant's arguments seeking to call into question the validity of the Commission's findings concerning the foreclosure capability of the rebate concerned.<sup>160</sup>

Uttalelsen tilsier isolert sett at dersom Kommisjonen har gjort B må Underretten vurdere alle argumenter som det dominerende foretaket fremsetter mot denne vurderingen. Det at Underretten kun er forpliktet til å foreta en effektbasert vurdering dersom Kommisjonen har bygget sin misbrukskonklusjon på en effektbasert tilnærming svekker synet om at EU-domstolen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming til eksklusivitetsrabatter.

På den annen side må dette ses i sammenheng med at EU-domstolens uttalelser i avsnitt 138-139 tvinger Kommisjonen inn i en effektbasert vurdering dersom det dominerende foretaket fremsetter et effektbasert forsvar i den administrative prosedyren. Det at Underretten i forlengelsen er forpliktet til å vurdere det dominerende foretakets innsigelser til Kommisjonens vurdering tilsier at EU-domstolen legger opp til en vurdering av rabattarrangementets faktiske innvirkning på konkurransen, i tråd med den virkningsbaserte tilnærmingen.

---

<sup>158</sup> Se også Venegas, 2017:199.

<sup>159</sup> Intel, avsnitt 140.

<sup>160</sup> Ibid. avsnitt 141.

Når det gjelder hvilken kvantitativ test som skal gjennomføres i den effektbaserte analysen kan avgjørelsen leses på flere måter. Det som er sikkert er at EU-domstolen har blåst liv i relevansen til AEC-testen. Det er imidlertid åpent om avgjørelsen skal forstås som at konstatering av misbruk er avhengig av et positivt svar på AEC-testen, eller om den innebærer at konkurransemyndigheten ikke først kan gjennomføre testen, og i forlengelsen nekte å forsvare og diskutere resultatet.<sup>161</sup>

Videre er det verdt å merke seg at selv om EU-domstolen indikerte at AEC-testen vil være relevant for lojalitetsrabatter er ikke avgjørelsen uttømmende når det gjelder utførelsen av testen. Tidligere praksis som Tomra og Post Danmark II kan derimot indikere at en slik test ikke nødvendigvis må utføres gjennom pris – kostnads analyse i samsvar med Kommisjonens veiledning.<sup>162</sup>

Konklusjonen er at EU-domstolen bryter ned den tradisjonelle tredelingen ved å oppstille en plikt for Kommisjonen til å underlegge også eksklusivitetsrabatter en helhetsvurdering dersom det dominerende foretaket fremsetter bevis for at arrangementet ikke har en konkurransebegrensende kapasitet.<sup>163</sup> Oppfatningen om at eksklusivitetsrabatter er misbruk per se må derfor forkastes til fordel for en mer helhetlig, og virkningsbasert tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.

Samtidig er det uklart om den tradisjonelle kategoriseringen fortsatt vil ha en påvirkning på hvor inngående effektvurderingen vil være. Selv om avgjørelsen må forstås som at alle rabattarrangementer må gjennomgå en form for effektanalyse som tar hensyn til alle relevante omstendigheter, tilsier det at misbrukelementet ved eksklusivitetsrabatter tradisjonelt har vært knyttet til selve eksklusivitetsforpliktelsen, at omfanget av den effektbaserte analysen vil avhenge av rabattarrangementets karakter. Dette taler for at en fullstendig analyse reserveres for lojalitetsfremmende rabatter.

---

<sup>161</sup> Se også Bergqvist, 2017:57; Østerud, 2017:135-136 mener de mange referansene til AEC-testen, og EU-domstolens opphevelse av Underrettens avgjørelse som følger av sistnevntes manglende vurdering av Intels innsigelser knyttet til Kommisjonens utførelse av AEC-testen, tilsier at AEC-standarden bare utgjør et beviselement i en mer helhetlig effektanalyse. Dette synet støttes av domstolens stadfestelse av presumsjonen for ulovlighet ved eksklusivitetsrabatter, og at Kommisjonen kun vil ha bevisbyrden dersom foretaket kommer med bevis for at deres atferd ikke hadde kapasitet til å begrense konkurransen eller produsere den påståtte utestengelseeffekten.

<sup>162</sup> Se også Venegas, 2017:200.

<sup>163</sup> Se også Generaladvokat Wahls rådgivende uttalelse, Sak C-413/14 P, Intel v. Kommisjonen. Han slutter i avsnitt 94 at det kun er to rabattkategorier etter gjeldende rett, og at eksklusivitetsrabatter må underlegges en tilsvarende effektbasert helhetsvurdering som lojalitetsfremmende rabatter. Det at Wahl til forskjell fra Generaladvokat Kokott i British Airways og Post Danmark II fremmet et syn på gjeldende rett som var mer i tråd med Veiledningens mer virkningsbaserte tilnærming kan ha lagt ytterligere press på EU-domstolen til å foreta et retningsskifte.

Østerud har trukket de samme slutningene når han påpeker at EU-domstolens klargjøring av tidligere praksis indikerer en mer enhetlig tilnærming til ulike rabattarrangementer. Han mener avgjørelsen representerer et retningskifte mot en mer virkningsbasert tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling etter artikkel 102 TEUV.<sup>164</sup>

Venegas har også påpekt at EU-domstolen beveger seg bort fra den tradisjonelle kategoriseringen, og mot en mer helhetlig og effektbasert tilnærming til rabatter som misbruk av dominerende stilling. Han viser dessuten til at tidligere rettspraksis vedrørende kategori-3 rabatter er karakterisert av en formalistisk analyse uten en plikt til å utføre AEC-testen. Avgjørelsen vil derfor også være relevant for vurderingen av lojalitetsfremmende rabatter.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Østerud, 2017:131 og 148.

<sup>165</sup> Venegas, 2017:198-200.

## 7. KONKLUSJON

Som gjennomgangen har vist innebærer EU-domstolens avgjørelse i Intel en nedbrytning av den tradisjonelle tredelingen, og som konsekvens må oppfatningen om at eksklusivitetsrabatter er misbruk per se forkastes. Denne forståelsen hviler på EU-domstolens etablering av en plikt for Kommissjonen til å foreta en helhetsvurdering av det konkrete rabattarrangementet i de tilfellene hvor det dominerende foretaket fremsetter ikke helt grunnløse påstander om at atferden ikke hadde en konkurransebegrensende kapasitet.

EU-domstolen fremhevet at det i denne helhetsvurderingen ikke er tilstrekkelig å se hen til kvalitative momenter knyttet til rabattarrangementets utforming. Dette må også ses i sammenheng med markedsandelen som rabattene knytter seg til, graden av dominans, og om det eksisterer en strategi for å utestenge en like effektiv konkurrent fra markedet. Dette er kvalitative momenter som åpner for en mer effektbasert vurdering av rabattarrangementets påvirkning på konkurransen, og sammen med henvisningen til AEC-standarden trekker dette EU-domstolen i retning av en mer virkningsbasert tilnærming.

Når det gjelder hvilken kvantitativ test som skal gjennomføres i en slik effektbasert analyse fremstår det åpent om avgjørelsen skal forstås som at konstatering av misbruk er avhengig av et positivt svar på AEC-testen, eller om den innebærer at konkurransemyndigheten ikke først kan gjennomføre testen, og i forlengelsen nekte å forsvare og diskutere resultatet. EU-domstolens uttalelser i Post Danmark II taler for at den sistnevnte forståelsen er mest nærliggende.

Videre viser gjennomgangen av rettspraksis at foretak med særlig stor markedsandel bør være forsiktige med å tilby annet enn rene kvantumsrabatter som normalt er lovlig per se.<sup>166</sup> EU-domstolens avgjørelser i British Airways og Post Danmark II viser at ved tilstedeværelsen av superdominerende foretak vil effektanalysen i all hovedsak fokusere på størrelsen på markedssegmentet som er stengt for konkurranse og "sugeeffekten" som oppstår som følger av rabattarrangementets design.<sup>167</sup> Dette tilsier at EU-domstolens effektbaserte vurdering vil være mindre dyptgående ved tilstedeværelsen av superdominerende foretak.

---

<sup>166</sup> Tilsvarende legges til grunn av Bergqvist, 2017:90

<sup>167</sup> Se også Venegas, 2017:197.



Det at EU-domstolen beveger seg i retning av en mer virkningsbasert tilnærming underbygges også av at domstolen knytter analysen av rabattarrangementets utestengende virkning til vurderingen av rettfærdiggjøringsgrunner, og oppstiller en plikt til å foreta en avveining av effektivitetseffektene av rabattarrangementet. Dette forsterkes dessuten av fremhevelsen av forbrukervelferd som et overordnet formål med håndhevelsen etter artikkel 102 TEUV.

Konklusjonen er at etter gjeldende rett må alle rabattarrangementer underlegges en helhetsvurdering, hvor både kvalitative og kvantitative elementer vil inngå, for å konstatere at rabattarrangementet har en konkurransebegrensende kapasitet.

Likevel taler det at misbrukelementet tradisjonelt har vært knyttet til selve eksklusivitetsforpliktelsen, som i seg selv er kapabel til å begrense konkurransen, for at omfanget av den effektbaserte analysen vil avhenge av rabattarrangementets karakter. Dette tilsier at en fullstendig analyse vil reserves for det som tradisjonelt har vært omtalt som lojalitetsfremmede rabatter.

Resultatet er en vurdering som ligger et sted på skalaen mellom den rene formbaserte tilnærmingen på den ene siden, og den rene effektbaserte tilnærmingen på den andre. Hvor på skalaen vurderingen befinner seg vil avhenge av hvor sterkt de kvalitative momentene gjør seg gjeldende i den enkelte sak.

## 8. LITTERATURLISTE

- Akman, 2010 Akman, Pinar. 2010. "The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?". *Modern Law Review* 73, (4): 605-630. <https://onlinelibrary-wiley-com.pva.uib.no/doi/full/10.1111/j.1468-2230.2010.00810.x>
- Bergqvist, 2017 Bergqvist, Christian. 2017. "Where do we stand on discounts? - A Danish perspective". I *Where Do We Stand on Discounts? – A Nordic Perspective*, redigert av Christian Bergqvist, 53-114. København: Ex Tuto Publishing.
- Chan, 2016 Chan, Sunny. 2016. "Post Danmark II: Per se Unlawfulness of Retroactive Rebates Granted by Dominant Undertakings". *European Competition Law Review* 37, (2): 43-50.
- Colomo, 2016 Colomo, P.I. 2016. "Post Danmark II: The Emergence of a Distinct 'Effects-Based' Approach to Article 102 TFEU". *Journal of European Competition Law & Practice* 7, (2): 113-115. <https://academic-oup-com.pva.uib.no/jeclap/article/7/2/113/2357812>.
- Geradin, 2012 Geradin, D. 2012. "Is the Guidance Paper on the Commissions's Enforcement Priorities in Enforcing Article 102 Useful?" I *Competition law and the enforcement of article 102*, redigert av Federico Etro og Ioannis Kokkoris. Oxford: Oxford University Press.
- Gerber, 1998 Gerber, J. David. 1998. *Law and Competition in Twentieth-Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press.
- Gormsen, 2006 Gormsen, L. Lovdahl. 2006. "Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?" *The Competition Law Review* 2, (2): 5-25. <https://www.scribd.com/document/251208349/Article-82-EC-Where-Are-We-Coming-From-and-Where-Are-We-Going-to>.
- Graver, 2004 Graver, Hans Petter. 2004. "Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. *Lov og Rett* 43, (6): 340-359.

- Gyselen, 2003 Gyselen, Luc. 2003. "Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?". *Tale på det åttende EU konkurranseretts- og politikworkshop: What is an Abuse of Dominant Position?* European University Institute, juni 2003. [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003\\_017\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_017_en.pdf)
- Hildebrand, 2016 Hildebrand, D. 2016. *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law: The European School 4. utgave*. Nederland: Wolters Kluwer.
- Jacobs, 1995 Jacobs, S. Michael. 1995. "An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics". *North Carolina Law Review* 74, (1): 219-266. [https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/studia\\_szkolenia/07/artykul1.pdf](https://www.cars.wz.uw.edu.pl/tresc/studia_szkolenia/07/artykul1.pdf).
- Jessen, 2016 Jessen, Anders Fløjstrup. 2016. "Exclusionary Abuse subsequent *Post Danmark I*: An Enquiry Regarding the Effects-Based Approach's Role under Article 102 TFEU". Doktoravhandling, Universitetet i Aarhus.
- Jones/Sufrin, 2016 Jones, A, og Sufrin, B. 2016. *EU Competition Law, Text, Cases and Materials, 6 utgave*. Oxford: Oxford University Press.
- Lang, 2009 Lang, John Temple, "Article 82 – The Problems and The Solution", artikkel presentert på Konferansen "Ten Years of Mercato Concorrenza Regole" i Milano 2009. <http://ageconsearch.umn.edu/record/54282>
- Nihoul, 2014 Nihoul, Paul. 2014. "The ruling of the General Court in Intel: Towards the end of an effect-based approach in European competition law?" *Journal of European Competition Law and Practice* 5, (8): 521-530. <https://academic-oup-com.pva.uib.no/jeclap/article/5/8/521/1821424>
- O'Donoghue, 2007 O'Donoghue, Robert. 2007. "Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC". I *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82*, redigert av Claus-Dieter Ehlerman og Mel Marquis, s.327-358. Oxford: Hart publishing.
- O'Donoghue/Padilla, 2013 O'Donoghue, R. og Padilla, J. 2013. *The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. utgave*. Oxford: Hart Publishing.

- Okholm/Pedersen, 2017      Okholm, Henrik Ballebye og Pedersen, Torben Thorø. 2017. "Where do we stand on rebates? – Aneconomic view". I *Where Do We Stand on Discounts? – A Nordic Perspective*, redigert av Christian Bergqvist, 13-52. København: Ex Tuto Publishing.
- Peeperkorn, 2015      Peepkorn. Luc. 2015. "Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates" *Concurrences Review* N° 1-2015, Art. N° 70835. <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2015/articles/Conditional-pricing-Why-the-70835>
- Petit, 2009      Petit, Nicholas. 2009. "From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC". *World Competition* 32(4): 485-503. <http://www.kluwercompetitionlaw.com.pva.uib.no/document/kli-kcl-woco-32-4-003?title=World%20Competition%20Law%20and%20Economics%20Review>
- Petit, 2014      Petit, Nicholas. 2014. "Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU". *European Competition Journal* 11, (1): 26-68. <https://www-tandfonline-com.pva.uib.no/doi/abs/10.1080/17441056.2015.1033215>
- Rey/Venit, 2015      Rey, Patrick og Venit, James. S. 2015. "An Effects-based Approach to Article 102: A Response to Wouter Wils". *World Competition Law and Economics Review* 38(1): 3-30. <http://www.kluwercompetitionlaw.com.pva.uib.no/document/kli-kcl-woco-380102?title=World%20Competition%20Law%20and%20Economics%20Review>
- Rousseva, 2010      Rousseva, E. 2010. *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Rummel, 2016      Rummel, Per. 2016. "Rebate schemes under Article 102 TFEU: Post Danmark II". *Common Market Law Review* 53, (4): 1121-1131. <https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=COLA2016096>

- Tòth, 2015                      Tòth, Andràs. 2015. "CJEU Judgment in Post Danmark II: Role of Economic Evidence in Competition Cases". *European Networks Law and Regulation Quarterly (ENLR)* 3, (4): 266-273.
- Venegas, 2017                      Venegas, Vladimir Bastidas. 2017. "Where do we stand on discounts? – A Swedish perspective. I *Where Do We Stand on Discounts? – A Nordic Perspective*, redigert av Christian Bergqvist, 175-208. København: Ex Tuto Publishing.
- Venit, 2014                      Venit, James. S. 2014. "Case T-286/09 Intel v. Commission – The judgment of the General Court: All steps backward and no steps forward". *European Competition Journal* 10, (2): 203-230. <https://www.tandfonline.com/pva.uib.no/doi/abs/10.5235/17441056.10.2.203>
- Venit, 2016                      Venit, James. S. 2016. Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning. *Journal of European Competition Law & Practice* 7, (3): 165-179. <https://academic-oup.com/pva.uib.no/jeclap/article/7/3/165/2357825>
- Whish/Bailey, 2015                      Whish, R og Bailey, D. 2015. *Competition Law 8.utgave*. Oxford: Oxford University Press.
- Wils, 2014                      Wils, Wouter P.J. 2014. "The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance". *World Competition Law and Economics Review* 37, (4): 405-434. <http://www.kluwercompetitionlaw.com/pva.uib.no/document/kli-kcl-woco-370402?title=World%20Competition%20Law%20and%20Economics%20Review>
- Østerud, 2017                      Østerud, Eirik. 2017. "Where do we stand on discounts? – A Norwegian perspective. I *Where Do We Stand on Discounts? – A Nordic Perspective*, redigert av Christian Bergqvist, 115-174. København: Ex Tuto Publishing.
- Østerud, 2010                      Østerud, Eirik. 2010. "Identifying Exclusionary Abuses Under Article 82 EC". Doktoravhandling, Universitetet i Oslo.

## **Lover**

Konkurranseloven. Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5.3.2004 nr. 12. <https://lovdata.no/pro/#document/NL/lov/2004-03-05-12?searchResultContext=1205>

## **Forarbeider**

Ot. prp. nr. 6 (2003-2004). Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger(Konkurranseloven).

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/otprp-nr-6-2003-2004-/id127943/>

## **Praksis**

### Avgjørelser fra Høyesterett

Rt.2011 s.910, Tine v. Konkurransetilsynet.

### Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak 85/76, Hoffman- La Roche v. Kommisjonen, EU:C:1979:369.

Sak 322/81, Michelin v. Kommisjonen, [Michelin I], EU:C:1983:313.

Sak C-333/94, Tetra Pak v. Kommisjonen, EU:C:1996:436

Sak C-95/04 P, British Airways v. Kommisjonen, EU:C:2007:166.

Sak C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83

Sak C-209/10, Post Danmark I, EU:C:2012:172.

Sak C-549/10 P, Tomra and Others v. Kommisjonen, EU:C:2012:221

Sak C-23/14, Post Danmark II, EU:C:2015:651.

Sak C-413/14 P, Intel v. Kommisjonen, EU:C:2017:632.

## Avgjørelser fra Underretten

Sak T-203/01, Michelin v. Kommisjonen [Michelin II], EU:T:2003:250.

Sak T-65/98 Van den Bergh Foods v. Kommisjonen, EU:T:2003:281.

Sak T- 286/09, Intel v. Kommisjonen, EU:T:2014:547.

## **Kommisjonens merknader og retningslinjer**

Guidelines on Vertical Restraints, OJ [2000] C 291/1.

Guidelines on the applicability of Article 81 to horizontal cooperation agreements, OJ [2001] C 3/2.

Guidelines on the application of article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ [2004] C 101/2.

DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005.

Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJ [2009] C 45.

## **Reguleringer fra Kommisjonen**

Commission Regulation (EC) No 2790/1999 on the application of article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices, OJ [1999] L 336/21

Commission Regulation (EC) No 772/2004 of April 27, 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements, OJ [2004] L 123/11

## **Rådgivende uttalelser**

Rådgivende uttalelse fra Generaladvokat Kokott, Sak C-95/04 P, British Airways v. Kommisjonen, EU:C:2006:133

Rådgivende uttalelse fra Generaladvokat Kokott, Sak C-23/14 Post Danmark II, EU:C:2015:343.

Rådgivende uttalelse fra Generaladvokat Wahl, Sak C-413/1 P Intel v. Kommisjonen, EU:C:2016:788.