

# **Ekskluderende lojalitetsrabatter og misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11**

Kandidatnummer: NN

Leveringsfrist: 27.04.2009

( \* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html> )

Til sammen 17411 ord

22.07.2009

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Problemstillingens aktualitet	4
1.3	Avgrensning	5
1.4	Den videre fremstilling	6
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDESITUASJONEN</u></b>	<b><u>8</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>ULIKE MOTIVASJONSFAKTORER SOM BEGRUNNER ANVENDELSEN AV LOJALITETSRABATTER</u></b>	<b><u>12</u></b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>ANALYSE AV OM EN RABATTORDNING FALLER INNENFOR KONKURRANSELOVEN § 11</u></b>	<b><u>16</u></b>
4.1	Problemstillingen	16
4.2	Generelt om misbruksvilkåret	16
4.3	”Rene” kvantumsrabatter	22
4.4	Hvilke momenter har rettspraksis vektlagt ved analysen av lojalitetsrabatters ekskluderende virkning?	24
4.4.1	Innledende bemerkninger	24
4.4.2	Rabattordningens generelle utforming	26
4.4.3	Terskelen rabatten er knyttet til og størrelsen på rabatten	32
4.4.4	Referanseperiodens lengde	35
4.4.5	Usikkerhet knyttet til vilkårene for å oppnå rabatt	40
4.4.6	Forhold på markedet	43
4.4.7	Konklusjon	44

<b><u>5</u></b>	<b><u>KREVER MISBRUKSKRITERIET AT DET OGSÅ SKAL FORELIGGE EN NEGATIV VIRKNING PÅ KONKURRANSEN?</u></b>	<b>46</b>
5.1	Problemstillingen	46
5.2	EF-domstolen og Førsteinstansretten	47
5.3	Kommisjonen	53
5.4	Norsk praksis	55
5.5	Konklusjon	56
5.6	Hvilke forhold kan ha betydning i en virkningsanalyse?	56
<b><u>6</u></b>	<b><u>KAN EN RABATTORDNING SOM I UTGANGSPUNKTET FREMSTÅR SOM ULOVLIG ATFERD, LIKEVEL ANSES SOM LOVLIG?</u></b>	<b>59</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u></b>	<b>64</b>
	<b><u>LITTERATURREGISTER</u></b>	<b>65</b>
	<b><u>ØVRIGE KILDEHENVISNINGER</u></b>	<b>66</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u></b>	<b>A</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Tema og problemstilling

Oppgaven knytter seg til ekskluderende lojalitetsrabatter og misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11. Bestemmelsen i konkurranseloven § 11 lyder i sin helhet:

*Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.*

*Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i*

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,*
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,*
- c) å anvende overfor handelspartere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,*
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggstyelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.*

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utøve ensidig atferd som begrenser konkurransen på markedet. Det avgjørende er om det dominerende foretaket opptrer på en måte som medfører fare for at konkurransen i det relevante markedet elimineres eller reduseres.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Forente saker 6/73 og 7/73 *Commercial Solvents mot Kommisjonen*, premiss 25, sak C-7/97 *Bronner*, premiss 38 og V2007-2-TINE BA.

Konkurranseloven § 11 oppstiller to kumulative vilkår som må være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.<sup>2</sup> For det første må et eller flere foretak inneha en dominerende stilling i markedet. Dette vilkåret vil ikke bli behandlet og forutsettes oppfylt.<sup>3</sup> Oppgavens problemstilling knytter seg til det andre vilkåret, ”utilbørlig utnyttelse”. ”Utilbørlig utnyttelse” betegnes normalt som ”misbruk”. Det er ikke krav om årsakssammenheng mellom den dominerende stilling og misbruket.<sup>4</sup>

Ettersom konkurranseloven § 11 rammer ensidige handlinger er det ikke krav om at det må foreligge en juridisk bindende avtale for at atferden skal rammes. Det følger av ordlyden i konkurranseloven § 11 at det er den ensidige handlingen ”utnyttelse” av dominerende stilling som må påvises.

Konkurranseloven § 11 forbyr ikke et foretak å inneha dominerende stilling. Det er *misbruket* av den dominerende stilling som er forbudt. Oppregningen av misbruksformene i litra a-d er ikke uttømmende.<sup>5</sup> Det er mange former for misbruk som kan oppstå under konkurranseloven § 11. Rettspraksis som omhandler andre typer misbruk enn ulovlig bruk av lojalitetsrabatter, kan også belyse problemstillingen om hvordan misbrukskriteriet skal anvendes på ekskluderende lojalitetsrabatter.

---

<sup>2</sup> Ot.prp.nr.6.(2003-2004) side 225.

<sup>3</sup> Se om dette for eksempel Whish (2009) side 173 flg. og O’Donoghue (2006) side 107 flg. Se også *Veiledningen* (2008).

<sup>4</sup> Sak 6/72, *Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc mot Kommisjonen*, premiss 27, sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, premiss 91 og V2007-2-TINE BA. Se også O’Donoghue (2006) side 215 flg.

<sup>5</sup> Sak 6/72, *Europemballage Corporation og Continental Can Company Inc mot Kommisjonen*, premiss 26, sak C-395/96 P *Compagnie Maritime Belge Transport SA mot Kommisjonen*, premiss 112, sak T-201/04 *Microsoft Corpn mot Kommisjonen*, premiss 860, sak C-202/7, *France Télécom (tidligere Wanadoo) mot Kommisjonen*, premiss 105. Eksempler på misbruk som ikke direkte følger av ordlyden i konkurranseloven § 11 er rovprising og margin squeeze.

Oppgaven reiser problemstillingen om når en *lojalitetsrabatt* innebærer misbruk av dominerende stilling. En lojalitetsrabatt er en rabatt som kan medføre eksklusivitet. Det er vanskelig å gi noen klar definisjon på hva en lojalitetsrabatt er. Rabatter kan være utformet på utallige måter, og det er ikke mulig å gi en uttømmende liste over hvilke typer som finnes. På sitt enkleste kan en rabatt være et prosentavslag som gis på hele kjøpet uavhengig av det kvantum som kjøpes. Eller det kan være kompliserte systemer som bygger på fortjeneste ved distribusjon, slik som for eksempel i *British Airways*.<sup>6</sup> En felles egenskap ved lojalitetsrabatter er at de gir incentiver til at kunden forplikter seg utelukkende, eller nesten utelukkende, til å foreta sin handel hos det dominerende foretaket.<sup>7</sup> Det kan medføre at konkurrenter blir ekskludert fra konkurransen i markedet, som vil si at nye konkurrenter ikke klarer å etablere seg i markedet eller at eksisterende konkurrenter blir presset ut av markedet.

Utgangspunktet er at også dominerende foretak har anledning til å gi rabatter til sine medkontrahtenter uten at det er forbudt etter konkurranseloven § 11. I en del tilfeller vil imidlertid rabatter som ytes av dominerende foretak kunne ha slike ekskluderende virkninger overfor foretakets konkurrenter at rabatten kan bli ansett som misbruk og rammes av § 11.

Dette reiser to nye spørsmål. Oppgaven skal for det første analysere hvilke egenskaper ved et rabattsystem rettspraksis har vektlagt når rabattsystemet er funnet ulovlig. For det annet er det et spørsmål om det også er et krav at det må påvises at lojalitetsrabatten har negativ virkning på konkurransen i markedet, og hva en analyse av virkningene på konkurransen i så fall består av.

---

<sup>6</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, og Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 136.

<sup>7</sup> *Norsk Konkurranserett Bind 1*, (2007), side 536.

## 1.2 Problemstillingens aktualitet

Problemstillingen om når en lojalitetsrabatt innebærer misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11 er praktisk, da rabattordninger og bonusordninger anvendes av de fleste kommersielle aktører. Rabatter utgjør en klassisk form for priskonkurranse og er et viktig kommersielt verktøy. Det kan i mange tilfeller være vanskelig å avgjøre om en rabatt kan rammes av § 11 eller ikke og, en feiltolkning av misbruksvilkåret kan medføre høye bøter.<sup>8</sup>

Opgavens tema om lojalitetsrabatter og misbruksvilkåret i konkurranseloven § 11 er også prinsipielt viktig. Rabatter kan bidra til økt konkurranse og forbrukervelferd. Dersom konkurransemyndighetene feilaktig tolker misbrukskriteriet underinkluderende, og tillater skadelige rabatter, kan det gå utover forbrukerne.<sup>9</sup> Dersom konkurransemyndighetene feilaktig tolker misbrukskriteriet overinkluderende, og forbyr konkurransefremmende rabatter, kan det medføre tap ikke bare for det dominerende foretak, men også for forbrukere, fordi den konkurransefremmende atferd vil være forbudt.<sup>10</sup>

Anvendelsen av misbruksvilkåret på lojalitetsrabatter har vært, og er, et kontroversielt tema. Rettstilstanden er under utvikling.<sup>11</sup> Vurderingen av lojalitetsrabatter er dessuten klart strengere i Europa enn i USA.<sup>12</sup>

Problemstillingen har ikke vært oppe for norske domstoler. TINE-saken omhandlet misbruk av dominerende stilling, hvor Konkurransetilsynet fant at TINE hadde overtrådt konkurranseloven § 11 ved bruk av rabatter. Oslo tingrett gikk imidlertid ikke i spørsmålet

---

<sup>8</sup> For eksempel fikk Microsoft en bot på € 497 millioner for overtredelse av artikkel 82 EF.

<sup>9</sup> Type I feil, også kjent som "*false negative*." Whish, (2009), side 190.

<sup>10</sup> Type II feil, også kjent som "*false positive*." Whish, (2009), side 190.

<sup>11</sup> Dette kommer jeg særlig tilbake til i kapittel 5.

<sup>12</sup> Dette hevdes blant annet av R. O'Donoghue og A. J. Padilla. Det synes at det i USA er mer bekymring for type II feil, hvor Europa heller andre vei.

knyttet til rabatter.<sup>13</sup> Konkurransetilsynet har imidlertid uttalt seg om problemstillingen i TINE-vedtaket.<sup>14</sup> Det foreligger også to tidligere vedtak om lojalitetsrabatter under den tidligere konkurranseloven, TINE-Hvitost og SAS.<sup>15</sup>

### 1.3 Avgrensning

Oppgaven omhandler misbruksvilkåret i forhold til lojalitetsrabatter. Som nevnt vil jeg ikke behandle vilkåret om dominerende stilling. Grunnen til at dominansvilkåret ikke vil bli drøftet er at vilkåret krever en separat og særskilt vurdering, og en redegjørelse av dominansvilkåret er ikke nødvendig for denne fremstilling.

Oppgaven omhandler lojalitetsrabatters *ekskluderende* virkning. Med ekskluderende virkning mener man at rabatten får den følge at det dominerende foretakets aktuelle konkurrenter utelukkes, eller nesten utelukkes, fra å konkurrere på markedet. Også avskjerming av potensielle konkurrenter som ønsker inntreden på markedet omfattes. En rabattordning kan også være ulovlig fordi den er diskriminerende.<sup>16</sup> En diskriminerende rabattordning tilbyr ulike vilkår for likeverdige ytelser. Denne problemstillingen vil ikke bli behandlet. Kommisjonen har i noen vedtak ansett en rabattordning som ulovlig på grunnlag av rabattordningen var urimelig og markedsdelende.<sup>17</sup> Disse to grunnlagene vil heller ikke bli behandlet.<sup>18</sup>

Rabatter som inngår i kategorien kombinasjonssalg i form av ”tying” eller ”bundling”, vil ikke bli behandlet. ”Tying” henviser normalt til situasjoner hvor kunden kjøper ett produkt,

---

<sup>13</sup> Saksnr. 07-063120TVI-OTIR/07, avsagt 25.03.2009.

<sup>14</sup> Vedtak V2007-2-TINE BA. Dette vil bli behandlet i kapittel 5.4.

<sup>15</sup> Vedtak V2004-10 og V2003-22, jfr lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr 65 §3-10.

<sup>16</sup> Se om dette for eksempel Whish (2009) side 748 flg. Eksempel fra rettspraksis er sak C-163/99 *Portugal mot Kommisjonen*, Sml. 2001, side I-2613.

<sup>17</sup> COMP/E-2/36.041PO/Michelin avsagt 20.juni 2001, premiss 218-225 og 240-247.

<sup>18</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 113. Førsteinstansretten tar ikke stilling til spørsmålet.



og samtidig forpliktes til å kjøpe et annet produkt.<sup>19</sup> ”Bundling” henviser normalt til hvordan produktene til det dominerende foretaket tilbys og prisfastsettes. Ren ”bundling” er tilfellene hvor produktene kun selges sammen i bestemte forhold. Blandet ”bundling” er tilfellene hvor kundene får en multiproduktrabatt som medfører at produktene også kan fås enkeltvis, men at stykkprisen da blir høyere.<sup>20</sup> Grunnen til at kombinasjonssalg ikke blir behandlet er at kombinasjonssalg er en misbruksform som ikke er prisbasert, i motsetning til lojalitetsrabatter som er en prisbasert misbruksform. Prisbasert misbruk kan ha en annen virkning på konkurransen enn misbruk som ikke er prisbasert. Med prisbasert misbruksform menes i denne oppgave at den ekskluderende virkningen oppstår på bakgrunn av det dominerende foretaks prising av produkter.

Lojalitetsrabatter kan vurderes etter konkurranseloven § 10 og § 11. Som presisert ovenfor omtaler denne oppgaven utelukkende misbruksvilkåret i § 11.<sup>21</sup>

#### 1.4 Den videre fremstilling

Innledningsvis i punkt 2 vil det gjøres rede for rettskildesituasjonen. I punkt 3 gis det en fremstilling av hvilke motivasjonsfaktorer som begrunner hvorfor flere foretak anvender lojalitetsrabatter som kommersielt verktøy. Med motivasjonsfaktor menes hvilke økonomiske faktorer som motiverer foretaket til å gi lojalitetsrabatter.

I punkt 4 behandles analysen av når en rabatt kan falle innenfor misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11. Etter en kort generell oversikt over hvordan misbruksvilkåret er forstått i rettspraksis, vil jeg analysere hvilke faktorer rettspraksis har vektlagt når den har funnet rabattordninger ulovlig. Fremstillingen er strukturert som en gjennomgang av sentrale momenter domstolene har vektlagt ved vurderingen av lojalitetsrabatter. Her vil jeg særlig se på rabattordningens generelle struktur, referanseperiodens lende, nivået

---

<sup>19</sup> Veiledningen (2008) avsnitt 47.

<sup>20</sup> Veiledningen (2008) avsnitt 47.

<sup>21</sup> Se om dette for eksempel O’Donoghue (2006) side 36 flg.

rabatterskelen er satt til, størrelsen på rabatten, rabattordningens gjennomsiktighet og dens diskresjonære karakter. Jeg vil komme inn på ulike rabattordninger, men fremstillingen er hovedsakelig en juridisk analyse av momentene domstolene trekker frem i sine begrunnelser.

I punkt 5 skal det drøftes hvorvidt misbruksvilkåret krever at lojalitetsrabatter skal ha negativ virkning på konkurransen i markedet. Jeg vil også kort behandle hvilket innhold en analyse av virkningene på konkurransen i så fall består av. I spørsmålet om en slik analyse er påkrevet er det en spenning mellom ulike rettskilder, og det har funnet sted en utvikling av rettstilstanden og rettspraksis.

I punkt 6 stiller jeg spørsmålet om en rabattordning som i utgangspunktet fremstår som ulovlig atferd etter konkurranseloven § 11, likevel kan anses som lovlig. Dette er et spørsmål om hvorvidt konkurranseloven § 11 inneholder en unntaksadgang for atferd som i utgangspunktet innfrir misbrukskriteriet. En tolkning av ordlyden i konkurranseloven § 11 tilsier at det ikke foreligger en unntaksadgang for atferd som besitter kjennetegnene for misbruk, men som det skal vises har rettspraksis fastslått at en slik unntaksadgang må innfortolkes i misbrukskriteriet.

I punkt 7 vil jeg kort forfatte noen avsluttende bemerkninger.

## 2 Rettskildesituasjonen

Lov 5. mars 2004 nr 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretaksslutninger, avløste den tidligere lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 11. juni 1993 nr 65. Konkurranseloven § 11 tilsvare EØS-avtalen artikkel 54. Ordlyden i EØS-avtalen artikkel 54 tilsvare EF-traktaten artikkel 82.

Forarbeidene understreker at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan vil være relevante og tungtveiende rettskilder ved vurderingen av konkurranseloven.<sup>22</sup> Det fastholdes at rettspraksis fra EU- og EØS-retten tillegges mer vekt enn det som tradisjonelt kan følge i norsk lovtolkning.<sup>23</sup> Rettspraksis knyttet til tolkningen av andre lands konkurranselover vil ikke ha status som rettskilde, men kan tjene som eksempler og illustrasjoner.<sup>24</sup>

Konkurranseloven § 15 regulerer forholdet mellom EØS-avtalens konkurranseregler og konkurranseloven. Bestemmelsen fastslår at konkurranseloven § 11 gjelder med de begrensinger som følger av EØS-konkurranseloven § 7.<sup>25</sup> EØS-konkurranseloven § 7 pålegger nasjonale domstoler og konkurransemyndigheter å anvende EØS-avtalens artikkel 54, når konkurranseloven § 11 anvendes på atferd som kan påvirke samhandelen. Ettersom det er tilstrekkelig at samhandelen påvirkes direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt, skal det lite til før en slik påvirkning anses å ha funnet sted.<sup>26</sup> Rettsreglene anvendes da parallelt og vil ha overlappende anvendelsesområder.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 68.

<sup>23</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 64.

<sup>24</sup> Norsk Lovkommentar, konkurranseloven § 1.

<sup>25</sup> Bestemmelsen utfyller EØS-loven § 2, jfr. Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 228

<sup>26</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 60.

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 228.

Som traktat, skal EØS-avtalen artikkel 54 tolkes med utgangspunkt i dens ordlyd, formålet slik det kommer til uttrykk i teksten, og dens kontekst.<sup>28</sup>

Konkurranselovens hovedformål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv ressursbruk. Formålsbestemmelsen i konkurranseloven § 1 første ledd gir uttrykk for en mål – middel – analyse.<sup>29</sup> I mål – middel – analysen er effektiv ressursbruk målet, og konkurransen er virkemiddelet til å nå målet. Effektivitet kan beskrives som ”en målsetning om å få maksimal verdi ut av de goder som settes i produksjon”.<sup>30</sup> Loven skal beskytte mot tiltak som reduserer konkurransen. Vurderingen om et tiltak begrenser konkurransen er en omfattende økonomisk analyse som i de fleste tilfeller anvendes i analysen av hvorvidt konkurranselovens regler er overtrådt. Konkurranseloven § 1 annet ledd presiserer at det særlig skal tas hensyn til ”forbrukernes interesser” når konkurranselovens materielle bestemmelser skal tolkes. Begrepet ”forbruker” som anvendes i konkurranseloven § 1 annet ledd må tolkes i overensstemmelse med begrepet forbruker i EØS-avtalens regler. Etter EØS-avtalen artikkel 53(3) menes ”forbrukerne” ikke kun sluttforbruker, men alle etterspørrere av et produkt, derunder produsenter som kjøper enheter til sin produksjon, grossister og detaljhandlere.<sup>31</sup>

Det er lite nasjonal rettspraksis om problemstillingene oppgaven reiser. Oslo Tingrett tok ikke stilling til problemstillingen i den nevnte TINE-saken. Konkurransetilsynets vedtak i saken truffet i 2007 er det nyeste vedtaket som belyser emnet. Vedtaket har rettskildemessig vekt som forvaltningspraksis.<sup>32</sup> Forvaltningspraksis er tillagt vekt i flere av Høyesteretts avgjørelser. Konkurransetilsynets vedtak er derfor relevant som

---

<sup>28</sup> *EØS-rett*, (2004) side 205, jfr. Eckhoff, (2001) side 104 flg.

<sup>29</sup> *Norsk konkurranserett bind I*, (2006), side 50.

<sup>30</sup> *Norsk konkurranserett bind I*, (2006), side 50.

<sup>31</sup> *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 116 flg. og *EØS-rett* (2004) side 543.

<sup>32</sup> Konkurranseloven § 12 jfr. Eckhoff, (2001) side 230 flg.

rettskildefaktor, men Konkurransetilsynets praksis binder ikke domstolene.<sup>33</sup> Ettersom det er Konkurransetilsynet som håndhever konkurransereglene, vil Konkurransetilsynets forvaltningspraksis være av stor praktisk betydning for dominerende selskaper.

Som understreket ovenfor følger det uttrykkelig av forarbeidene at Kommisjonens praksis vil være en relevant rettskildefaktor ved tolkningen av konkurranseloven § 11.<sup>34</sup> Bortsett fra å fatte vedtak om det foreligger overtredelse, gir Kommisjonen også veiledninger om hvordan EU-rettens konkurranseregler skal tolkes. Den 3. desember 2008 publiserte Kommisjonen et veiledningsdokument vedrørende artikkel 82 om misbruk av dominerende stilling gjennom ekskluderende atferd, heretter kalt Veiledningen<sup>35</sup> Veiledningen skisserer Kommisjonens prioriteringer ved håndhevelsen av bestemmelsen. Den gjelder kun for ekskluderende misbruk og vil i utgangspunktet ikke være gjelde for diskriminerende misbruk. Veiledningen er ikke juridisk bindende for EF-domstolen og Førsteinstansretten. Kommisjonen vil imidlertid føle seg bundet av den gjennom et formål om ensidig praksis. I hvilken grad EF-domstolen og Førsteinstansretten vil etterfølge Veiledningen er ikke sikkert. Det er EF-domstolen som dømmer i siste instans, og dens dommer kan derfor anses som gjeldende rett. Ettersom det er Kommisjonen som håndhever konkurransereglene vil Veiledningen likevel ha stor praktisk betydning for dominerende selskaper. Det kan også antas at Konkurransetilsynet vil følge samme prioriteringer som Kommisjonen.

En annen type publiseringer fra Kommisjonen er diskusjonsnotater. Det skal presiseres at et diskusjonsnotat ikke er en publikasjon fra Kommisjonen som konkurransemyndighet, men et notat av kommisjonens ansatte. Dokumentet er, som tittelen av dokumentet uttrykker, et ”diskusjonsnotat”.<sup>36</sup> Diskusjonsnotater vil likevel belyse rettstilstanden og gi god illustrasjon av Kommisjonens praksis.

---

<sup>33</sup> Eckhoff, (2001) side 236.

<sup>34</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 68.

<sup>35</sup> *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.*

<sup>36</sup> Whish (2009) side 171.

I oppgaven vil jeg normalt bare referere til konkurranseloven § 11 for enkelhets skyld. Som fastslått ovenfor er EØS-avtalen artikkel 54 og EF-traktaten artikkel 82 sentrale rettskilder for tolkingen av § 11 og må tillegges stor vekt. I praksis vil konkurranseloven § 11 bli tolket likt som disse bestemmelsene.

### **3 Ulike motivasjonsfaktorer som begrunner anvendelsen av lojalitetsrabatter**

Før det gjøres rede for lojalitetsrabatter og misbrukskriteriet kan det være nyttig å gi en oversikt over hvilke motivasjonsfaktorer som begrunner hvorfor foretak anvender rabatter som kommersielt verktøy. Med motivasjonsfaktor menes hvilke økonomiske faktorer som motiverer foretaket til å gi lojalitetsrabatter. Noen av motivasjonsfaktorene kan også gjøre seg gjeldende som rettslige hensyn etter læren om objektiv begrunnelse.<sup>37</sup> Læren om objektiv begrunnelse gjelder spørsmålet om en rabatt likevel kan være lovlig fordi den er legitimt begrunnet. Fremstillingen i dette punktet omhandler spørsmålet om hvorfor flere foretak anvender lojalitetsrabatter som kommersielt verktøy i sin næringsvirksomhet.

Mange, både dominerende og ikke-dominerende foretak, anvender daglig rabatter i sin virksomhet. Dette illustrerer at rabatter kan være et effektivt verktøy for å øke omsetningen. I mange tilfeller vil ikke lojalitetsrabatter ha noe presist forhold til de kostnadsbesparelser som oppstår som et resultat av økt salg. Økonomer har derfor forsøkt å fremsette begrunnelser for hvorfor foretak anvender lojalitetsrabatter i sin virksomhet.<sup>38</sup> Dominerende foretaks rabatter og bonusordninger har vært underlagt en forholdsvis streng behandling i rettspraksis.<sup>39</sup>

En motivasjonsfaktor for å bruke lojalitetsrabatter er at rabattene kan være en effektiv måte å dekke faste kostnader på. Faste kostnader er kostnader som oppstår ved produksjon av en vare eller tjeneste, og som vil være uavhengig av hvor mange enheter som kjøpes. Det kan for eksempel være kostnader som skatt på fast eiendom. Dette hensynet gjør seg gjeldende

---

<sup>37</sup> Læren om objektiv begrunnelse vil jeg komme tilbake til i kapittel 6.

<sup>38</sup> O'Donoghue (2006) side 376.

<sup>39</sup> Se for eksempel Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, Sml. 2003 side II-5917.

på to måter. For det første kan det dominerende foretaket ved å tilby rabatter til sine kunder øke salget og dermed øke produksjonen av en vare. Økt produksjon av en vare medfører ofte stordriftsfordeler som vil si de faste kostnadene fordeles utover mange enheter, noe som kan medføre effektivitetsgevinster for det dominerende foretak. For det annet kan det dominerende foretaket ved å bruke rabatter gjøre det mulig for sin virksomhet å dekke faste kostnader som gjelder enheter som det kun er mulig å produsere få av. Dersom prisen på for eksempel en flybillett overstiger hva kundene er villige til å betale, vil flyselskapet være tjent med å gi kunden rabatt for å unngå at flyselskapet ikke selger nok billetter til å dekke de faste utgiftene som er til stede ved hver flyavgang.<sup>40</sup> I *British Airways* argumenterte British Airways for at lojalitetsrabattene medførte økt ressursutnyttelse ved selskapets ruter, ved å minske den gjennomsnittlige enhetsprisen. Dette medførte i følge British Airways økonomiske besparelser for selskapet. Selv om Førsteinstansretten fant at rabattordningen til British Airways var i strid med artikkel 82, anså Førsteinstansretten motivasjonsfaktoren om å dekke høye faste kostnader kunne gjøre seg gjeldende som rettslig hensyn som legitim begrunnelse for atferden.<sup>41</sup>

En annen motivasjon for å benytte lojalitetsrabattordninger, er at de kan ha positiv virkning internt i kundeforholdet mellom foretaket og dets medkontrahtenter. For eksempel kan bonusordninger løse interessekonflikter mellom produsenter og forhandlere i forbindelse med promotering, reklame eller andre forhold. Dersom en forhandler tilbys rabatt på varene kan forhandleren gis gode incentiver til for eksempel å promotere produktet eller utvide salget av produktet med konkurransedyktige priser. Avklaring av promotering, reklame og liknende forhold kan i noen tilfeller medføre transaksjonskostnader, og ved å unngå transaksjonskostnadene kan lojalitetsrabattene ha en positiv effekt for både foretaket og dets kunder.<sup>42</sup> Resultatet er at rabatten vil komme forbrukeren til gode.

---

<sup>40</sup> O'Donoghue, (2006), side 376.

<sup>41</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 260, 285 og 299.

<sup>42</sup> O'Donoghue, (2006), side 377



Igjen kan *British Airways* tjene som eksempel.<sup>43</sup> *British Airways* gjaldt en bonusordning mellom *British Airways* og dets reisebyråer, hvor *British Airways* utbetalte en kommisjon på 1-2 prosent ved økning av reiseagentenes salg av billetter. Alle agentene mottok uansett en standard provisjon på 7-9 prosent for hver solgte billett. *British Airways* anførte at fordelene som ble ytt reisebyråene medførte betydelige besparelser for forbrukerne, idet *British Airways* hadde hatt et større spillerom for å nedsette takster og tilby flere ruter. *British Airways* fikk imidlertid ikke medhold i denne anførselen.<sup>44</sup>

En annen positiv effekt og motivasjonsfaktor ved lojalitetsrabatter er at de kan redusere skadelige velferdsvirkninger som for eksempel såkalt ”dobbel fortjeneste”, som er et problem som kan oppstå i forholdet mellom produsent og forhandler. Dette innebærer at når en leverandør har markedsrett, kan engrosprisen forhandleren betaler være nær monopolpris. Dersom forhandleren også har en viss grad av markedsrett, kan forhandleren beregne engrosprisen som kostpris, for deretter å legge på sin egen prisforhøyelse oppå denne. Dobbel fortjeneste kan lede til høyere forbrukerpriser sett i forhold til de tilfeller hvor begge foretakene anser distribusjon av en vare som en konkurranseaktivitet.<sup>45</sup> Ved å kreve ikke-lineære priser, for eksempel gjennom en rabattordning, kan leverandøren redusere denne bekostningen som faller på konsumenten. Lojalitetsrabatter som forhindrer dobbel fortjeneste kan derfor virke positivt på forbrukervelferden, fordi forhandlerprisene vil reduseres. Rabatt på alle enheter er en spesielt effektiv måte å redusere dobbel fortjeneste på.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, opprettholdt av EF-domstolen i C-95/04 P.

<sup>44</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 256 jfr. 299. Dommen er blitt kritisert for sin strenge holdning til *British Airways*' bonusordning. Kritikken knytter seg spesielt til at domstolene ikke foretok en virkningsanalyse av bonusordningens negative effekt i markedet. Dette vil jeg drøfte nedenfor i kapittel 5.2.

<sup>45</sup> O'Donoghue (2006) side 377.

<sup>46</sup> For eksempel kvantumsrabatter eller andre volumrabatter. Fellesbetegnelse på engelsk er “all unit discount”. Disse rabattypene vil bli behandlet i kapittel 4.4.2.

Lojalitetsrabatter kan også være en faktor som løser såkalte ”hold-up problemer”. Et hold-up problem beskriver situasjonen hvor to parter underinvesterer i kundeforholdet slik at det ikke blir optimalt effektivt. En produsent kan for eksempel være tilbakeholden med å investere i salgsopplæring hos sin kunde, fordi denne kunnskapen også kan benyttes av kunden til å promotere produkter fra produsentens konkurrenter. For eksempel kan underinvesteringen i kundeforholdet løses dersom foretaket gir en lojalitetsrabatt til kunden som forsikrer at kunden vil kjøpe varer av foretaket i en tidsperiode fremover. Ettersom en underinvestering i kundeforholdet unngås, kunne det antas at rabatten vil øke effektiviteten til både foretaket og dets kunder, og til slutt komme konsumenten til gode.<sup>47</sup>

Selv om lojalitetsrabatter i flere tilfeller kan føre til økt effektivitet hos det dominerende foretaket og dets kunder, og derfor gi en motivasjon til å anvende lojalitetsrabatter i sin daglige virksomhet, kan lojalitetsrabatter i noen tilfeller ha en negativ virkning på effektiviteten og konkurransen i markedet. Som påpekt ovenfor kan lojalitetsrabatter medføre at konkurrenter av det dominerende foretaket utelukkes eller nesten utelukkes fra konkurransen i markedet, eller at potensielle konkurrenter hindres i å få fotfeste i markedet. Oppgaven vil i den videre fremstilling fortløpende belyse disse negative virkningene som kan følge på grunn av et dominerende foretak anvender lojalitetsrabatter i sin virksomhet.

---

<sup>47</sup> O’Donoghue, (2006), side 375-381.

## 4 Analyse av om en rabattordning faller innenfor konkurranseloven § 11

### 4.1 Problemstillingen

I det følgende skal det foretas en analyse av hvilke momenter domstolene trekker frem i vurderingen av om en lojalitetsrabatt etter sin utforming faller innenfor § 11. Først er det nødvendig og klargjørende å foreta en behandling av den generelle tolkning av misbruksvilkåret, slik det ligger til grunn for domstolenes praksis. Deretter vil jeg analysere momentene domstolene har benyttet når lojalitetsrabatter er funnet ulovlig.

Et annet spørsmål er om det etter EF-domstolens praksis er tilstrekkelig å konstatere at rabatten etter sin utforming faller innenfor § 11, eller om det må påvises negativ virkning på markedet og konkurransen. Dette kan formuleres som et spørsmål om domstolene opererer med en presumsjon at lojalitetsrabatter er ulovlig *per se*. Denne problemstillingen vil bli handlet i punkt 5.

### 4.2 Generelt om misbruksvilkåret

Ordlyden i konkurranseloven gir ikke svar på hvordan ”utilbørlig utnyttelse” skal tolkes. Forarbeidene til loven gir heller ikke svar på hvilket innhold vilkåret har. Ettersom loven skal tolkes i overensstemmelse med EU-retten kan rettspraksis fra fellesskapsinstitusjonene være veiledende. Det foreligger som tidligere nevnt lite norsk rettspraksis om spørsmålet.

Fellesskapsdomstolene har uttrykt en rekke forskjellige generelle formuleringer av ”utilbørlig utnyttelse” eller misbruk. Formuleringene gir likevel ikke et klart svar på termens omfang. Den opprinnelige definisjonen av ekskluderende misbruk ble gitt i *Hoffmann-La Roche*, hvor EF-domstolen uttalte:

*”The concept of an abuse is an objective concept relating to the behavior of an undertaking in dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.”<sup>48</sup>*

Denne vurderingsnormen er blitt fulgt i etterfølgende rettspraksis.<sup>49</sup> Ettersom uttalelsen har en generell utforming oppstår en rekke spørsmål.

For det første kommer det frem at vurderingen skal være objektiv. Et spørsmål som reiser seg er hvordan det dominerende foretakets hensikt ved atferden skal behandles. Når EF-domstolen fastholder at misbruk ”is an objective concept” kan det tolkes slik at subjektiv hensikt ikke er relevant når det skal fastslås om atferden utgjør et misbruk. Det generelle problemet er at det er vanskelig å trekke grensen mellom lovlig konkurranse og ulovlig ekskludering av rivaler. Dersom det dominerende foretaket har en intensjon om å øke salget og oppnå gode årsresultater, betyr det nødvendigvis ikke at det foreligger en hensikt om å ekskludere konkurrenten. EF-domstolens rettspraksis har funnet at det dominerende foretakets hensikt kan tillegges vekt.<sup>50</sup> I for eksempel *AKZO* ble det uttalt at så lenge atferden inngikk i en plan for å eliminere en rival, var det misbruk i artikkel 82 forstand.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup>Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, premiss 91.

<sup>49</sup> Se for eksempel Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 111, sak T-203/01 *Manuafcture francaise des pneumatiques Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*, premiss 54 og sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 241.

<sup>50</sup> Se for eksempel forente saker T-24/93 flg. *Compagnie Maritime Belge Transports* og sak C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*.

<sup>51</sup> Sak C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*, premiss 72. Saken omhandlet rovprising, men ettersom rovprising inngår i kategorien prismisbruk kan det samme til en viss grad antas for lojalitetsrabatter. Se også Sak C-27/76 *United Brands mot Kommisjonen*, premiss 189.

Atferd kan også anses som ulovlig misbruk i tilfeller hvor det dominerende foretaket ikke lykkes i å oppnå ønsket konkurransebegrensende effekt.<sup>52</sup> Hvorvidt det foreligger hensikt er et bevisspørsmål som kan tillegges vekt ved vurderingen om konkurranseloven § 11 er overtrådt. Hovedregel og utgangspunkt er at selve vurderingen skal være objektiv. En slik tolkning støttes også av rettspraksis.

Det neste spørsmål er hva som ligger i ”normal competition”. EF-domstolen antyder i premisset at den vil sammenholde den omtvistede atferden med normal konkurranse når det fastslås hvorvidt misbruksvilkåret er oppfylt. Konkurransen skal defineres på bakgrunn av pris, kvalitet og funksjonalitet ved produktet.<sup>53</sup> Det er imidlertid ikke klart hva ”normal competition” innebærer. Det skaper ytterligere problemer at en konkurranseatferd som er ”normal” i den forstand at den er et vanlig kommersielt verktøy og utøves av mange markedsaktører, ikke automatisk utgjør en lovlig atferd for det dominerende foretak. Det er i hvert fall klart at terminologien gir et visst spillerom for det dominerende foretak til å utøve tiltak for å møte konkurransen på markedet.<sup>54</sup> Atferden skal for å rammes skille seg fra hva som anses normalt i forbindelse med det dominerende foretakets tilbud av varer og tjenester.<sup>55</sup> Vurderingen EF-domstolen sikter til er at det dominerende foretak ikke skal anvende sin *markeds*makt til å få handelen til å gå sin vei. I et marked hvor det er en dominerende markedsaktør er den naturlige konkurransen allerede svekket.<sup>56</sup>

Selv om et dominerende foretak ofte vil ha adgang til å gjøre det samme som konkurrentene sine, er det sikker praksis for at et dominerende foretak kan straffes for nettopp dette. I rettspraksis er dette begrunnet med at det foreligger et ekstraansvar for dominerende foretak til å utøve sin atferd på en måte som ikke skader konkurransen.

---

<sup>52</sup> Sak T-28/93 *Compagnie Maritime Belge Transports mot Kommisjonen*, premiss 149.

<sup>53</sup> O’Donoghue (2006) side 177.

<sup>54</sup> *Norsk Konkurranserett Bind 1*, (2007), side 366.

<sup>55</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 70.

<sup>56</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 70.

Allerede i *Michelin I* gav EF-domstolen uttrykk for en streng vurdering av dominerende foretaks atferd. EF-domstolen fant at:

*”A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination, but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”<sup>57</sup>*

Utgangspunktet er klart. Det er ikke i strid med artikkel 82 å ha en dominerende stilling, men dersom foretaket regnes som dominerende, påhviler en ekstra forpliktelse om å utøve sin forretningsadferd slik at konkurransen ikke skades. Denne restriktive vurderingen av dominerende foretaks atferd har blitt opprettholdt av både EF-domstolen og Førsteinstansretten i senere rettspraksis.<sup>58</sup> Et dominerende foretaks adgang til å utøve normal konkurranse gjelder derfor innenfor grensene som følger av ekstraansvaret.

Det skal imidlertid bemerkes at doktrinen om ”special responsibility” i *Michelin I* ble behandlet under vilkåret om dominerende stilling. Rettspraksis har med tiden overført læresetningen til å gjelde misbruksvilkåret.<sup>59</sup> Kritikere hevder at doktrinen har fått for vidt anvendelsesområde i nyere rettspraksis. Spesielt kritiseres dommen *France Télécom* hvor det ble fastholdt at France Télécom ikke kunne møte konkurransen på markedet med tilsvarende tiltak fordi egenskapene ved forpliktelsene under artikkel 82 i gjør at dominerende foretak ”may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if

---

<sup>57</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 57.

<sup>58</sup> Se blant annet Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, sak T-203/01 *Michelin II*, sak T-340/03 *France Télécom (tidligere Wanadoo) mot Kommisjonen*.

<sup>59</sup> *European Competition Law Annual 2007*, (2008) side 263 flg. Læresetningen møter kritikk av blant annet Allendesalazar (side 263) og Geradin (side 268).

adopted or taken by non-dominant undertakings”.<sup>60</sup> Førsteinstansretten anvender således i *France Télécom* et forholdsvist vidt ekstraansvar.

Ved å sammenholde rettspraksis, kan det fastslås at ”normal competition” i det minste innebærer ”competition on the merits” eller ”genuine undistorted competition.”<sup>61</sup> Disse vurderingsnormene, som dog er like vage, er uttrykt i rettspraksis som en alternativ forklaring på hva misbruk er.<sup>62</sup> Det fastholdes at alt som ikke er ”competition on the merits” eller ”genuine undistorted competition” er misbruk i artikkel 82 forstand. Av dette kan det motsetningsvis slutes at begrepet normal konkurranse i det minste inneholder disse vurderingsstandardene. Rettspraksis gir således ikke klar veiledning om hvor grensen om normal konkurranse går, og det må anses uavklart hvor vidt ekstraansvaret favner.

Det reiser også spørsmålet om hvordan “the *effect* of hindering the maintenance of the degree of competition *still existing* in the market or the growth of that competition” skal tolkes. En naturlig tolkning er at atferden må virke inn på konkurransen før den kan anses som misbruk. Det kan også utledes at det er virkningen på *restkonkurransen* og veksten av denne som er det relevante vurderingstema. Dette kan ses i sammenheng med at konkurransen i markedet allerede er svekket hvor det foreligger en dominerende aktør. EF-domstolen krever dermed en behandling av atferdens virkning, før den finner atferden ulovlig. Dette gjelder imidlertid ikke uten forbehold. Hvorvidt det kan innfortolkes et krav om at det påståtte misbruk må ha konkurransebegrensende virkning er omdiskutert. Dette behandles derfor særskilt i kapittel 5. I kapittel 5 vil jeg drøfte om det i realiteten foreligger

---

<sup>60</sup> Sak T-340/03 *France Télécom (tidligere Wanadoo) mot Kommisjonen*, premiss 185-186. jfr. sak COMP/38.233 *Wanadoo Interactive* premiss 315. Saken er anket inn for EF-domstolen C-202/07, men ikke ennå avgjort.

<sup>61</sup> *ECS/AKZO*, OJ 1985 L 374/1 premiss 81, hvor det uttales ”A dominant firm is entitled to compete on the merits.” Fastholdt i Sak C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*. Og, Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 57.

<sup>62</sup> O’Donoghue (2006) side 176-177.

et krav om at atferden må ha virket inn på konkurransen, og hvilket innhold kravet eventuelt har.

Når misbrukskriteriet skal anvendes på lojalitetsrabatter, har vurderingen nær sammenheng med vurderingen av eksklusivavtaler. Begrunnelsen er at lojalitetsrabatter kan ha virkninger lik eksklusivavtaler.<sup>63</sup> Dette gjenspeiler seg også i diskusjonsnotatets oppbygning, som inneholder en generell del som omhandler eksklusivavtaler og lojalitetsrabatter sammen, og en spesiell del utelukkende for lojalitetsrabatter.<sup>64</sup>

Denne nære sammenhengen ble illustrert i *Hoffmann-La Roche*. EF-domstolen fastslo at de omtvistede lojalitetsrabattene skulle vurderes på samme måte som eksklusivitetsavtalen. Først fant EF-domstolen at Hoffmann-La Roches' bruk av en eksklusiv kjøpavtale var i strid med artikkel 82, fordi den bandt kundene til selskapet. Dernest uttalte EF-domstolen om lojalitetsrabattene:

*”The same applies if the said undertaking without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of the agreement concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customers obtaining all or most of its requirements – whether the quantity of its purchase be large or small – from the undertaking in the dominant position.”<sup>65</sup>*

Det er naturlig å tolke dette utsagnet slik at dersom rabatten gir kunden incentiver til å foreta hele eller det meste av sitt innkjøp hos det dominerende foretaket, på bekostning av konkurrentene, vil det kunne være i strid med artikkel 82. De kan behandles på samme

---

<sup>63</sup> *Norsk Konkurranserett Bind 1*, (2007), side 535.

<sup>64</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 134 flg.

<sup>65</sup> Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, premiss 89, jfr sak 40/73 *Suiker Unie mot Kommisjonen*.



måte som forbudet mot eksklusive avtaler. Tradisjonelt har eksklusive avtaler blitt behandlet strengt av rettspraksis.<sup>66</sup>

### 4.3 "Rene" kvantumsrabatter

Både EF-domstolen og Førsteinstansretten har fastslått at rene kvantumsrabatter går klar av artikkel 82.<sup>67</sup> Allerede i *Michelin I* fastslo EF-domstolen:

*"in contrast to a quantity discount, which is linked solely to the volume of purchases from the manufacturer concerned, a loyalty rebate, which by offering customers financial advantages tends to prevent them from obtaining their supplies from the competing manufacturers, amounts to an abuse within the meaning of article [82] of the treaty".<sup>68</sup>*

Som det fremgår av sitatet kan en lojalitetsrabatt, i motsetning til en kvantumsrabatt, være egnet til å hindre kundene fra å handle hos konkurrerende foretak og medføre misbruk etter artikkel 82. Det er kun rabatter som hindrer kunden i å handle hos konkurrenter og derved sikrer eksklusivitet som behandles som lojalitetsrabatter.<sup>69</sup>

Et spørsmål som det er nærliggende å stille er hvordan domstolene definerer rene kvantumsrabatter. Som et generelt prinsipp fant Førsteinstansretten:

---

<sup>66</sup> Se for eksempel Whish (2009) side 673 og *Norsk Konkurranserett Bind I* (2006) side 531.

<sup>67</sup> EF-domstolens og Førsteinstansrettens fremgangsmåte ved vurdering av rabatter er noe forskjellig, men resultatet kan gis samme begrunnelse. Se *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 538-542 for en atskilt fremstilling av metoden. I denne fremstillingen vil vurderingen domstolene foretar bli behandlet under ett.

<sup>68</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 71.

<sup>69</sup> *Norsk Konkurranserett Bind I*, (2007), side 536.

*”Quantity rebate systems linked solely to the volume of purchases made from an undertaking occupying a dominant position are generally considered not to have the foreclosure effect prohibited by Article 82 EC.”<sup>70</sup>*

Førsteinstansretten fastholder at såfremt en stigning i den leverte mengde medfører lavere omkostninger for leverandøren, er leverandøren berettiget å gi kunden fordelene ved en gunstig prisfastsettelse. Kvantumsrabatter antas på bakgrunn av dette som ytelseskonkurransen som avspeiler den ytte effektivitet og stordriftsfordeler som det dominerende foretaket oppnår.<sup>71</sup> Av dette kan det konkluderes at dersom det dominerende foretak har en økonomisk berettigelse, og ikke har til formål å hindre konkurransen, vil et rabattsystem hvor rabattens størrelse stiger i takt med de kjøpte mengder, som hovedregel ikke utgjøre misbruk.<sup>72</sup>

Førsteinstansretten uttrykker også et forbehold, ”generally considered”. Dette kan tolkes på bakgrunn av *Portugisiske flyplasser*, hvor EF-domstolen fant at en kvantumsrabattordning kun er lovlig i den grad den ikke diskriminerer.<sup>73</sup> Kriteriene som fastslår kvantumsrabatten, må derfor ikke resultere i ulike vilkår for samme ytelse.

Det kan etter dette stilles følgende spørsmål. Dersom en rabattordning ikke utgjør en ren kvantumsrabatt, hvilken vurdering legger rettspraksis til grunn? Ved vurderingen av om en prispolitikk utgjør misbruk har Førsteinstansretten uttalt at:

*”it is necessary to consider all the circumstances, particularly the criteria and rules governing the grant of the discount, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discounts tends to remove or restrict the buyers’ freedom to choose his sources of supply, to bar*

---

<sup>70</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 58.

<sup>71</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 58.

<sup>72</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 59.

<sup>73</sup> Sak C-163/99 *Portugal mot Kommissjonen*, premiss 50.

*competitors from access the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition”.*<sup>74</sup>

Førsteinstansretten fastholder at dersom det ikke foreligger en ren kvantumsrabatt skal det foretas en konkret helhetsvurdering av alle forhold for å undersøke om rabattordningen er egnet til å begrense konkurransen. Utgangspunktet er sammenfallende med tidligere rettspaksis og opprettholdes av både EF-domstolen og Førsteinstansretten i senere saker.<sup>75</sup>

At et rabattsystem betegnes som en kvantumsrabatt, medfører ikke at rabattene er i overensstemmelse med artikkel 82.<sup>76</sup> Som vurderingsnormen i *Irish Sugar* viser skal det foretas en nøysom helhetsvurdering, hvor det fastlegges hvorvidt rabatten utelukkende bygger på volumet av innkjøpet fra det dominerende foretak.

#### 4.4 Hvilke momenter har rettspraksis vektlagt ved analysen av lojalitetsrabatters ekskluderende virkning?

##### 4.4.1 Innledende bemerkninger

Det skal presiseres at ordlyden i artikkel § 11 ikke uttrykkelig oppsetter et forbud mot ekskluderende lojalitetsrabatter i litra a-d. EU-rettspraksis har hjemlet forbudet i artikkel 82 sin generelle ordlyd.

Som belyst i det innledende kapittelet, kan et rabattsystem som er lojalitetsskapende medføre konkurransebegrensing, fordi kunden foretar hele eller mesteparten av sitt kjøp

---

<sup>74</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 114.

<sup>75</sup> Se for eksempel Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 60 og sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 67, jfr. sak 322/81 *Michelin I*, premiss 73.

<sup>76</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 62.

hos det dominerende foretaket. Dette kan skje på bekostning av konkurrenter, noe som igjen vil skade kundene og forbrukerne til slutt. Den konkurransbegrensende virkningen kan bestå i en forringelse av kundens valg av forsyningskilde, konkurrenter presses ut av markedet, konkurrenter reduserer sine muligheter for ekspansjon eller nye konkurrenter hindres i å etablere seg i markedet.<sup>77</sup>

Verken EF-domstolen eller Førsteinstansretten har gitt klare vilkår om hva må foreligge for at et rabattskjema skal anses som en lovlig kvantumsrabatt. Hovedsakelig har domstolene konsentrert seg om begrunnelsen om når en rabattordning anses ulovlig. Det må derfor undersøkes hvilke momenter domstolene i praksis har vektlagt i analysen av hvorvidt det foreligger en lojalitetsrabatt som utgjør misbruk. En analyse av disse momentene følger nedenfor. Det er ikke mulig å gi en uttømmende liste av momentene.<sup>78</sup> En annen sentral problemstilling, som vil bli behandlet fortløpende, er om *Veiledningen* er sammenfallende med tidligere rettspraksis om emnet.

Det understrekes at det er en helhetsvurdering av rabattordningens samlede virkning som er avgjørende og ikke hvert enkelt moment alene.<sup>79</sup> Det kompliserer situasjonen ytterligere at et rabattsystem som er lovlig i et marked, ikke nødvendigvis er lovlig i et annet.

Vurderingen av hvorvidt det foreligger en ”ren kvantumsrabatt” eller en lovstridig lojalitetsrabatt, må ikke forveksles med doktrinen om objektiv begrunnelse.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> *Norsk Konkurranserett Bind 1*,(2007), side 535 flg.

<sup>78</sup> Diskusjonsnotatet avsnitt 147 understreker at det ikke finnes en uttømmende liste.

<sup>79</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 114, ”it is necessary to consider all the circumstances.”

<sup>80</sup> *Norsk Konkurranserett Bind I* (2007) side 540. Doktrinen om objektiv begrunnelse drøftes i kapittel 6.

#### 4.4.2 Rabattordningens generelle utforming

Hvilken rabatttype man står ovenfor og hvordan rabatten er utformet, er svært viktige momenter som er tillagt betydelig vekt i rettspraksis. Som drøftet ovenfor kan artikkel 82 ikke anvendes på ”rene kvantumsrabatter”. Rabatter kan inndeles i to overordnede kategorier, betingede og ubetingede rabatter. Betingede rabatter gjenkjennes ved at rabatten ytes kunden som en belønning for en bestemt kjøpsatferd.<sup>81</sup> Ubetingede rabatter gis til noen kunder, men ikke andre, og de er uavhengig av kjøpsatferd.<sup>82</sup> De fleste rabattordninger er betingede. Rabattene som det vil foretas en drøftelse av nedenfor, er betingede rabatter.

##### 4.4.2.1 Individuelle og standardiserte volumrabatter

En egenskap ved rabattordningen som rettspraksis har tillagt betydelig vekt som moment i vurderingen av rabattordningens lojalitetsskapende karakter, er om rabattene som tilbys er individuelle eller standardiserte rabatter.<sup>83</sup> En individuelt fastsatt volumrabatt kan for eksempel være en rabatt som gjelder kun for én kunde og som er fastsatt og tilpasset etter kundens kjøpsbehov. En standardisert volumrabatt kan for eksempel være en rabattordning med en volumterskel som fastslår når en rabatt er oppnådd, og som er likt fastsatt for alle kjøpere, uansett kjøpsbehov. At en rabatt er en volumrabatt vil si at den gjelder for alle enheter som er blitt kjøpt av kunden. Det er ingen uttømmende liste for hvordan individuelle og standardiserte volumrabatter kan være utformet.

---

<sup>81</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 36.

<sup>82</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 171. Når Kommisjonen vurderer ubetingede rabatter anvender den reglene om rovprising.

<sup>83</sup> Eksempler på individuelt fastsatte volumrabatter, se sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, sak 322/81 *Michelin I*, sak T-65/89 *BPB Industries mot Kommisjonen* og sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*. Et eksempel på standardiserte volumrabatter, se sak T-203/01 *Michelin II*. *Veiledningen* (2008) bekrefter at skillet mellom individuelle og standardiserte volumrabatter kan ha stor betydning for den lojalitetsskapende virkning et rabattsystem kan ha på forholdet mellom et dominerende foretak og dets kunder, se avsnitt 44.

En av grunnene til at rettspraksis har funnet det viktig å skille mellom individuelle og standardiserte volumrabatter er at det kan ha stor betydning for i hvilken grad rabattordningen er lojalitetsskapende. Rettspraksis har i større grad vært tilbøyelig til å godta standardiserte volumrabatter, fremfor individualiserte rabatter.

Individuelt fastsatte rabatter kan i noen tilfelle ha en sterk lojalitetsskapende virkning på forholdet mellom det dominerende foretaket og kunden. Denne rabattypen åpner for at det dominerende foretaket kan fastsette rabatterskelen, som bestemmer når en rabatt skal inntre, til et nivå som kan skape størst mulig lojalitet hos kunden mot det dominerende foretaket. Hvilket nivå som vil være mest lojalitetsskapende kan variere fra sak til sak. Terskelen på den individuelle volumrabatten kan for eksempel være fastsatt på bakgrunn av kjøpene som ble foretatt av kunden i forrige periode, og bli satt som individuelle salgsmål for gjeldende periode. En felles egenskap ved individuelt fastsatte rabatter er at de ofte knytter seg direkte til kundens antatte kjøpsbehov i den gitte perioden. Domstolene har funnet at individuelt fastsatte volumrabatter kan gi en lojalitetsskapende virkning, fordi ordningen oftere kan lede til at kundene gis sterke incentiver til å unnlate å handle hos det dominerende foretakets konkurrenter. Incentivene oppstår fordi kunden kan risikere ikke å nå rabatterskelen, dersom kunden handler hos konkurrerende virksomheter. Et eksempel på denne type rabatt er målrabatter, hvor kunden må oppnå et salgsmål for å få rabatt. Dersom salgsmålet nås vil det kunne være avtalt at kunden skal få rabatt på hele volumet fra første kjøp. Hvis kunden ikke oppnår rabatterskelen, vil den ikke bli tilbudt den gunstige rabatten.<sup>84</sup>

Et eksempel fra rettspraksis som kan belyse hvordan individuelt fastsatte volumrabatter har blitt vurdert er *Irish Sugar*.<sup>85</sup> Irish Sugar-saken gjaldt misbruk av en dominerende stilling ved bruk av forskjellige rabattordninger. En av rabattypene som ble gitt var en målrabatt for Irish Sugar sine kunder. Målrabattene var nært knyttet til kundenes samlede kjøpsbehov for sukker. Førsteinstansretten fant at det var misbruk av dominerende stilling, da en slik

---

<sup>84</sup> *Norsk Konkurranserett Bind I*, (2006), side 536.

<sup>85</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*

praksis alene kan ha til formål å binde kundene som mottar rabatten, og stille konkurrentene dårligere i konkurransen.<sup>86</sup> Med dette viser Førsteinstansretten en restriktiv vurdering av målrabatter, fordi de kan ha en sterk lojalitetsskapende virkning.

Det skal bemerkes at dommen er kritisert fordi Førsteinstansretten ikke skilte mellom diskriminerende atferd som utelukket konkurrenter, og ren diskriminering etter artikkel 82(c).<sup>87</sup> Skillet er imidlertid opprettholdt i *British Airways* og *Michelin II* hvor Førsteinstansretten skiller mellom prinsippene om utelukkelse og diskriminering.<sup>88</sup>

Standardiserte volumrabatter har i stor grad vært godtatt av konkurransemyndighetene.<sup>89</sup> Som påpekt ovenfor, er volumterskelen, som fastslår når en standardisert volumrabatt er oppnådd, likt fastsatt for alle kunder av det dominerende foretaket.<sup>90</sup> Terskelen til en standardisert volumrabatt kan for noen av de små kundene være for høyt fastsatt til at rabattordningen kan ha en lojalitetsskapende effekt. For andre større kunder kan terskelen være for lav til at rabattordningen kan være lojalitetsskapende.<sup>91</sup> I det første tilfellet, er standardiserte volumrabatter i mindre grad lojalitetsskapende fordi de små kundene ikke alltid vil ha mulighet til å nå terskelen. Tilsvarende vil den standardiserte rabattordningen for de store kundene i mindre grad være lojalitetsskapende fordi de kan ha et større kjøpsbehov enn det som terskelen krever. Dersom kundene ønsker å bytte til en av det dominerende foretakets konkurrenter, vil de ikke risikere å miste rabatten slik som individuelle rabatter kan medføre.

I noen tilfelle vil rabattordningen ha lojalitetsskapende virkninger slik som individuelt fastsatte rabatter, selv om det foreligger en standardisert rabatt. Et eksempel fra rettspraksis

---

<sup>86</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 213.

<sup>87</sup> O'Donoghue, (2006), side 203.

<sup>88</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, sak T-203/01 *Michelin II*, sak 322/81 *Michelin I*.

<sup>89</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 44.

<sup>90</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 44.

<sup>91</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 44.

hvor rabattordningens vilkår fremstod som en standardisert volumrabatt, men i realiteten viste lojalitetsskapende virkninger lik individuelt fastsatte rabatter, er *Michelin II*.<sup>92</sup>

Michelin hadde dominerende stilling i to tilgrensende markeder. Det ene markedet var markedet for direktesalg av nye dekk til bilprodusentene, uten at det forelå et mellomledd. Det andre markedet var markedet for erstatningsdekk solgt til den endelige forbruker, fortrinnsvis gjennom en rekke spesialiserte forhandlere.<sup>93</sup> Rabattordningen som Michelin ga til sine kunder var oppdelt i tre kategorier. Den første var et standardisert volumrabattsystem som inneholdt en årlig rabatt som svarte til en prosentandel av omsetningen til kunden, og steg i takt med omsetningen. For å oppnå denne volumrabatten måtte kundene nå opp til de omsetningstærskler som var fastsatt i rabatttabellen. Den andre rabatten ble beregnet på bakgrunn av forhandlerens servicekvalitet til sine kunder og ble omtalt som servicebonus. Den siste kategorien var en innkjøpsbonus som ble gitt til forhandlere som, ved årets begynnelse, skriftlig forpliktet seg til å overskride en bestemt minsteomsetning. Rabattene og bonussene ble ikke utbetalt etter hver enkelt faktura, men i februar året etter referanseperioden.<sup>94</sup>

Det standardiserte volumrabattsystemet besto av et system med en progressiv rabattskala som bygget på et stort antall tettliggende terskler. Noen tabeller hadde over 60 terskler for når neste rabatt skulle inntre. Dette medførte at det kun skulle små innkjøpsmengder til, for at kunden kunne oppnå den etterfølgende sats. Selv om rabattordningen i utgangspunktet var utformet som en standardisert volumrabatt, med likt utformede terskler for alle, hadde noen av tabellene over 60 terskler som i praksis kunne tilsvare de fleste av kundenes totalbehov av dekk. Blant annet dette gjorde at rabattordningen inneholdt egenskaper som kunne medføre lojalitetsskapende virkning slik som individuelt fastsatte rabatter kan ha. På bakgrunn av den standardiserte volumrabattordningens generelle utforming, og andre egenskaper ved rabattsystemet, slik som for eksempel referanseperiodens lengde, fant

---

<sup>92</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*.

<sup>93</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 2.

<sup>94</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 5-11.



Førsteinstansretten at de standardiserte volumrabattene var lojalitetsskapende og ulovlige. Dette er første gangen en standardisert volumrabattordning er funnet ulovlig.<sup>95</sup>

Momentet om hvorvidt det foreligger individuelle volumrabatter eller standardiserte volumrabatter, kan etter dette anses å ha blitt tillagt betydelig vekt i rettspraksis når domstolene vurderer rabattordningens lojalitetsskapende karakter. Veiledningen bekrefter tolkningen om at momentet kan anses å ha stor vekt ved vurderingen av den lojalitetsskapende karakteren ved rabattordningen.<sup>96</sup> Også Kommisjonen er av den oppfatning at individuelt fastsatte rabatter kan medføre maksimal lojalitetsskapende virkning, og at standardiserte volumrabatter som utgangspunkt ikke vil være lojalitetsskapende. Veiledningen fastholder imidlertid at dersom den standardiserte mengdeterskelen svarer til etterspørselen hos en betydelig andel av kundene, kan rabattordningen medføre konkurranseskadelig utelukkelse av det dominerende foretakets rivaler.<sup>97</sup>

#### 4.4.2.2 Retroaktive rabatter og merkjøpsrabatter

Et annet moment som er vektlagt i rettspraksis er om rabattordningen er retroaktiv, eller om den kun gjelder for enhetene som overstiger terskelen som fastslår når en rabatt vil inntre.

Med retroaktive rabatter menes rabatter som virker tilbake på alle enheter som kunden har kjøpt av det dominerende foretaket, når kunden oppnår terskelen som utløser rabatten. Retroaktive rabatter kan utformes på mange måter. Retroaktive rabatter omfatter blant annet tilfeller hvor rabatten bortfaller helt ved salg under terskelen, og tilfeller hvor det gjelder ulike rabattsatser for hele volumet avhengig av om en terskel passerer. Den sistnevnte kalles ofte trappetrinnsrabatter hvor det er flere terskler som utløser en ytterligere rabatt per kjøpte enhet. Dersom trappetrinnsrabatten er utformet slik at kunden

---

<sup>95</sup> O'Donoghue (2006) side 386-387.

<sup>96</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 44. Kommisjonen uttrykker samme standpunkt i Diskusjonsnotatet avsnitt 159.

<sup>97</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 44.

får en ytterligere rabatt som virker retroaktivt på tidligere kjøpte enheter for hver gang kunden når et nytt trappnivå, vil det kunne medføre lojalitetsskapende virkninger.

Rabatter som kun gjelder for de enhetene som overstiger terskelen som utløser rabatt kalles ofte for merkjøpsrabatter.

Dersom en rabattordning er retroaktiv kan den ha betraktelig lojalitetsskapende virkning på forholdet mellom det dominerende foretaket og kunden. Grunnen til den lojalitetsskapende virkningen er at incentivene til å kjøpe flere enheter øker når kunden begynner å nærme seg terskelen som utløser rabatt. Kunden får incentiver til å kjøpe flere enheter, fordi når terskelen nås, vil kunden få rabatt på alle tidligere kjøpte enheter. Oppnås ikke terskelen kan kunden i verste fall risikere ikke å få rabatt på noen av enhetene. Den lojalitetsskapende virkningen oppstår blant annet fordi dersom kunden kjøper enheter hos konkurrenter i stedet for hos det dominerende foretaket, er det vanskeligere for kunden å oppnå en høyere rabatt på samtlige kjøpte enheter. Ettersom dominerende foretak nettopp har en stilling i markedet som betyr at kundene handler mange enheter av foretaket, kan en rabatt som virker tilbake på alle enheter kjøpt tidligere bestå av betydelige verdier for kundene. En annen måte å uttrykke dette på er at kunden kan få høye byttekostnader, fordi kunden ikke får den tilbakevirkende rabatten dersom kunden bytter til en annen leverandør. Byttekostnader vil si kostnader for kunden i forbindelse med et bytte til en annen leverandør enn det dominerende foretaket. Dersom referanseperioden er lang vil rabattene ha større lojalitetsskapende virkning enn de tilfeller med kort referanseperiode, blant annet fordi det er flere enheter som er kjøpt og den økonomiske gevinsten kunden kan oppnå ved å nå terskelen er større.<sup>98</sup> Veiledningen til Kommisjonen fastholder også at den lojalitetsskapende virkningen kan være betydelig ved retroaktive rabatter, fordi det gjør det mindre attraktivt for kunden å bytte leverandør.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Jeg vil komme tilbake til momentet referanseperiodens lengde i kapittel 4.4.4.

<sup>99</sup> Veiledningen (2008) avsnitt 39.

Et eksempel fra rettspraksis er *Michelin I*.<sup>100</sup> Michelin tilbød sine forhandlere en målrabatt med ett år som referanseperiode. Målrabatten var en individuell rabatt som ble fastsatt på grunnlag av forhandlerens omsetning av Michelin-dekk året før. Når forhandlerne oppnådde terskelen som utløste rabatt fikk forhandlerne rabatt på kjøpene som var foretatt i hele referanseperioden, som var på ett år. EF-domstolen fant at målrabattene var lojalitetsskapende ved at forhandlerne i realiteten kunne være avskåret fra å velge andre konkurrenter fordi et skifte av leverandør ville medføre en merkbar økonomisk ulempe.<sup>101</sup>

Merkjøpsrabatter vil i betydelig mindre grad ha denne lojalitetsskapende virkningen fordi kunden utelukkende får rabatt på de enheter som overstiger terskelen som utløser rabatten. Dersom kunden tilbys merkjøpsrabatter, vil byttekostnadene være betraktelig lavere sammenliknet med byttekostnadene som kan oppstå ved retroaktive rabatter. Den økonomiske virkningen til merkjøpsrabatter er ikke like lojalitetsskapende.<sup>102</sup> I diskusjonsnotatet fastholder Kommisjonen at merkjøpsrabatter ikke vil være i strid med artikkel 82, såfremt rabattordningen ikke innebærer rovprising.<sup>103</sup> Rovprising vil si at det dominerende foretaket priser varene sine til under kostpris for å eliminere konkurrenter eller forhindre nyetablering av konkurrenter.<sup>104</sup> Kommisjonen vil i følge diskusjonsnotatet anse merkjøpsrabatter, hvor prisen er over kost, som lovlig ”competition on the merits”.<sup>105</sup>

#### 4.4.3 Terskelen rabatten er knyttet til og størrelsen på rabatten

Et annet moment som rettspraksis har anvendt ved vurderingen av rabattordningers lojalitetsskapende karakter, er rabatterskelen, altså hvor mye kunden må kjøpe for å oppnå rabatt i det hele tatt eller oppnå en bestemt rabattsats, og størrelsen på rabatten. Dette momentet har nær tilknytning til hvilken rabatttype som foreligger. Styrken på den

---

<sup>100</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 85.

<sup>101</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 85.

<sup>102</sup> O’Donoghue, (2006), side 388.

<sup>103</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 168.

<sup>104</sup> *Norsk Konkurranserett Bind I*, (2006) side 490.

<sup>105</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 168.

lojalitetsskapende virkningen kan avhenge av rabattprosentens størrelse og fastsettelsen av terskelnivået.

Noen rabattsystemer kan være utformet på en måte som gjør at selv en liten rabattsats på under én prosent kan ha en betydelig lojalitetsskapende effekt. Dette momentet må derfor vurderes i sammenheng med flere av rabattordningenes egenskaper. Også her kan *Michelin I* belyse rettstilstanden.<sup>106</sup> EF-domstolen fant at størrelsen på Michelin sine rabattsatser, som var helt ned til 0,2-0,4 prosent ikke hadde avgjørende betydning som moment i vurderingen av den lojalitetsskapende karakter, fordi rabattordningen var utformet slik at selv små rabattsatser kunne ha store økonomiske virkninger for kunden.<sup>107</sup>

Selve fastsettelsen av terskelen som utløser rabatt kan være av stor betydning for hvor lojalitetsskapende rabattordningen er. Hvorvidt terskelen for rabatten blir satt nær kundens såkalte realiserte etterspørsel (kjøpsbehov), er av stor betydning. Hvis terskelen som utløser rabatt settes lavere enn hva kunden uansett kommer til å kjøpe av varer, vil rabatten ikke ha en lojalitetsskapende effekt.<sup>108</sup> Bare hvor terskelen settes like under eller over kundens kjøpsbehov vil den lojalitetsskapende virkningen øke, fordi det vil oppholde kunden til å fortsette sine kjøp hos det dominerende foretaket, med det mål å oppnå rabatten. Dersom rabatten fortsetter for kjøp over denne terskelen, enten ved lineære rabatter eller trappetrinnsrabatter, vil antallet enheter på hvert trinn være relevant. Hvor den realiserte etterspørsel er mellom to terskler med høy nivåforskjell er eksklusjon av rivaler mindre sannsynlig. Den lojalitetsskapende effekten er lavere fordi terskelen vil være for høy for noen kunder til å være lojalitetsskapende, og for lav for andre kunder som uansett har en større etterspørsel av varer.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, se også drøftelsen av dommen ovenfor i punktet om retroaktive rabatter og merkjøpsrabatter.

<sup>107</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 80.

<sup>108</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 152.

<sup>109</sup> Veiledningen (2008) avsnitt 44 og O'Donoghue, (2006), side 391.

Rabattens størrelse og terskelen som utløser rabatt kan sammen ha en betraktelig lojalitetsskapende virkning. Jo høyere rabattprosenten er, og jo større antall enheter som må kjøpes før rabatten slår til, desto større kan den lojalitetsskapende virkningen være når kunden begynner å nærme seg terskelen som utløser rabatten.<sup>110</sup> Denne virkningen omtales som ”suction effect”, eller dragsugeffekt, fordi jo nærmere kunden kommer terskelen som utløser rabatt, jo større vil den lojalitetsskapende virkningen være ettersom kunden vil ønske å oppnå terskelen. Dersom kunden kjøper enheter hos konkurrenter kan kunden risikere ikke å oppnå terskelen. Hvor sterk dragsugeffekten er, kan ha nær sammenheng med andre faktorer slik som for eksempel referanseperiodens lengde.<sup>111</sup> Dragsugeffekten vil ikke foreligge når rabatten tildeles per enhet, fordi rabatten som tildeles for den neste enhet, aldri vil bli større enn den fastsatte rabatt for denne enhet.

I noen tilfelle kan til og med den reelle prisen på den siste enheten før terskeloppnåelse være negativ, ettersom totalrabatten kan overstige enhetsprisen. Et eksempel er hvis en enhet koster kr 10 og rabatten er på 10 prosent. Ved en ren kvantumsrabatt, hvor rabatten blir utbetalt per enhet, vil kunden spare kr 1 per enhet. Interessen for kunden for å foreta et ytterligere kjøp er derfor i liten grad knyttet til rabatten. Men dersom kunden må kjøpe 10.000 enheter før rabatten blir utbetalt, vil kundens interesse av å kjøpe ytterligere enheter stige når terskelen nærmer seg. Det foreligger betydelig interesse for kunden ved enhet 9.999 å kjøpe ytterligere en enhet (enhet 10.000), fordi kunden får utbetalt en rabatt på kr 1000 bare på grunn av den siste enheten. Dette eksempelet bekrefter at jo høyere antall enheter som utgjør en terskel og jo høyere rabattprosent, desto sterkere er dragsugeffekten.<sup>112</sup>

*Michelin II* illustrerer eksempelet ovenfor. Førsteinstansretten fant at tilskyndelsen til å kjøpe er betydelig større når rabattene beregnes ut fra en samlet omsetning innenfor en

---

<sup>110</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 153.

<sup>111</sup> Referanseperiodens lengde vil bli nærmere behandlet i kapittel 4.4.4.

<sup>112</sup> Sak C-322/81 *Michelin I*, premiss 81, Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 87-88 og Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 272-273.

bestemt periode, enn i de situasjoner hvor rabattene beregnes per enhet. Førsteinstansretten vurderte også dette momentet i sammenheng med momentet om referanseperiodens lengde, og fant at når referanseperioden er lang, kan rabattsystemet ha en ekstra sterk lojalitetsskapende virkning.<sup>113</sup>

Kommisjonen uttrykker samme standpunkt som Førsteinstansretten i Veiledningen om at jo høyere rabatten som prosent av totalprisen er, og jo høyere terskelen er, desto større vil den lojalitetsskapende virkningen være like under terskelen.<sup>114</sup> Kommisjonen bekrefter med dette sin egen uttalelse i diskusjonsnotatet.<sup>115</sup>

#### 4.4.4 Referanseperiodens lengde

Referanseperiodens lengde kan ha betydning for rabattordningens lojalitetsskapende virkning, og er blitt tillagt vekt som moment i vurderingen av rabattordningens lovlighet. Referanseperiodens lengde kan ha betydelig innvirkning på byttekostnadene. Som påpekt ovenfor er byttekostnader den kostnad som oppstår ved at en kunde bytter fra det dominerende foretaket til en rival. En referanseperiode vil si den tidsperioden som rabatten gjelder.

Tradisjonelt har rettspraksis holdt fast at jo lengre referanseperioden er, desto lettere vil rabattsystemet kvalifisere som misbruk. I *Michelin I* tilla EF-domstolen referanseperiodens lende betydelig vekt når domstolen skulle vurdere rabattordningens lojalitetsskapende virkning.<sup>116</sup> I *Michelin I* fant EF-domstolen:

*”However, any system under which discounts are granted according to the quantities sold during a relatively long reference period has the inherent effect, at*

---

<sup>113</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 87-88.

<sup>114</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 39.

<sup>115</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 153

<sup>116</sup> Sak 322/81 *Michelin I*

*the end of that period, of increasing pressure on the buyer to reach the figure needed to obtain the discount or to avoid suffering the expected loss for the entire period.*”<sup>117</sup>

Som det fremgår av sitatet øker presset på kjøperen mot slutten av referanseperioden, fordi kjøperen ikke ønsker å lide tap for den fastsatte periode. Jo lengre perioden er, desto større tap risikerer kjøperen å få, og desto større intensiver har kjøperen for å bli. Dette momentet er også blitt tillagt vekt i vurderingen av rabattordningers lojalitetsskapende virkning senere rettspraksis.<sup>118</sup>

Rabattypen som ble anvendt i *Michelin I*, gjaldt som påpekt ovenfor en individuelt fastsatt volumrabatt med ett år som referanseperiode. Når kunden oppnådde sitt individuelt fastsatte salgsmål, fikk kunden tilbakevirkende rabatt på hele referanseperiodens innkjøp. Ved referanseperiodens slutt kunne selv små utsving i rabattsatsene legge press på kundene, fordi det var avgjørende for fortjenestemarginene på salget av Michelin dekk gjennom hele året.<sup>119</sup> Presset til å oppnå terskelen som utløste rabatten ble forsterket blant annet på grunn av referanseperiodens lengde, fordi det økonomiske tapet som kunne oppstå ved at kunden ikke oppnådde terskelen var høyt. Referanseperiodens lengde kunne anses som en betydelig lojalitetsskapende faktor i vurderingen av virkningen på forholdet mellom kunden og det dominerende foretaket.

Et spørsmål som reiser seg er hvor grensen går mellom referanseperioder som er lojalitetsskapende, og referanseperioder som ikke skaper like mye lojalitet mellom det dominerende foretaket og kundene. Det foreligger ikke rettspraksis som direkte har uttalt seg om hvor en slik grense går. Et vedtak hvor Kommisjonen vedtok ikke å gripe inn, fordi rabattordningen ikke hadde lojalitetsskapende virkning, var i *Coca-Cola/ San Pellegrino*.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 81.

<sup>118</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*

<sup>119</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 81.

<sup>120</sup> Commission's XIXth Report on Competition Policy (1989) avsnitt 50.

Rabattordningen i denne saken hadde en referanseperiode på tre måneder. Hvor grensen skal trekkes mellom referanseperioder med og uten lojalitetsskapende virkning er ikke avklart i verken rettspraksis eller Kommisjonspraksis. Det må uansett foretas en konkret vurdering av alle egenskapene til et rabattsystem når den lojalitetsskapende virkingen vurderes.

I nyere rettspraksis har momentet referanseperiodens lengde ikke i like stor grad blitt trukket frem i domstolenes begrunnelser.<sup>121</sup> Et spørsmål som reiser seg er om referanseperiodens lengde har inngått i en vurdering av andre egenskaper ved rabattordningen.

I *Michelin II*<sup>122</sup> fastholdt Førsteinstansretten at den ikke formelt har fastslått at referanseperioden ikke må overstige tre måneder. Derneft fant Førsteinstansretten:

*”However, it cannot be denied that the loyalty inducing nature of a system of discounts calculated on total turnover achieved increases in proportion to the length of the reference period.”*<sup>123</sup>

I tillegg til å anse den lojalitetsskapende virkingen av rabattsystemet som proporsjonalt stigende med referanseperiodens lengde, sammenholder Førsteinstansretten i *Michelin II* referanseperiodens lengde med rabattsystemets karakter. Den fastholder at det ikke vil foreligge lojalitetsskapende virkning av et volumrabattsystem, når rabatten tildeles ved faktureringen ut fra de bestilte mengder. Derneft stadfester Førsteinstansretten den nære sammenheng mellom referanseperiodens lengde og hvorvidt det foreligger en retroaktiv rabatt eller en merkjøpsrabatt. Som påpekt ovenfor er den lojalitetsskapende virkning svakere når en rabatt kun anvendes på mengder som overstiger en bestemt sats

---

<sup>121</sup> Se for eksempel Sak T-203/01 *Michelin II*, sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, og ankesaken sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*.

<sup>122</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 85.

<sup>123</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 83.



(merkjøpsrabatt), enn de tilfeller hvor rabatten anvendes på den samlede omsetning gjennom hele referanseperioden. Førsteinstansrettens analyse i *Michelin II* viser at referanseperiodens lengde ikke vurderes isolert sett, men i sammenheng med rabattordningens vilkår og oppbygning. Dette er en utvikling fra tidligere *Michelin I*.

Det tas heller ikke direkte standpunkt til om referanseperioden lengde har betydning i *British Airways*.<sup>124</sup> Den ene provisjonsordningen til British Airways hadde en måned som referanseperiode.<sup>125</sup> Både EF-domstolen og Førsteinstansretten fant at rabattordningen hadde en lojalitetsskapende effekt på forholdet mellom British Airways og selskapets kunder. EF-domstolen uttaler på generelt grunnlag, med henvisning til tidligere rettspraksis, at lojalitetsskapende press kan være særlig sterkt når en rabatt ikke direkte vedrører den omsetningsstigning som kunden har gjort i den aktuelle perioden. Det kan utledes av EF-domstolens begrunnelser i *British Airways* at den korte referanseperioden på én måned ikke var av avgjørende betydning i vurderingen av rabattordningens lojalitetsskapende virkning. Andre egenskaper ved provisjonsordningen til British Airways utgjorde lojalitetsintensiver til kundene. For det første hadde ordningen en vesentlig marginaleffekt fra den ene referanseperiode til den neste, som kunne fordoble provisjonssatsene. For det annet var ikke British Airways' konkurrenter i stand til å oppveie denne virkningen gjennom mottilbud fordi deres markedsandeler var betydelig mindre.<sup>126</sup> EF-domstolen kan anses å bekrefte at referanseperiodens lengde ikke tillegges like stor vekt i helhetsvurderingen som EF-domstolen gjorde i tidligere rettssaker.<sup>127</sup>

Generaladvokat Kokott uttaler i seg om referanseperiodens betydning i sitt forslag til avgjørelse i *British Airways*. Det bekreftes at jo lengre referanseperioden er, desto større

---

<sup>124</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, og sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*.

<sup>125</sup> Sml. *Michelin I* og *Coca-Cola/San Pellegrino* hvor en referanseperiode på ett år var ulovlig, og en periode på tre måneder var akseptert.

<sup>126</sup> Sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 73-75 jfr. sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 272-273.

<sup>127</sup> Sak 322/81 *Michelin I*.

kan usikkerheten bli for kunden med hensyn til om det foreligger at tilstrekkelig stort salg til å oppnå bonus. Det er først mot slutten at kunden får oversikt over fortjenestemargin og nettostykkpris. Referanseperiodens lengde vil derfor kunne ha betydelig innflytelse på rabatters utelukkelsesvirkning. Generaladvokat Kokott fastholder også at den absolutte lengde ikke er avgjørende, men også hvor langt den pågjeldende sammenlikningsperiode går tilbake. Dersom systemet har månedsvise perioder som refererer til perioder som ligger et år tilbake i tid, kan gi sterkere incentiver til å øke salget i siste instans.<sup>128</sup>

I *Veiledningen*<sup>129</sup> tar Kommisjonen ikke uttrykkelig stilling til referanseperiodens lengde. Kommisjonen uttaler imidlertid i Diskusjonsnotatet følgende:

*“The case law of the Community Courts gives some relevance to the length of the reference period and as stated in the previous paragraph this factor may have an impact on the degree of uncertainty felt by the costumer. However, in most cases the length of the reference period has no bearing on the loyalty enhancing effect. The exception is where the dominant company is no longer an unavoidable trading partner.”*<sup>130</sup>

Som det følger av sitatet tillegger Kommisjonen ikke referanseperiodens lengde betydelig vekt som moment i helhetsvurderingen om det foreligger en lojalitetsskapende virkning på forholdet mellom det dominerende foretaket og kunden. Kommisjonen tar imidlertid forbehold om de tilfelle det dominerende foretaket er en uunngåelig handelspartner, hvor momentet kan ha større betydning.

---

<sup>128</sup> Generaladvokat Kokott forslag til avgjørelse i sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 94-95.

<sup>129</sup> Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertaking (3. December 2008), heretter referert til som *Veiledningen*.

<sup>130</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 161

Selve valget av *når* referanseperioden skal gjelde kan også være et moment som kan ha betydning for hvorvidt atferden er ekskluderende. Dersom det dominerende foretaket legger referanseperioden til et tidsrom når foretakets konkurrenter skal lansere nye produkter kan referanseperioden taler for at det foreligger ekskluderende atferd. Dette momentet ble anvendt av Førsteinstansretten i *Irish Sugar* til støtte for at det forelå ekskluderende atferd ved bruk av lojalitetsskapende målrabatter.<sup>131</sup>

På denne bakgrunn kan det argumenteres for at referanseperiodens lengde har fått mindre selvstendig betydning som moment enn det søm følger av tidligere rettspraksis som for eksempel *Michelin I*. Dette følger av både rettspraksis, Diskusjonsnotatet og *Veiledningen*. Diskusjonsnotatet kan anses å gå lengre enn rettspraksis ved å hevde at referanseperiodens lengde i de fleste saker ikke vil ha innvirkning på den lojalitetsskapende effekten. Rettspraksis er ikke helt avklart, og hvorvidt Kommisjonen vil få gjennomslag for dette i fremtidig praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten er ikke sikkert. Den ulike behandlingen av referanseperioden i nyere praksis er imidlertid ikke nødvendigvis inkonsekvent ettersom den til en viss grad kan reflektere egenskapene til de forskjellige næringssektorene saken gjelder og rabattordningene som blir anvendt.

#### 4.4.5 Usikkerhet knyttet til vilkårene for å oppnå rabatt

Et annet moment som rettspraksis har tillagt vekt i vurderingen av rabatters lojalitetsskapende virkning er om det er knyttet usikkerhet til hvordan rabattordningen er utformet.<sup>132</sup> Usikkerhet rundt rabattvilkårenes utforming er i rettspraksis blitt anvendt som moment for at det foreligger et rabattsystem med lojalitetsskapende virkning mellom kunden og det dominerende foretaket.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 213.

<sup>132</sup> Sak 322/81 *Michelin I*

<sup>133</sup> Sak 322/81 *Michelin I*

Desto mer lukket rabattordningen er, jo vanskeligere er det også for forhandlerne å sammenligne priser, samtidig som det kan bli vanskeligere for konkurrentene å matche tilbudet ettersom det ikke er klart hvor stor rabatten er. Det er også enkelt for salgsrepresentantene å justere rabattene for å oppnå størst intensiver for forhandlerne å fortsette handelen med det dominerende selskapet ettersom det ikke foreligger klarhet vedrørende rabattordningens utforming.<sup>134</sup>

Noen rabattordninger kan være lite gjennomiktig slik at kundene ikke vet hvilke vilkår rabattene blir beregnet ut i fra. Dersom det dominerende foretaket ikke gjør det klart ovenfor kundene hvordan rabattene utregnes, kan det i noen tilfelle skape lojalitetsvirkninger mellom kunden og det dominerende foretaket. Kundene kan gis incentiver til å fortsette handelen hos det dominerende foretaket, fordi de ikke vet hva som må til for å miste rabatten eller oppnå rabatten. I tillegg kan det være vanskelig for konkurrenter av det dominerende foretaket å matche det dominerende foretakets tilbud til kundene fordi det foreligger usikkerhet om hva dette tilbudet i utgangspunktet består i.<sup>135</sup>

Momentet om usikkerhet knyttet til vilkårene, gjelder også for eksempel rabattordninger som har skiftende utforming på vilkårene, uklare vilkår eller vilkår som stadig endres. Endres vilkårene ofte, kan det skape usikkerhet for kunden om hvilken profitt kunden vil oppnå ved å fortsette handelen hos det dominerende foretaket, eller ikke oppnå dersom kunden i stedet handler konkurrenter. Usikkerhet knyttet til vilkårene kan som påpekt ovenfor medføre at rabattordningen skaper lojalitet fordi det ikke er klart hva kunden mister eller oppnår ved å fortsette eller ikke fortsette handelen hos det dominerende foretaket.

Dette momentet kommer blant annet frem i *Michelin I*.<sup>136</sup> Rabattordningen Michelin tilbød sine forhandlere bar preg av ugjennomsiktighet og hadde en skiftende utforming.

---

<sup>134</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 83-84.

<sup>135</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 83-84.

<sup>136</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 83-84.

Rabattordningen var ikke meddelt forhandlerne skriftlig, noe som også kunne styrke usikkerheten knyttet til hvilke vilkår som forelå for at rabattene skulle bli utbetalt. Førsteinstansretten fant at et slikt rabattsystem setter forhandlerne i en usikker situasjon, hvor de ikke kan forutse hvilke følger det vil ha ikke å oppnå salgsmålene eller fastslå gevinstens omfang.

Dette momentet trekkes også frem i diskusjonsnotatet til Kommisjonen. I diskusjonsnotatet fastholdes det at det vil være av betydning om kundene etterlates i usikkerhet ved fastsettelsen av terskelen rabatten inntreffer eller størrelsen på rabatten.<sup>137</sup> Usikkerhet kan føre til større lojalitet hvor kundene ønsker å minimalisere risikoen for ikke å motta rabatt. Spesielt hvor referanseperioden er lengre vil usikkerheten også øke. Denne effekten kan spesielt være sentral hvor rabattstørrelsen er så stor at kunden ikke kan oppnå profitt når den anvender eller videreselger det gjeldende produktet<sup>138</sup>

Det følger derfor av rettspraksis at usikkerhet knyttet til vilkårene som bestemmer hva som utløser rabatt, kan være et tungtveiende moment i en vurdering av rabattordningens lojalitetsskapende virkning. Momentet om usikkerhet knyttet til vilkårene kommer også til uttrykk i Kommisjonens diskusjonsnotat. Dersom rabattordningens vilkår er transparent, skriftlig og har klare rammer, vil rabattordningen vanskeligere anses som lojalitetsskapende. Det kan ikke utledes av rettspraksis at rabattordningen må være så klar at kunden med sikkerhet må vite hva rabatten utgjør i profitt, men det kreves i det minste at kunden vet hvilken rabatt som gjelder på hvert terskelnivå.<sup>139</sup>

Det er viktig å understreke at en rabattordning som er gjennomsiktig, likevel vil stride imot artikkel 82 dersom ordningen anses lojalitetsskapende etter en vurdering av de andre momentene.<sup>140</sup>

---

<sup>137</sup> Diskusjonsnotatet avsnitt 160.

<sup>138</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 160.

<sup>139</sup> O'Donoghue (2006) side 392.

<sup>140</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 111.

#### 4.4.6 Forhold på markedet

Forholdene på markedet inngår også som et relevant moment i vurderingen om det foreligger lojalitetsskapende virkninger. Dette momentet har nær tilknytning til analysen av virkningene en rabattordning kan ha på konkurransen i markedet.

En egenskap ved markedet som rettspraksis har anvendt som moment i analysen om en rabatt skaper lojalitetsskapende virkning, er om det er stor ulikhet mellom markedsandelene til det dominerende foretaket og markedsandelene til dette foretakets konkurrenter.<sup>141</sup> Dersom det er stor ulikhet mellom markedsandelene til det dominerende foretaket og dets konkurrenter, kan det styrke den lojalitetsskapende virkningen mellom det dominerende foretak og dets kunder.<sup>142</sup> Dette momentet har spesielt betydning for retroaktive rabatter. I noen situasjoner kan det være svært vanskelig for konkurrentene til det dominerende foretaket å fremsette bedre tilbud når de stilles over rabatter og premier som er basert på den samlede salgsmengde. Ettersom det dominerende foretak har en betydelig større markedsandel er foretaket en uunngåelig handelspartner. Dersom det dominerende foretaket gir rabatter på grunnlag av den samlede omsetning kan dette i mange tilfeller overgå selv de mest gavmilde tilbud fra foretakets konkurrenter. Et eksempel fra rettspraksis er *British Airways*.<sup>143</sup> EF-domstolen fant at presset på kundene til British Airways ble styrket ytterligere, da foretaket hadde markedsandeler som vesentlig oversteg dets konkurrenter.<sup>144</sup> For at konkurrentene til British Airways skulle kunne tiltrekke seg British Airways sine kunder, eller for å motta tilstrekkelige ordre fra disse, måtte konkurrentene tilby dem en merkbart høyere rabatt- eller premiesats.<sup>145</sup> EF-domstolen fant på bakgrunn av en helhetsvurdering at rabattordningen British Airways anvendte var lojalitetsskapende og i strid med artikkel 82.

---

<sup>141</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 82 og sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 75.

<sup>142</sup> Gianluca Faella, *The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates*, J.C.L & E, side 386.

<sup>143</sup> C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*.

<sup>144</sup> C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 75.

<sup>145</sup> C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 75.

Et annet forhold ved markedet som har betydning som moment i analysen om det foreligger lojalitetsskapende virkning er hvorvidt kundene av det dominerende foretaket foretar hele sitt samlede innkjøp fra kun én produsent. Det kan for eksempel være tilfelle hvor en bilprodusent skal foreta et samlet innkjøp av bildekk til samtlige av sine bilmodeller som produseres i løpet av et år. Under slike forhold vil ikke bilprodusenten fordele innkjøpet som skal foretas over flere leverandører, og den lojalitetsskapende virkningen mellom det dominerende foretaket og dets konkurrenter vil ikke i like stor grad gjøre seg gjeldene ettersom det ikke foreligger en konkurranse mellom det dominerende foretaket og dets rivaler etter at avtalen er sluttet. Momentet stiller seg annerledes i tilfeller hvor kundene til det dominerende foretaket samtidig tilbyr andre merker fra konkurrerende virksomheter ved videresalg til sine kunder, slik som situasjonen var i *British Airways* og i *Michelin I*.<sup>146</sup>

#### 4.4.7 Konklusjon

Rettspraksis foretar en konkret helhetsvurdering av det påståtte misbruk. Hvert enkelt moment alene vil ikke gi svar på om det foreligger et lovlig eller ulovlig rabattsystem. Rettspraksis viser imidlertid at standardiserte rabatter antas å være mer lovlig enn individuelt fastsatte. *Michelin II* er den første dommen hvor domstolene har funnet et standardisert rabattsystem ulovlig. Slik det ble påpekt ovenfor var det flere egenskaper ved rabattsystemet, slik som for eksempel opptil 60 rabatterskjer som i realiteten tilsvarte de fleste kundenes realiserte etterspørsel (kjøpsbehov), som Førsteinstansretten etter en helhetsvurdering fant hadde lojalitetsskapende virkning på forholdet mellom Michelin og forhandlerne. Individuelt fastsatte rabatter har etter rettspraksis blitt underlagt en streng vurdering, spesielt dersom de er knyttet til kundens kjøpsbehov.

Retroaktive rabatter med individuelt fastsatt salgsmål kan, i motsetning til merkjøpsrabatter, ha en betydelig lojalitetsskapende virkning. Dersom det foreligger en

---

<sup>146</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 82 og sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 75.

rabattordning med individuelle salgsmålrabatter med retroaktive virkning har rettspraksis underlagt rabattordningen en restriktiv vurdering.<sup>147</sup>

Rettspraksis fastholder at referanseperiodens lengde fortsatt kan ha betydning for vurderingen av rabattordningens lojalitetsskapende karakter. Referanseperiodens lengde, vil i større grad anvendes i sammenheng med andre momenter, sammenliknet med tidligere rettspraksis. Kommisjonens uttalelser i Diskusjonsnotatet og Veiledningen uttrykker en noe annerledes vektning av momentet enn EF-domstolen og Førsteinstansretten ved å fastholde at *”in most cases the length of the reference period has no bearing on the loyalty enhancing effect”*.<sup>148</sup>

Det lojalitetsskapende presset kan øke dersom det foreligger en betydelig forskjell mellom markedsandelene til det dominerende foretaket og dets konkurrenter. Dette momentet gjør seg ikke like gjeldende hvor avtaleforholdet er av en slik art at kjøpet foretas kun én gang av en kunde som ved sin handelsvirksomhet ikke sprer innkjøpet sitt over flere produsenter.

Ettersom rettspraksis fokuserer på de ulovlige elementene ved rabattordningene, vil den gi dominerende foretak eksempler på rabattordninger som er ansett ulovlige. Imidlertid gir rettspraksis ikke et klart svar om når en rabattordning er lovlig. Inntil Kommisjonen i større grad publiserer vedtakene hvor Kommisjonen har valgt ikke å gripe inn, må de dominerende foretakene forholde seg til momentene som rettspraksis trekker frem i sin vurdering av hvorvidt rabattsystemet har en lojalitetsskapende virkning og kan utgjøre ekskluderende misbruk.

---

<sup>147</sup> Sak 322/81 *Michelin I* og *Norsk Konkurranserett Bind I* (2006) side 535.

<sup>148</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 161.



## 5 Krever misbrukskriteriet at det også skal foreligge en negativ virkning på konkurransen?

### 5.1 Problemstillingen

Ovenfor er det foretatt en analyse av momentene som domstolene har vektlagt ved vurderingen av lojalitetsrabatters lovlighet. I det følgende legges det til grunn at det foreligger en rabattordning med lojalitetsskapende virkning mellom det dominerende foretaket og medkontrahenten. Problemstillingen som skal drøftes er om misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11 også krever at lojalitetsrabattene må begrense restkonkurransen i markedet, før de kan anses ulovlige. En underproblemstilling som vil bli drøftet fortløpende er om domstolene krever at atferden må ha konkurransebegrensende virkning, når det kan påvises at det dominerende foretaket har til formål å begrense konkurransen.

Ordlyden i konkurranseloven § 11 oppstiller, i motsetning til § 10, ikke noe vilkår om at atferden skal ha ”til *formål eller virkning* å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”. Konkurranseloven § 10 skiller mellom avtaler som har til formål å hindre konkurranse, og atferd som hindrer konkurranse på grunn av deres virkning. Etter konkurranseloven § 10, vil det ikke være nødvendig å påvise konkurranseskadelig virkning, dersom det foreligger slik formål. Det er etter konkurranseloven § 10 en begrenset mengde avtaler som klassifiseres som ulovlig etter deres ”formål”. Disse avtalene er etter sin art så skadelig, at det ikke er nødvendig for konkurransemyndighetene å bevise konkurransebegrensning på markedet.<sup>149</sup> Et spørsmål som har skapt mye debatt er hvorvidt et slikt vilkår må innfortolkes i § 11, og hvilket innhold et slikt krav eventuelt har. Det siste spørsmålet vil jeg behandle i kapittel 5.6.

---

<sup>149</sup> Whish (2009) side 195-196.

Jeg vil fremstille rettstilstanden etter en inndeling i de forskjellige instansene. EF-domstolen og Førsteinstansrettens praksis vil bli behandlet i samme punkt. Rettspraksis og konkurransemyndighetspraksis, viser at det ikke foreligger et klart svar på problemstillingene som drøftes. I *Michelin II* og *British Airways* fastholder Førsteinstansretten at, dersom det kan bevises at det dominerende foretaket har til formål å begrense konkurransen, så vil det ikke være nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkning. Det kan hevdes at de samme dommene underlegger lojalitetsrabatter en streng vurdering.<sup>150</sup> EF-domstolen har ikke uttrykkelig bekreftet Førsteinstansrettens standpunkt. I noen grad er praksisen sprikende mellom EF-domstolen, Førsteinstansretten, Kommisjonen samt Konkurransetilsynets vedtak.

## 5.2 EF-domstolen og Førsteinstansretten

Som påpekt i kapittel 4.2 har EF-domstolen allerede i *Hoffmann-La Roche* funnet at det foreligger et krav om at atferden må ha begrenset restkonkurransen for at artikkel 82 skal komme til anvendelse.<sup>151</sup> EF-domstolen har i etterfølgende rettspraksis bekreftet dette utgangspunktet i forhold til lojalitetsrabatter. I *Michelin I* fant EF-domstolen at lojalitetsrabatter er ulovlig når de:

*”have the effect of hindering the maintenance or development of the level of competition still existing on the market”*.<sup>152</sup>

Generaladvokat Jacobs tolker også EF-domstolens praksis slik at det foreligger krav om at det skal foretas en analyse av de konkurransebegrensende virkningene før misbruk

---

<sup>150</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen* og Sak T-203/01 *Michelin II*.

<sup>150</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 293.

<sup>151</sup> Sak C-85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, premiss 91.

<sup>152</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 70.

konstateres.<sup>153</sup> I sitt forslag til avgjørelse i saken *Syfait mot Glaxosmithkline* fastholder Generaladvokat Jacobs at det skal foretas en vurdering av reell og økonomisk kontekst før artikkel 82 kan komme til anvendelse.<sup>154</sup> Verken EF-domstolen eller Generaladvokatens forslag til avgjørelse går imidlertid ikke nærmere inn på innholdet eller omfanget av en slik analyse av virkningene på konkurransen.

I *Irish Sugar*<sup>155</sup> la Førsteinstansretten det samme utgangspunktet til grunn. Etter to nyere avgjørelser, *Michelin II* og *British Airways*, kan det stilles spørsmål om Førsteinstansretten har endret utgangspunkt sett i forhold til EF-domstolens tidligere rettspraksis.<sup>156</sup> I *Michelin II* fastholder Førsteinstansretten:

*“For the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in the dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect.”*<sup>157</sup>

Som det fremgår av sitatet fastholder Førsteinstansretten at det er tilstrekkelig at rabattordningen er egnet til begrense konkurransen. Da er det ikke nødvendig å konstatere at rabattordningen har virket inn på konkurransen.

Vurderingsnormen uttrykt i *Michelin II* opprettholdes av Førsteinstansretten i *British Airways*, hvor retten antar at det ikke er nødvendig å påvise at provisjonsordningene hadde en konkret virkning på de berørte markeder. Førsteinstansretten fastholder at Kommisjonens beslutning om at *British Airways* hadde misbrukt sin dominerende stilling var korrekt, og uttaler at:

---

<sup>153</sup> Sak C-53/03 *Syfait mot Glaxosmithkline*, avsnitt 53.

<sup>154</sup> Sak C-53/03 *Syfait mot Glaxosmithkline*, avsnitt 53.

<sup>155</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 197.

<sup>156</sup> *Norsk Konkurranserett Bind 1*, (2007), side 369.

<sup>157</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 239.

*“In the first place, for the purposes of establishing infringement of Article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned. It is sufficient in that respect to demonstrate that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition, or in other words, that the conduct is capable of having, or likely to have, such an effect.”<sup>158</sup>*

Førsteinstansretten fastholder her at det ikke er nødvendig å påvise at det foreligger konkrete virkninger på markedet. Det er tilstrekkelig at atferden er egnet til å begrense konkurransen eller med sannsynlighet vil ha slik virkning. Det er svært vanskelig kvantitativt å måle om en atferd har virket inn på konkurransen i et marked. Hvorfor Førsteinstansretten har et annet utgangspunkt enn EF-domstolen, er imidlertid ikke klart.

Førsteinstansretten har altså i to saker funnet at når et dominerende foretak anvender lojalitetsrabatter, er det tilstrekkelig at ordningen er egnet til å virke negativt inn på konkurransen. Dette utgangspunktet skiller seg fra EF-domstolens tidligere praksis.<sup>159</sup>

Så over til spørsmålet om hvilken betydning formålet ved atferden har. Problemstillingen som stilles er om det er nødvendig å påvise konkurransebegrensende virkninger i markedet når det foreligger et formål om å begrense konkurransen. Ovenfor har det blitt fastslått at det etter Førsteinstansrettens praksis er tilstrekkelig at lojalitetsrabattene er egnet til å ha konkurransebegrensende virkning. Her skal det drøftes om det er nødvendig å påvise virkning når retten finner at lojalitetsrabattene har et konkurransebegrensende formål.

I *Michelin II* fant Førsteinstansretten at bevisførselen for formål og virkning er sammenfallende:

---

<sup>158</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 293.

<sup>159</sup> *Norsk Konkurranserett Bind I* (2006) side 369.

*”establishing the anti-competitive object and the anti-competitive effect are one and the same thing... If it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to limit competition, that conduct will also be able to have such an effect.”<sup>160</sup>*

En naturlig tolkning av dette er at hvor det kan påvises at atferden har til formål å begrense konkurransen, vil kravet til virkning også være oppfylt. I slike tilfeller vil det ikke være nødvendig med en videre virkningsanalyse. Etter en slik tolkning vil formålet med lojalitetsrabattene kunne ha avgjørende betydning for deres lovlighet, selv hvor det ikke er påvist negative virkninger i markedet. I *British Airways* gikk Førsteinstansretten heller ikke inn på en konkret virkningsanalyse, og fant at var rabattordingen ulovlig fordi den hadde etter sitt formål og virkning å skape lojalitet mellom *British Airways* og kundene.<sup>161</sup> I følge Førsteinstansrettens begrunnelser i *Michelin II* og *British Airways* er det derfor ikke nødvendig å bevise noen negativ virkning på konkurransen når det kan bevises at det foreligger et slikt formål.

Det kan stilles spørsmål om Førsteinstansrettens praksis vurdere lojalitetsrabatter slik at de utgjør misbruk etter sitt formål. Førsteinstansrettens fastholder i *Michelin II*:

*”Such a rebate is designed to through the grant of financial advantage, to prevent customers from obtaining their supplies from competing producers”.*<sup>162</sup>

Som det fremgår av sitatet anser Førsteinstansretten at en lojalitetsrabatt er designet til å hindre konkurransen. Denne restriktive vurderingen av lojalitetsrabatter opprettholder Førsteinstansretten i *British Airways*:

---

<sup>160</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 241.

<sup>161</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 299.

<sup>162</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*, premiss 56.

”BA can have had no other interest in applying its reward schemes other than ousting rival airlines”<sup>163</sup>

Førsteinstansrettens praksis viser i disse dommene at det skal svært lite til for at Førsteinstansretten finner at det foreligger et formål om å hindre konkurransen. Dette kan anses som en svært restriktiv vurdering av lojalitetsrabatter.<sup>164</sup>

Spørsmålet som reiser seg er om EF-domstolen også legger Førsteinstansrettens vurdering til grunn, eller om domstolen opprettholder sin egen vurdering fra *Michelin I* og annen tidligere praksis. I *British Airways* ankesak opprettholdt EF-domstolen Førsteinstansrettens dom.<sup>165</sup> EF-domstolen tar imidlertid ikke uttrykkelig standpunkt til vurderingsnormen. *British Airways* anfører at Førsteinstansretten med urette har unnlatt å vurdere virkningene av premieordningen, og at dette er i strid med EF-domstolens tidligere rettspraksis.<sup>166</sup> EF-domstolen forkastet imidlertid anførselene som ugrunnet.<sup>167</sup>

Førsteinstansrettens vurderingsnorm tilsluttes også av generaladvokat Kokott<sup>168</sup> som i forslaget til avgjørelse i *British Airways* uttaler at Førsteinstansretten med rette anså at det var tilstrekkelig å godtgjøre at atferden hadde til formål å begrense konkurransen.

I *France Télécom*<sup>169</sup> kan det se ut til at Førsteinstansretten justerer kurs sammenliknet med det som er uttalt i *Michelin II* og *British Airways*. Førsteinstansretten uttaler:

---

<sup>163</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 288.

<sup>164</sup> *Norsk Konkurranserett Bind I*, (2006) side 547.

<sup>165</sup> Sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*.

<sup>166</sup> Sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 116.

<sup>167</sup> Sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 124.

<sup>168</sup> Generaladvokat Kokott forslag til avgjørelse, Sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 75

<sup>169</sup> Sak T-340/03 *France Télécom (tidligere Wanadoo) mot Kommisjonen*.

*“As regards to the conditions for the application of Article 82 EC and the distinction between the object and effect of the abuse, it should be pointed out that, apart from the purpose of applying that article, showing an anti-competitive object and an anti-competitive effect may, in some cases, be one and the same thing. If it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to restrict competition, that conduct will also be liable to have such an effect.”<sup>170</sup>*

Vurderingen Førsteinstansretten oppstiller kan anses å ikke være like bastant som de øvrige dommene. Førsteinstansretten finner at formål og virkning *kan* være det samme i noen saker. En tolkning av dette kan være at Førsteinstansretten ikke tar avstand fra sin tidligere praksis i *Michelin II* og *British Airways*. *France Télécom*-saken omhandlet rovprising som er en annen type prismisbruk og hvorvidt ”in some cases” refererer til saker om lojalitetsrabatter er usikkert.

Rettspraksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten gir etter dette ikke noe klart svar om misbrukskriteriet krever at det må påvises negative virkninger på konkurransen i markedet. Hvor Førsteinstansretten finner at rabattordningen har som formål å binde medkontrahenten til det dominerende foretak, vil det være kvalifisert som misbruk etter artikkel 82.<sup>171</sup> Det kan også utledes at det ikke foreligger noe krav om at rabattordningen må hindre konkurransen konkret, da det er tilstrekkelig at atferden er egnet til det. Førsteinstansretten legger med dette en lav terskel for at kravet om atferdens virkning på konkurransen skal være oppfylt.<sup>172</sup> Nyere rettspraksis gir derfor støtte for at dersom det foreligger formål, kan det også sannsynligvis konkluderes med at de også vil ha konkurransebegrensende virkning.

---

<sup>170</sup> Sak T-340/03 *France Télécom (tidligere Wanadoo) mot Kommisjonen*, premiss 195.

<sup>171</sup> *Norsk Konkurranserett Bind 1*, (2007), side 545.

<sup>172</sup> *Norsk Konkurranserett Bind 1*, (2007), side 547.

### 5.3 Kommisjonen

Ovenfor ble det drøftet at EF-domstolen og Førsteinstansretten i noen saker ikke krever at det foreligger et krav om konkret konkurranseskadelig virkning. Dersom atferden har til formål å være konkurransebegrensende, eller hvis den er egnet til å ha konkurranseskadelig effekt kan dette i noen tilfelle være tilstrekkelig. Spørsmålet som reiser seg er om Kommisjonen anvender samme standpunkt.

Det kan hevdes at både *Michelin II* og *British Airways* står i kontrast med flere av Kommisjonens nylige avgjørelser. I saken *Wanadoo*<sup>173</sup>, som gjaldt rovprising, foretok Kommisjonen en konkret virkningsanalyse av atferdens skadevirkning på konkurransen. *Wanadoo* som var en del av France Télécom Group, tilbød sine kunder høyhastighetsinternett til under kost-pris. Selv om slik atferd i tidligere rettspraksis<sup>174</sup> var presumert ulovlig, ble det foretatt en økonomisk virkningsanalyse av adferdens virkning på konkurransen. I *Microsoft* foretok Kommisjonen også en nærmere virkningsanalyse.<sup>175</sup> I følge Kommisjonens avgjørelser er det i motsetning til EF-domstolen og Førsteinstansrettens avgjørelse ikke tilstrekkelig å konstatere misbruk, og at det må i tillegg konstateres negativ virkning på konkurransen i markedet.

I Veiledningen utgitt 3. Desember 2008<sup>176</sup> gir Kommisjonen uttrykk for at den ønsker å prioritere å foreta en analyse av de konkurransebegrensende virkningene før den fastslår misbruk etter artikkel 82.<sup>177</sup> Kommisjonen foreslår at det skal foretas en nærmere økonomisk analyse av rabattens virkning på konkurransen før atferden kan anses som

---

<sup>173</sup> Sak COMP/38.233, avgjørelse avsagt 16. juli 2003 *Wanadoo Interactive*. Senere opprettholdt av Førsteinstansretten i Sak T-340/03 *France Télécom mot Kommisjonen*. Nå anket inn for EF-domstolen i sak, C-202/07.

<sup>174</sup> Sak C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*.

<sup>175</sup> Sak COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*. Saken omhandlet Microsofts misbruk av dominerende stilling hvor Microsoft unnlot sitt operativsystem samvirke med konkurrenters, og ved at selskapet bandt produkter på markeder de møtte konkurranse med Windows operativsystem.

<sup>176</sup> *Veiledningen* (2008)

<sup>177</sup> *Veiledningen* (2008)



misbruk. Artikkel 82 har ikke i like stor grad vært påvirket av økonomisk vurdering slik som under artikkel 81 og fusjonskontroll. En mer økonomisk metode har blitt formulert og implementert i virkeområdet til artikkel 81 og i fusjonssaker siden sent 1990 tallet. Kommisjonen uttrykker at et av formålene med Veiledningen er å bringe artikkel 82 i samsvar med disse reglene. I de nylig avsatte avgjørelsene *Microsoft*<sup>178</sup> og *Wanadoo*<sup>179</sup> har Kommisjonen som påpekt ovenfor allerede anvendt en virkningsbasert metode. Vurderingen som Kommisjonen anvender i disse er tilnærmet lik Veiledningen.<sup>180</sup>

Et spørsmål som reiser seg er hvilken betydning Kommisjonens Veiledning og beslutningspraksis har for EF-domstolen og Førsteinstansretten. Generaladvokat Kokott behandler forholdet mellom Kommisjonens retningslinjer og domstolspraksis i sin uttalelse til *British Airways* saken<sup>181</sup>. Under henvisning til *British Airways* anførsler om Kommisjonens påtenkte praksisendring, fastholder Kokott at:

*”Any reorientation in the application of Article 82 EC can be of relevance only for future decisions of the Commission, not for the legal assessment of a decision already taken. Moreover, even if its administrative practice were to change, the Commission would still have to act within the framework prescribed for it by Article 82 EC as interpreted by the Court of Justice.”*

Som det fremgår av det siterte anfører Generaladvokat Kokott at dersom Kommisjonen ønsker å endre sin administrative praksis, må Kommisjonen holde seg innenfor rammene til

---

<sup>178</sup> Sak COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*. Saken omhandlet Microsofts misbruk av dominerende stilling hvor Microsoft unnlot sitt operativsystem samvirke med konkurrenters, og ved at selskapet bandt produkter på markeder de møtte konkurranse med Windows operativsystem.

<sup>179</sup> Sak COMP/38.233, avgjørelse avsagt 16. juli 2003 *Wanadoo Interactive*. Senere opprettholdt av Førsteinstansretten i Sak T-340/03 *France Télécom mot Kommisjonen*. Nå anket inn for EF-domstolen i sak, C-202/07.

<sup>180</sup> MEMO/08/761. Guidance on Commissions enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – FAQ.

<sup>181</sup> Generaladvokat Kokott forslag til avgjørelse, sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 28

EF-domstolens tolkning av artikkel 82. Dette innebærer at når EF-domstolen tolker artikkel 82 slik at bestemmelsen ikke inneholder et krav om å konstatere konkrete konkurransebegrensende virkninger når det foreligger formål, er Kommisjonen bundet av denne tolkning. Etter dette resonnementet kan ikke Kommisjonen følge sin egen Veiledning før EF-domstolen har endret sin praksis. Kommisjonen kan imidlertid stille tilleggskrav til sin egen analyse innenfor rammene til domstolens tolkning av artikkel 82. I Kommisjonens nyeste vedtak, blant annen Microsoft og Wanadoo, anvender Kommisjonen en virkningsanalyse før den anser atferden som ulovlig.

#### 5.4 Norsk praksis

Det er begrenset med norsk praksis på området. Spørsmålet om det må påvises konkurransebegrensende virkning ble imidlertid behandlet i TINE-vedtaket av 2007.<sup>182</sup> Vedtaket gjaldt brudd på konkurranseloven § 10 og § 11. Konkurransetilsynet fant at TINE på en utilbørlig måte hadde misbrukt sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 ved å oppnå eneleverandørposisjon eller tilnærmet eneleverandørposisjon for fast hvitost og brunost hos Rema. Konkurransetilsynet fant også at TINE på en utilbørlig måte hadde utnyttet sin dominerende stilling i strid med konkurranseloven § 11 ved å forsøke å inngå en eneleverandøravtale med ICA Norge AS for Rimi-kjeden.

Konkurransetilsynet fastholder Førsteinstansrettens tolkning av misbrukskriteriet og uttaler at det ikke er nødvendig å konstatere at atferden har hatt eller vil få konkrete faktiske virkninger på det berørte markedet.<sup>183</sup> Det er tilstrekkelig å sannsynliggjøre at atferden ”er egnet eller sannsynligvis vil ha en konkurransebegrensende virkning”.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Vedtak V2007-2-TINE BA. Det foreligger også et tidligere vedtak om TINE, V2004-10. Vedtaket gjaldt vedtak om inngrep mot bruk av lojalitetsrabatter ved salg av hvitost til TINES industrikunder. Ettersom vedtaket gjaldt den nå opphevede lov om konkurranse i ervervsvirksomhet av 1993 nr. 65. § 3-10, som har en betydelig annen ordlyd enn konkurranseloven § 11, belyser vedtaket ikke problemstillingen i betydelig grad. Det samme gjelder vedtaket i saken SAS, V2002-22.

<sup>183</sup> Vedtak V2007-2-TINE BA punkt 6.1.

<sup>184</sup> Vedtak V2007-2-TINE BA punkt 6.1.

Konkurransetilsynet finner, som Førsteinstansretten i *Michelin II*,<sup>185</sup> også at når det foreligger et formål om å begrense konkurransen, vil atferden også være egnet til å begrense konkurransen. Etter å ha konstatert at TINEs atferd var egnet til, og sannsynligvis ville hatt, konkurransebegrensende virkning på markedet, fant Konkurransetilsynet at det ikke var nødvendig å foreta en ytterligere vurdering av den konkurransebegrensende virkning atferden medførte.<sup>186</sup>

Oslo tingrett gikk ikke inn i spørsmålet om det i misbruksvilkåret er et krav om at det må foreligge begrensende virkning på konkurransen i markedet.<sup>187</sup> Norsk rettspraksis har således ikke tatt stilling til spørsmålet.

## 5.5 Konklusjon

Rettspraksis gir ikke et klart svar på problemstillingen om foreligger et krav om at de konkurransebegrensende virkningene skal konstateres før en lojalitetsrabatt kan anses i strid med konkurranseloven § 11. I følge Førsteinstansrettens praksis er det i noen tilfelle tilstrekkelig å påvise at det foreligger et konkurransebegrensende formål for at misbrukskriteriet er oppfylt. Den nyere utvikling av Kommisjonens praksis kan tale for at det i fremtiden vil kreves at misbruksatferden skal ha konkurransebegrensende virkning, men hvorvidt domstolene vil følge denne praksisen er usikkert. Problemstillingen må anses som uavklart.

## 5.6 Hvilke forhold kan ha betydning i en virkningsanalyse?

Dersom rettspraksis tolkes slik at en analyse av virkningene skal foretas før det konstateres misbruk etter konkurranseloven § 11, må konkurranseyndighetene påvise at konkurransen i markedet er hindret av lojalitetsrabattene. Det overordnede elementet i analysen er hvorvidt

---

<sup>185</sup> Sak T-203/01 *Michelin II*

<sup>186</sup> Vedtak V2007-2-TINE BA punkt 6.5.3.

<sup>187</sup> Saksnr. 07-063120TVI-OTIR/07, avsagt 25.03.2009. TINE ble frifunnet.

det er sannsynlighetsovervekt for at forbrukerne blir skadet. Noen av momentene som inngår i en analyse av rabatters lojalitetsskapende karakter, vil også være relevante i virkningsanalysen.

Flere faktorer er relevante i en virkningsanalyse. Faktorene som fremstilles i denne oppgaven er ikke uttømmende.

Det generelle utgangspunkt er det dominerende foretaks stilling i det relevante marked. Jo sterkere den dominerende stilling er, desto større er sannsynligheten for at den atferd som utøves vil kunne medføre konkurranseskadelig utelukkelse av konkurrenter.<sup>188</sup> Når markedet har en dominerende aktør vil konkurransen allerede være svekket sett i forhold til markeder med normal konkurranse. Formålet med konkurranselovgivning er å sikre konkurransen gjennom effektiv ressursbruk. Noen teoretikere hevder at det fokuseres for mye på det dominerende foretaks posisjon i markedet i stedet for å klargjøre den negative virkningen en atferd kan ha.<sup>189</sup> At rettspraksis fokuserer mye på selve dominansen kommer også til uttrykk gjennom at det foreligger en doktrine om ekstraansvar for foretak i en slik stilling.<sup>190</sup>

Forholdene på det relevante marked kan ha betydning for atferdens virkning på konkurransen.<sup>191</sup> Dette inkluderer både ekspansjonsbetingelser og adgangs-betingelser. Et eksempel på forhold som etableringshindringer. Dersom det foreligger etableringshindringer på markedet, slik som for eksempel få distribusjonskanaler, kan atferden som utøves i større grad ekskludere potensielle nye konkurrenter.

---

<sup>188</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 20.

<sup>189</sup> *European Competition Law Annual 2007*, (2008) side 263 flg.

<sup>190</sup> *European Competition Law Annual 2007*, (2008) side 257 flg.

<sup>191</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 20.

Sammenhengen med vurderingen av eksklusivavtaler, gjør at det også vil være relevant å vurdere hvor stor del av markedet som blir berørt av rabattordningen.<sup>192</sup> Dersom en liten del av det samlede marked tilbys rabatten, vil ordningen ikke ha en like ekskluderende virkning som dersom den tilbys hele markedet. Det er da viktig at rabatten ikke gis selektivt til kunder som har en posisjon i markedet som er egnet til markedsadgang eller innehar egenskaper som er viktig for konkurrenters ekspansjon.<sup>193</sup>

Den økonomiske analysen som Kommisjonen anvender i Veiledningen er basert på hvilken pris en hypotetisk konkurrent må tilby for å utlikne den rabatt kunden mister ved å skifte leverandør. Denne prisen betegnes som den relevante mengde. Veiledningen gir deretter en detaljert beskrivelse av den økonomiske analysen som Kommisjonen ønsker å anvende for å fastslå atferdens virkning på konkurransen. Kommisjonen har selv anvendt denne konkrete økonomiske analysen av atferdens virkning i noen av sine nyeste beslutninger.<sup>194</sup> Selv om Kommisjonen har anvendt denne økonomiske analysen i noen av sine avgjørelser, har EF-domstolen og Førsteinstansretten imidlertid ikke bekreftet Kommisjonens virkningsanalyse. Rettsstillingen til den økonomiske analysen av virkningene som fremgår av Kommisjonens nyeste praksis og Veiledningen må derfor anses som uavklart. Det kan imidlertid antas at Kommisjonen vil føle seg bundet av sin egen vurdering. Ettersom det er Kommisjonen som håndhever konkurransereglene vil den økonomiske analysen som uttrykkes i Veiledningen kunne ha betydelig praktisk betydning for dominerende foretak.

---

<sup>192</sup> O'Donoghue, (2006), side 390 og *Veiledningen* (2008) avsnitt 20.

<sup>193</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 20 og sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*.

<sup>194</sup> Se *Microsoft* og *Wanadoo*.

## 6 Kan en rabattordning som i utgangspunktet fremstår som ulovlig atferd, likevel anses som lovlig?

Konkurranseloven § 11 har ikke et unntaksledd slik som konkurranseloven § 10(3). Det kan derfor stilles spørsmål om konkurranseloven § 11 ikke oppstiller en unntaksadgang for atferd som i utgangspunktet fremstår som ulovlig atferd etter misbrukskriteriet i paragrafen. Rettspraksis har imidlertid gjort det klart at det foreligger en viss adgang til å legitimere en atferd som besitter kjennetegnene for utilbørlig utnyttelse, selv om ordlyden i konkurranseloven § 11 ikke uttrykkelig åpner for dette.<sup>195</sup> Unntaksadgangen som rettspraksis har oppstilt omtales som læren om objektiv begrunnelse, og innfortolkes som en del av misbruksvilkåret. Læren om objektiv begrunnelse innebærer at en atferd ikke vil utgjøre misbruk etter konkurranseloven § 11, dersom det dominerende foretaket har en objektiv begrunnelse for sin handlemåte. Læren om objektiv begrunnelse oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. For det første må atferden være begrunnet i et legitimt hensyn, og for det annet må det foreligge proporsjonalitet mellom atferden som virkemiddel og målet.<sup>196</sup> Er begge vilkårene oppfylt vil ikke misbrukskriteriet være innfridd, og konkurranseloven § 11 kan ikke anvendes.

Konkurransemyndighetene må påvise at det foreligger misbruk etter konkurranseloven § 11. Det er viktig å understreke at bevisbyrden snus ved anvendelsen av

---

<sup>195</sup>Sak 40/73 *Suiker Unie mot Kommisjonen*, sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, sak 311/84 *Centre Belge d'Etudes de Marché Télémarketing mot CLT og IPB*, sak T-30/89 *Hilti AG mot Kommisjonen*, sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, sak 163/99 *Portugal mot Kommisjonen*, sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, mfl.

<sup>196</sup> Sak 27/76 *United Brands Company og United Brands Continental BV mot Kommisjonen*, premiss 189-191. I premiss 190 uttales det at motangrepet ” must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other.” Se også *Norsk konkurranserett bind I* (2007) side 515.

unntaket om objektiv begrunnelse. Det er opp til det dominerende foretaket å bevise at begge vilkårene er oppfylt.

Det er kun ”objektive” begrunnelser som kan medføre at unntaket kommer til anvendelse. Subjektive begrunnelser vil ikke være legitimert etter unntaket. Det skal heller ikke foretas en avveining av positive og negative virkninger ved atferden, slik som ved anvendelsen av konkurranseloven § 10(3).<sup>197</sup>

Hvor stor unntaksadgangen er, kan variere etter hvilken atferd det dominerende foretaket har utøvd.<sup>198</sup> Da det kommer til anvendelsen av doktrinen om objektiv begrunnelse på lojalitetsrabatter viser rettspraksis en streng tolkning, og deretter en liten unntaksadgang.<sup>199</sup> Den snevre unntaksadgangen kan mulig forklares ved at lojalitetsrabatter tradisjonelt har blitt behandlet i nær tilknytning til eksklusivavtaler, som også har en snever unntaksadgang etter læren om objektiv begrunnelse.

EF-domstolens avgjørelse i *Michelin I*<sup>200</sup> er et eksempel fra rettspraksis som belyser hvilken unntaksadgang som foreligger når atferden gjelder lojalitetsrabatter som besitter kjennetegnene for utilbørlig utnyttelse. I *Michelin I* fastholdt EF-domstolen at en rabattordning ikke vil utgjøre brudd på artikkel 82 dersom det er bevist at rabattene er en ”begrundet modydelse av økonomisk art”.<sup>201</sup> En naturlig tolkning av sitatet er at begrunnelsen må gjelde et økonomisk hensyn som oppstår i forbindelse med transaksjonen.<sup>202</sup> EF-domstolen uttalte i *British Airways* at det står det dominerende foretaket fritt å godtgjøre at det påståtte misbruk ved bruk av rabatter, er økonomisk

---

<sup>197</sup> EØS-avtalen artikkel 53(3) og EF-traktaten artikkel 81(3). *Norsk Konkurranserett Bind 1*, (2007), side 373.

<sup>198</sup> Se O’Donoghue, (2006), *Norsk konkurranserett bind 1*, (2007) side 372 og Richard Whish (2009) side 207.

<sup>199</sup> O’Donoghue, (2006) side 399.

<sup>200</sup> Sak 322/81 *Michelin I*.

<sup>201</sup> Sak 322/81 *Michelin I*, premiss 73.

<sup>202</sup> *Misbruk av dominerende stilling*, (2007), side 210.

begrunnet.<sup>203</sup> Et spørsmål som reiser seg er hvilke økonomiske hensyn er blitt akseptert av rettspraksis som legitime økonomiske begrunnelser.

Rettspraksis har i mange tilfelle akseptert kostnadssparing som en begrunnelse.<sup>204</sup> Det kan for eksempel være forhold slik som størrelsen på kundens innkjøp.<sup>205</sup> Også her vil rabattordningens struktur ha betydning ved vurderingen. Generelt vil kostnadssparing sannsynlig være til stede ved standardiserte rabattordninger, men vil ofte vanskeligere være tilstede ved individuelle rabattordninger eller ved retroaktive volumrabatter.<sup>206</sup> Hvor domstolene har funnet at rabattordningen innehar egenkaper som kan innebære misbruk etter konkurranseloven § 11, vil rabattordningen i praksis ofte være individuelle rabattordninger eller retroaktive rabattordninger. Det følger derfor at når de fleste tvilstilfellene bygger på de to sistnevnte rabattordningene, kan det i praksis være vanskelig for det dominerende foretaket å få gjennomslag for kostnadssparing som objektiv begrunnelse.<sup>207</sup> Det er også sjeldent at lojalitetsrabatter har noe presist forhold mellom størrelsen på rabatten og kostnadssparing som følge av den større mengde solgt enheter til leverandøren, slik som doktrinen om objektiv begrunnelse krever. Etersom bevisbyrden faller på det dominerende foretak kan det være vanskelig å bevise en slik sammenheng tilstrekkelig for domstolene.

Prisavslag mot ytelser av medkontrahenten er også en effektivitetsgevinst om rettspraksis har akseptert. Det kan være transportomkostninger, opplagring, service eller andre funksjoner som medkontrahenten har utført.<sup>208</sup> Dette er ofte ytelser som er vanskelig å

---

<sup>203</sup> Sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 69.

<sup>204</sup> Se for eksempel sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 173.

<sup>205</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 173.

<sup>206</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 173.

<sup>207</sup> O'Donoghue, (2006), side 400.

<sup>208</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 173 og sak 322/81 *Michelin I*, premiss 85.



kvantifisere. For at denne begrunnelsen skal være beviselig bør det være uttrykkelig spesifisert i den relevante avtale.<sup>209</sup>

Kommisjonens diskusjonsnotat åpner for at rabattordninger som forhindrer såkalt ”dobbel fortjeneste”<sup>210</sup> og som oppfordrer kunden til å selge større volum kan være en legitim begrunnelse etter læren om objektiv begrunnelse. Rabattordningen kan da anses som uunnværlig.<sup>211</sup> Det må imidlertid bevises at medkontrahenten har betydelig markedsmakt og at det uten rabattordningen ville vært høyere forbrukerpriser. Igjen, dersom det foreligger en rabattordning hvor det kun gis rabatt på den terskeloverstigende mengde, antas begrunnelsen i større grad å være legitim.<sup>212</sup> Dette utgangspunktet kritiseres i teorien fordi standardiserte rabatter på alle enheter spesielt er egnet til å forminske dobbel fortjeneste.<sup>213</sup>

En begrunnelse som er mindre relevant ved lojalitetsrabatter er argumentet om å møte konkurransetrusler. Dette er fordi rabatter ofte kalkuleres på forhånd og hovedsakelig uten referanse til fremtidig konkurrerende tilbud.<sup>214</sup>

En lojalitetsrabatt kan også anses legitimert etter konkurranseloven § 11, fordi den er objektivt nødvendig for det dominerende foretaket. Vurderingen om hvorvidt atferden er objektivt nødvendig avgjøres alene på eksterne faktorer som ikke avhenger av det dominerende foretaket, slik som for eksempel om det foreligger lovgivning som gjør at det dominerende foretaket opptrer på en slik måte eller at atferden utøves på grunn av sikkerhetsmessige årsaker.<sup>215</sup> Dette gjør seg ikke i like stor grad gjeldende for vurderingen

---

<sup>209</sup> O’Donoghue, (2006), side 401.

<sup>210</sup> Se kapittelet ovenfor om hensyn som taler for anvendelse av lojalitetsrabatter som kommersielt verktøy.

<sup>211</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 174.

<sup>212</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 174.

<sup>213</sup> O’Donoghue, (2006), side 402.

<sup>214</sup> Diskusjonsnotatet (2005) avsnitt 176

<sup>215</sup> Se for eksempel ak 311/84 *Centre Belge d’Etudes de Marché Télémarketing mot CLT og IPB*, sak T-30/89 *Hilti AG mot Kommisjonen*, premiss 118-119 og *Veiledningen* (2008) avsnitt 28.

av lojalitetsrabatter ettersom det sjeldent vil oppstå situasjoner hvor det dominerende foretaket gir rabatter på grunn av for eksempel sikkerhetsmessige grunner.

I *Veiledningen* stiller Kommisjonen imidlertid krav om at det dominerende foretaket må bevise at fire kumulative vilkår er oppfylt for at en atferd som i utgangspunktet oppfyller misbrukskriteriet skal anses som legitim.<sup>216</sup> For det første må effektivitetsgevinster være realisert, eller sannsynlig bli realisert, som et resultat av atferden. Dette kan for eksempel være tekniske forbedringer ved kvaliteten av varen, eller en reduksjon i kostnadene ved produksjon eller distribusjon. Atferden må for det annet være uunnværlig for å realisere effektivitetsgevinstene. Det må ikke være noen andre mindre alternative konkurransebegrensende tiltak som kan skape samme effektivitetsgevinster. For det tredje foreligger et krav om at effektivitetsgevinsten må komme forbrukerne til gode. Atferden må derfor oppveie de sannsynlige negative effektene på konkurranse og forbrukervelferd i det relevante marked. For det fjerde, atferden må ikke eliminere den effektive konkurranse ved å fjerne all eller mesteparten av gjenværende reell, eller potensiell, konkurranse.<sup>217</sup>

Som redegjort for ovenfor er det etter tradisjonell rettspraksis kun to vilkår som må oppfylles. Inntil EF-domstolen bekrefter Kommisjonens prioriteringer i *Veiledningen* kan det fastholdes at det dominerende foretaket skal bevise at atferden er legitimt begrunnet og at atferden er proporsjonal i forhold til det mål som skal nås, for å unnslippe forbudet i konkurranseloven § 11 når en atferd i utgangspunktet kan anses som misbruk.

---

<sup>216</sup> *Veiledningen* (2008) avsnitt 29.

<sup>217</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*, premiss 118

## 7 Avsluttende bemerkninger

I denne oppgaven har jeg analysert ekskluderende rabatter og misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11. Etter en analyse og drøftelse av rettstilstanden er det mye usikkerhet knyttet til vurderingen av når en lojalitetsrabatt er forbudt. Det kan stilles spørsmål om domstolenes tolkning av kravet til konkurransebegrensende virkning, sammen med den snevre unntaksadgangen som i praksis begrenser seg til stordriftsfordeler, i realiteten innebærer et *per se* forbud mot lojalitetsrabatter. Selv om det ikke kan fastslås et *per se* forbud, er det i hvert fall klart at lojalitetsrabatter er underlagt en streng vurdering. Rettstilstanden ser imidlertid ut til å være under utvikling.

Mange har lenge ønsket velkommen en modernisering av konkurranserettens forbud mot misbruk av dominerende stilling. Hvorvidt domstolene velger å følge Kommisjonens Veiledning er ikke sikkert. Veiledningen har allerede møtt kritikk av blant annet John Temple Lang. Lang er ikke sikker på hvorvidt domstolene vil følge analysen. Dersom domstolene konkluderer med at Kommisjonen gjør riktig i å ta avstand fra sin tidligere praksis, mener Lang det er mest sannsynlig at domstolene vil gjøre dette ved å anvende sin egen rettspraksis.<sup>218</sup> Selv om det er uklart om domstolene vil følge Kommisjonens prioriteringer gir dokumentet i det minste en del klargjøringer og anvisning om hvordan et dominerende selskap kan utøve sin forretningsvirksomhet. Dette, sammenholdt med at Kommisjonen som det håndhevende organ vil følge Veiledningen, gjør at den vil ha stor praktisk betydning for foretak som har dominerende stilling.

---

<sup>218</sup> John Temple Lang, *A Question of Priorities*, Competition Law Insight. Volum nr.2, 2009, side 3-5.

## Litteraturregister

- Bellamy & Child (2008) Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6 utg. Oxford University Press (2008).
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5 utg. Universitetsforlaget (2001)
- European Competition Law Annual 2007 *European Competition Law Annual 2007, A Reformed Approach to Article 82 EC*, Redigert av Ehlermann, Claus-Dieter og Marquis, Mel, Hart Publishing (2008)
- EØS-rett (2004) Sejersted, Fredrik...[et al.] *EØS-rett*, 2.utg. Universitetsforlaget (2004)
- Misbruk av dominerende Stiling *Misbruk av dominerende stilling*, Redigert av Kolstad, Olav, Universitetsforlaget (2007)
- Norsk Konkurranserett Bind I Kolstad, Olav...[et al.] *Norsk Konkurranserett Bind I Atferdsregler og strukturkontroll*, Universitetsforlaget (2007)
- O'Donoghue (2006) O'Donoghue, Robert og Padilla, A. Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing (2006)

Whish (2009) Whish, Richard, *Competition Law*, 6 utg. Oxford University Press (2009)

### **Øvrige kildehenvisninger**

#### **Lover:**

2004 Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. av 5.mars 2004 nr. 11 (EØS-konkurranseloven)

2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger av 5.mars 2004 nr 12. (Konkurranseloven)

#### **EU-lovgivning:**

EF-traktaten (EF) Traktat av 25.mars 1957 om opprettelse av det Europeiske økonomiske Fellesskap (EØF). (Roma-traktaten).

EØS-avtalen Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27.november 1992 nr. 109 (EØS-avtalen)

ODA Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol av 27.november 1992 nr. 109. (ODA-avtalen).

### **Forarbeider:**

- Ot.prp.nr.6 (2003-2004)      A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven).  
B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

### **Rettspraksis:**

*Oslo Tingrett*

Saksnummer 07-063120TVI-OTIR/07 avsagt 25.03.2009.

### **Forvaltnings praksis:**

*Konkurransetilsynets vedtak*

Vedtak V2007-2-TINE BA.

Vedtak V2004-10

Vedtak V2002-22

### **EF-rettspraksis:**

*EF-domstolen*

Forente saker 6 og 7/73      *Commercial Solvents mot Kommisjonen*, Sml.1973 side 357.

Sak 14/68      *Walt Wilhelm mfl. mot Bundeskartellamt*, Sml. 1969 side 1.

Sak 6/72      *Europemballage Corporation and Continental Can Company mot Kommisjonen*, Sml. 1973 side 215

Sak 40/73      *Suiker Unie mot Kommisjonen*, Sml. 1975 side 1663 og Sml. 1976 side 295.

Sak 27/76      *United Brands mot Kommisjonen*, Sml. 1978 side 207.

- Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*, Sml. 1979 side 461.
- Sak 322/81 *Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*, Sml. 1983 side 3461.
- Sak 311/84 *Centre Belge d'Etudes de Marché Télémarketing mot CLT og IPB*, Sml. 1985 side 3261.
- Sak C-62/86 *AKZO Chemie BV mot Kommisjonen*, Sml. 1991 side I-3359.
- Sak C-395/96 P *Compagnie Maritime Belge Transport SA mot Kommisjonen*, Sml. 2000 side I-1365.
- Sak C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG og Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*. Sml. 1998 side I-7791.
- Sak C-163/99 *Portugal mot Kommisjonen*, Sml. 2001, side I-2613.
- Sak C-95/04 P *British Airways mot Kommisjonen*, Sml. 2007 side I-2331.
- Førsteinstansretten*
- Sak T-30/89 *Hilti AG mot Kommisjonen*, Sml.1991 side II-1439.
- Sak T-65/89 *BPB Industries og British Gypsum mot Kommisjonen*, Sml. 1993 side II-389.

Sak T-83/91	<i>Tetra Pak mot Kommisjonen (Tetra Pak II), , Sml. 1994 side II-755.</i>
Sak. T-28/93	<i>Forente saker Compagnie maritime belge transports mot Kommisjonen, Sml. 1996 side II-1201.</i>
Sak T-228/97	<i>Irish Sugar mot Kommisjonen, Sml. 1999 side II-2969.</i>
Sak T-219/99	<i>British Airways mot Kommisjonen, Sml. 2003 side II-5917.</i>
Sak T-203/01	<i>Manuafcture francaise des pneumatiques Michelin mot Kommisjonen (Michelin II), Sml. 2003 side II-4071.</i>
Sak T-340/03	<i>France Télécom mot Kommisjonen, Sml. 2007 II-107.</i>
Sak T-201/04	<i>Microsoft Corpn mot Kommisjonen, Sml. 2004 side II-4463.</i>
<i>Kommisjonen</i>	
Sak OJ 1985 L 374/1	<i>ECS/AKZO</i>
Sak COMP/E-2/36.041	<i>PO/Michelin, avsagt 20.juni 2001.</i>
Sak COMP/38.233	<i>Wanadoo Interactive, avgjørelse avsagt 16. juli 2003.</i>
Sak COMP/C-3/37.792	<i>Microsoft.</i>

**Uttalelser og retningslinjer fra Kommisjonen:**



Commission's XIXth *Report on Competition Policy* (1989) om Coca Cola/ San Pellegrino

Diskusjonsnotatet (2005) DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, December 2005.

Sak C-53/03 Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i *Syfait mot Glaxosmithkline*, Sml. 2005 side I-4609.

Sak C-95/04 P Generaladvokat Kokott forslag til avgjørelse i *British Airways mot Kommisjonen*, Sml. 2007 side I-2331.

Veiledningen (2008) Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertaking, (3. December 2008). Det gjøres oppmerksom på at den danske oversettelsen har ulik nummerering av avsnittene fra den engelske. Denne fremstillingen bygger på den engelske versjonen.

MEMO/08/761 MEMO/08/761. Guidance on Commissions enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – FAQ.

**Tidsskriftsartikler:**

Faella, Gianluca. *The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates*, Journal og Competition Law & Economics, 2008 side 375 flg.

Lang, John Temple.

*A Question of Priorities*, Competition Law Insight. Volum 8  
nr.2, 2009, side 3-5.

## **8 Lister over tabeller og figurer m v**

Se <http://www.ub.uio.no/ujur/henvisninger/>