



LUNDS
UNIVERSITET

Ekonomihögskolan

Institutionen för handelsrätt

HARK10

Kandidatkurs i internationell affärsjuridik

HT-2008

2009-01-07

Den EG-rättsliga bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem

Förändring i sikte?

Handledare: Marianne Steneroth Sillén

Examinator: Boel Flodgren

Författare: Fredrik Christensson

Abstract

This thesis investigates fidelity discounts and rebate schemes within the framework of article 82 EC. The Commission and the Community Courts have traditionally held that a fidelity rebate scheme employed by a dominant company constitutes a violation of article 82, since such a scheme essentially ties the customer to the dominant company. In most cases, the use of a fidelity rebate scheme by a dominant company also gives rise to discriminatory effects. Critics argue that the Commission and the Community Courts, especially in the more recent cases, have developed the notion that the use of fidelity discounts and rebates should be considered as essentially illegal *per se*. Critics further emphasize that a fidelity rebate scheme can have pro-competitive, as well as anti-competitive, effects on the market – even if employed by a dominant company – and that competition authorities must take both types of effects into account when assessing the likely impact of a given rebate scheme on the market. Instead of the traditional form-based approach to assessing loyalty discounts and rebates, they argue in favor of a more effects-based approach. This thesis investigates to what extent this criticism has come to influence recent judicial assessments of loyalty rebates schemes.

The investigation reveals that recent Commission decisions and documents indicate that the Commission has taken small steps towards the use of a more effects-based approach to fidelity rebates. It remains to be seen whether these recent developments reflect a fundamental change in the assessment of fidelity discounts and rebates.

Keywords: Article 82 EC, loyalty discounts, fidelity rebates, effects-based approach, form-based approach

Sammanfattning

Denna uppsats handlar om lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem inom ramen för artikel 82 i EG-fördraget. Kommissionen och gemenskapsdomstolarna har i sin rättspraxis ansett att lojalitetsrabatter som används av ett dominerande företag strider mot artikel 82, eftersom sådana rabattsystem knyter kunden närmare till det dominerande företaget. I de flesta fall har lojalitetsskapande rabattsystem även ansetts ge upphov till diskriminerande effekter. Kritiker hävdar att kommissionen och gemenskapsdomstolarna, framför allt i några senare avgöranden, i det närmaste har ansett att lojalitetsskapande rabattsystem är olagliga i sig. Kritikerna hävdar att lojalitetsrabatter kan ha såväl konkurrenshämmande som konkurrensbefrämjande effekter på marknaden – även om rabatterna erbjuds av ett dominerande företag – och att konkurrensmyndigheter således måste ta hänsyn till båda dessa effekter vid bedömningen av ett visst rabattsystems inverkan på marknaden. Istället för den traditionella formbaserade ansatsen vid bedömningen av lojalitetsskapande rabattsystem, förespråkar kritikerna en mer effektbaserad ansats. Denna uppsats undersöker i vilken utsträckning den kritik som riktats mot gemenskapsdomstolarnas bedömning har påverkat rättsutvecklingen vad gäller bedömningen av trohetskapande rabattsystem.

Den undersökning som genomförs i uppsatsen visar att kommissionen – framförallt i sitt senaste beslut på området – tagit de första stegen i riktning mot en mer effektbaserad ansats vad gäller bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem. Det återstår dock att se om detta beslut återspeglar en mer grundläggande förändring i kommissionens och gemenskapsdomstolarnas bedömningsansats.

Nyckelord: Artikel 82 EG, trohetsrabatter, lojalitetsrabatter, effektbaserad bedömningsansats, formbaserad bedömningsansats

Innehållsförteckning

Abstract	1
Sammanfattning	2
Innehållsförteckning	3
Lista över förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 Allmänt	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Översikt över den fortsatta framställningen	9
2 Artikel 82 EG – marknadsdominans och missbruk	10
2.1 Inledning	10
2.2 Relevant marknad	10
2.3 Dominansbegreppet	12
2.4 Missbruksbegreppet	14
2.5 Lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem	16
3 Rättspraxis	20
3.1 Inledning	20
3.2 Suiker Unie	20
3.3 Hoffman-La Roche	21
3.4 Michelin I	23
3.5 British Gypsum	25
3.6 Irish Sugar	26
3.7 Portugal mot kommissionen	27
3.8 Michelin II	29
3.9 British Airways	31
4 Kritik	34
4.1 Inledning	34

4.2 Teoretiska utgångspunkter	34
4.3 Kritik mot den rättsliga bedömningen	36
5 Kommissionens arbetsdokument och den senaste utvecklingen	41
5.1 Inledning	41
5.2 Kommissionens arbetsdokument	41
5.3 Prokent-Tomra	44
6 Avslutande diskussion	47
7 Referensförteckning	49
7.1 Litteratur	49
7.2 Offentligt tryck	50
7.3 Rättsfall	51
Bilaga 1	54
Artikel 2, artikel 3.1 g och artikel 82 i EG-fördraget	54

Lista över förkortningar

a. a	Anfört arbete
DG	Directorate General
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
EC	The Treaty establishing the European Community
E.C.L.R	European Competition Law Review
ECR	European Court Reports
EEC	European Economic Community
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskaperna; Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
et al.	Med flera
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
Ibid.	På samma ställe som i föregående hänvisning
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OJ	Official Journal
(red.)	Redaktör
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
s.	Sidan
SSNIP	Small but Significant and Non-transitory Increase in Price
p.	Punkt

1 Inledning

1.1 Allmänt

Denna uppsats handlar om bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem inom ramen för artikel 82 i EG-fördraget. Med lojalitetsskapande rabatter avses rabatter som ett dominerande företag använder för att ge företagets kunder incitament att i så stor utsträckning som möjligt köpa sina varor enbart från det dominerande företaget. Rabatterna används således som ett sätt att knyta kunden och det dominerande företaget närmare varandra. Mer specifikt innebär detta att dessa rabatter kan ges exempelvis under villkor att kunden, oavsett om denne köper för avsevärda eller obetydliga belopp, gör alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande från det dominerande företaget.¹ Till skillnad från mängdrabatter, som är kopplade till volymen på de inköp som görs hos den berörda tillverkaren, tjänar trohetsrabatterna till att genom beviljandet av en finansiell förmån hindra att kunderna gör sina inköp från konkurrerande tillverkare.² Gemenskapsdomstolarna har i sin rättspraxis ansett att trohetsrabatter som används av ett dominerande företag strider mot artikel 82 i EG-fördraget. Enligt EG-rättslig rättspraxis närmast förutsätts det att ett dominerande företag använder trohetsrabatter i syfte att utestänga konkurrerande företag från marknaden.³ Detta synsätt har kritiserats från flera håll. Med utgångspunkt i ekonomisk teori har det förts fram ett antal alternativa förklaringar till varför företag, oavsett marknadsställning, använder sig av exempelvis trohetsrabatter. Dessa förklaringar pekar på att trohetsrabatter inte nödvändigtvis behöver vara konkurrensbegränsande, utan istället kan ha vissa konkurrensbefrämjande effekter. Trohetsrabatter kan exempelvis bidra till att ett företag mer effektivt kan återvinna fasta kostnader, de kan reducera vissa negativa välfärdseffekter, de kan mildra vissa investeringsproblem, och de kan ge återförsäljare en förbättrad incitamentstruktur.⁴ Kritikerna hävdar således att de europeiska konkurrensmyndigheterna borde anlägga en tydligare ekonomisk ansats när de avgör om ett dominerande företags användning av ett system med trohetsrabatter skall anses utgöra missbruk. Man förespråkar med andra ord en ansats som är mer effektbaserad än formbaserad.

Denna mer effektbaserade ansats bör, enligt kritikerna, inte bara användas vid bedömningen av

1 Se mål 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, [1979] REG s. 461, p. 89 (Hoffman-La Roche)

2 Ibid. p. 90

3 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, 2007. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Hart Publishing, s. 375

4 Ibid. s. 376-378

trohetsrabatter utan även vid bedömningen av alla former av missbruk enligt artikel 82 EG. Denna förändrade ansats skulle för övrigt ligga väl i linje med den utveckling som skett inom andra områden av konkurrensrätten, exempelvis vad gäller bedömningen av konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 81 EG, samt vid kontrollen av företagskoncentrationer.⁵

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att göra en rättslig utredning av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem, primärt utifrån EG-rättslig rättspraxis från EG-domstolen, förstainstansrätten och kommissionen. Syftet är också att redogöra för den kritik som riktats mot gemenskapsdomstolarnas synsätt. Uppsatsen skall dessutom utreda om den kritik som riktats mot den traditionella formbaserade ansatsen ännu har fått någon inverkan på den gemenskapsrättsliga bedömningen av lojalitetsskapande rabattsystem. Eftersom det ännu föreligger relativt sparsamt med material som belyser frågan om kritiken har fått några effekter, skall det i uppsatsens avslutande kapitel föras en kort kompletterande diskussion kring i vilken utsträckning denna kritik har några utsikter att påverka den framtida bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem.

1.3 Metod och material

I uppsatsen kommer en traditionell juridisk metod att användas. Denna metod innefattar en närmare analys av juridiskt material, i detta fall i form av kommissionsbeslut, generaladvokatsavgöranden samt avgöranden från förstainstansrätten och EG-domstolen. Förutom rättsfallen kommer doktrin att användas, framförallt för att belysa den kritik som riktats mot gemenskapsdomstolarnas bedömning av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem. Den huvudsakliga arbetsmetod som tillämpas i uppsatsen är således tolkning av ett existerande textmaterial. Tolkning är i någon mening alltid subjektiv. Författarens egna grundläggande inställning till det studerade problemet kommer att påverka såväl urvalet som tolkningen av materialet. Denna typ av metodproblem hänger samman med valet av angreppssätt, och författaren måste vara medveten om den inverkan som hans grundinställning kan ha på arbetets utformning. Det är således på sin plats att redan här i det inledande kapitlet klargöra att jag personligen är positivt inställd till den kritik som riktats mot gemenskapsdomstolarnas bedömning. Jag anser att stora delar av denna kritik har fog för sig. Jag tror också att en mer effektbaserad ansats är att föredra vid bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem. Denna inställning har påverkat samtliga stadier av uppsatsarbetet.

5 Se "An economic approach to Article 82." *Report by the EAGCP* 2005, s. 5

En stor del av den kritik som riktas mot gemenskapsdomstolarnas bedömning av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem tar sin utgångspunkt i ekonomisk teori. Rent allmänt används ekonomisk teori inom konkurrensrätten framförallt på två sätt. Dels kan ekonomisk teori förklara de välfärdseffekter som ett avtal eller ett företags beteende på marknaden kan ge upphov till, dels kan ekonomisk teori förklara rationaliteten i ett visst beteende.⁶ Det är emellertid enbart i enstaka fall som ekonomisk teori kan användas som en självständig rättskälla.⁷ Ett problem med att använda ekonomisk teori som rättskälla är att tillämpningen av en viss ekonomisk teori kan leda till att just denna teori blir ingjuten i praxis, vilket kan förhindra tillämpningen av en mer aktuell, och möjligen också mer relevant, teori i ett senare skede.⁸ Ekonomisk teori tillämpas inom ramen för konkurrensrätten istället främst genom andra rättskällor, såsom den sekundärlagstiftning som utfärdas av kommissionen och den juridiska doktrinen.⁹ Detta arbete följer en ansats liknande den som beskrivits ovan, i den meningen att ekonomisk teori i uppsatsen främst används för att belysa de välfärdseffekter som lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem kan ge upphov till. Välfärdseffekterna bidrar till att förklara varför det är ekonomiskt rationellt för företag på marknaden att använda sig av olika incitamentsssystem. Ekonomisk teori används således i uppsatsen primärt för att visa på ett alternativt sätt att analysera effekterna av olika rabattsystem.

På grund av sedvanliga tids- och utrymmesskäl har jag varit tvungen att välja ut de rättsfall som jag ansett vara de viktigaste. Rättsfallsgenombgången är sålunda inte uttömmande. Urvalet av rättsfall har gjorts på följande sätt. Som utgångspunkt har några tidiga rättsfall, exempelvis *Suiker Unie*¹⁰ och *Hoffman-La Roche*,¹¹ tagits med för att belysa hur EG-domstolen inledningsvis bedömde lojalitetsskapande rabatter. Särskilt *Hoffman-La Roche* är av betydelse för att förstå hur domstolen har resonerat i senare fall. De allra senaste stora rättsfallen, såsom *Michelin II*¹² och *British Airways*,¹³ har tagits med för att belysa gemenskapsdomstolarnas nuvarande inställning. En stor del av den kritik som riktats mot domstolarnas bedömning av lojalitetsskapande rabatter och bonussystem baseras också på

6 Se Hettne, Jörgen & Ida Otken Eriksson, 2005. *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Stockholm, Norstedts Juridik, s. 75

7 Ibid. s. 76

8 Ibid. s. 79

9 Ibid. s. 75

10 Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114-73 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1975] ECR s. 1663. (Suiker Unie)

11 Mål 85/76 Hoffman La Roche [1979] REG s. 461

12 Mål T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska kommissionen. [2003] REG s. II-4071. (Michelin II)

13 Mål T-219/99 British Airways plc mot Europeiska kommissionen. [2003] REG s. II-5917. (British Airways)

innehållet i dessa senare domar. Dessutom har några ytterliggare rättsfall tagits med för att visa på några olika varianter av lojalitetsskapande rabattsystem som har bedömts av domstolarna. Vissa rättsfall har även tagits med på grund att de innehåller vissa principiellt viktiga uttalanden.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen kommer enbart att undersöka lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem inom ramen för artikel 82 i EG-fördraget. Trohetsrabatter behandlas således genom hela arbetet som ett uttryck för missbruk av dominerande ställning. På ett ställe i uppsatsen görs dock en jämförelse med artikel 81 i fördraget. Detta görs för att belysa en särskild del av den kritik som riktats mot bedömningen av lojalitetsskapande rabatter enligt artikel 82. De rättsfall jag använt mig av är sådana som har en gemenskapsdimension. Det rör sig med andra ord enbart om ärenden som avgjorts antingen genom kommissionsbeslut eller genom domar i förstainstansrätten eller i EG-domstolen.

1.5 Översikt över den fortsatta framställningen

Den fortsatta framställningen kommer att läggas upp på följande sätt. Kapitel två kommer inledningsvis att behandla artikel 82 i EG-fördraget och olika aspekter av dominans- och missbruksbegreppet. Denna genomgång är relativt kortfattad och tjänar som en allmän bakgrund till rättsfallsgenomgången och diskussionen kring de olika typerna av lojalitetsskapande rabatter. Kapitel två kommer avslutningsvis att behandla trohetsskapande rabatt- och bonussystem mer specifikt. I kapitel tre kommer EG-rättslig praxis på området att presenteras. I detta kapitel rör det sig framförallt om en deskriptiv genomgång av den juridiska bedömning av lojalitetsskapande rabatter som kommissionen, förstainstansrätten och EG-domstolen gjort. Kapitel fyra ägnas åt den kritik som riktats mot domstolarnas synsätt. Kapitel fem behandlar kommissionens arbetsdokument från år 2005 samt den senaste utvecklingen av den rättsliga bedömningen av rabattsystem. Kapitel sex avslutningsvis, innehåller en avslutande diskussion kring i vilken utsträckning den kritik som diskuteras i kapitel fyra har några utsikter att påverka den framtida rättsutvecklingen.

2 Artikel 82 EG – marknadsdominans och missbruk

2.1 Inledning

I detta kapitel presenteras inledningsvis olika aspekter av bestämmelsen i artikel 82 i EG-fördraget. Kapitlet inleds med ett avsnitt om begreppet relevant marknad. Avgränsningen av den relevanta marknaden har nämligen stor betydelse i de fall konkurrensvårdande myndigheter har att bedöma om det föreligger ett missbruk av en dominerande ställning. Därefter kommer frågan om vad som har ansetts utgöra dominans samt frågan vad som ansetts utgöra missbruk att belysas utifrån EG-rättslig praxis och doktrin. I kapitlets avslutande avsnitt skiftar fokus från missbruk generellt till en behandling av trohetsrabatter mer specifikt. Här diskuteras bland annat de olika konkurrensbegränsande effekter som användningen av system av lojalitetsskapande rabatter kan ge upphov till.

2.2 Relevant marknad

För att ett företag skall kunna vara dominerande krävs att det har ett stort mått av marknadsinflytande. Vid bedömningen av om ett företag är dominerande är det därför av stor vikt att göra en korrekt marknadsavgränsning. En bedömning av marknadsinflytande förutsätter att en konkurrensrättsligt meningsfull relevant marknad avgränsas. Den relevanta marknaden utgörs av två delar, den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden¹⁴ Kommissionen har i sitt tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning angivit vad som avses med relevant produktmarknad respektive relevant geografisk marknad.¹⁵ En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara.¹⁶ Produkter som med hänsyn till dessa faktorer är inbördes utbytbara i mer än begränsad omfattning anses tillhöra samma relevanta produktmarknad.¹⁷ För att fastställa vilka produkter som av konsumenten betraktas som utbytbara används bland annat det så kallade SSNIP-testet. Detta test besvarar frågan i vilken utsträckning det skulle vara enkelt för konsumenten att gå över till lättillgängliga substitutvaror eller till leverantörer

14 Se Wetter, et al., 2004. *Konkurrensrätt – en handbok* (3. uppl.), s. 99

15 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning. EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5

16 Ibid. p. 7

17 Se mål 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission (Michelin I) [1983] REG s. 3461, p. 37 och p. 48

någon annanstans som svar på en liten varaktig ökning av de relativa priserna om fem till tio-procent, på de produkter och i de områden som undersöks.¹⁸ Om en sådan prishöjning på en produkt A leder till att konsumenterna övergår till att köpa en annan produkt B, indikerar detta att produkterna tillhör samma relevanta produktmarknad.¹⁹ Det är med andra ord korspriselasticiteten hos efterfrågan som normalt är avgörande för utbytbarheten på efterfrågesidan.²⁰ Utbytbarhet föreligger emellertid inte enbart på efterfrågesidan utan även på utbudssidan. Om leverantörer som svar på små och varaktiga förändringar av de relativa priserna kan ställa om till produktion av de relevanta produkterna och kan marknadsföra dem på kort sikt utan att väsentliga tilläggskostnader eller risker uppstår, anses det föreligga utbytbarhet på utbudssidan.²¹ Sådana produkter skall således inkluderas i den relevanta marknaden. Det finns dock vissa problem med SSNIP-testet. Ett sådant problem är att testet inte kan avgöra om det pris som den hypotetiska relativa prisökningen utgår ifrån är ett pris som bestämts av de fria marknadskrafterna eller om priset är ett resultat av en försvagad konkurrensstruktur på marknaden.²² Kommissionen har uppmärksammat detta problem och angivit att det kan vara olämpligt att använda det rådande marknadspriset som grund för den hypotetiska relativa prisetförändringen i situationer där marknadspriset bestämts på en marknad med försvagad konkurrens. Således måste SSNIP-testet användas med stor försiktighet vid bedömningen av huruvida ett företag på en marknad har en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG.²³

Med den relevanta geografiska marknaden avses det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden, framförallt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.²⁴ Kommissionen skaffar sig en preliminär uppfattning om den relevanta geografiska marknadens omfattning på grundval av grovt uppskattade uppgifter om marknadsandelarnas fördelning på parterna och deras konkurrenter samt en preliminär analys av prissättning och prisskillnader på nationell nivå, inom gemenskapen och inom EES.²⁵ Denna

18 Se Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning. EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5, p. 17

19 Se Messina, Michele. "Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?" 2005 2(2) *The Competition Law Review*, s. 79, fotnot 26

20 Se Wetter, et al. a.a s. 108

21 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning. EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5, p. 20

22 Se Messina, Michele, a.a s. 79

23 Ibid.

24 Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning. EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5, p. 8

25 Ibid. p. 28

ursprungliga uppskattning används sedan som en arbetshypotes, som prövas mot en analys av efterfrågans särdrag. Denna analys inbegriper exempelvis betydelsen av nationella eller lokala preferenser, kundernas aktuella inköpsmönster samt betydelsen av varumärken eller graden av produktdifferentiering. Resultatet av analysen används som grund för en bedömning av huruvida företag inom olika områden utgör alternativa försörjningskällor för konsumenterna. Det teoretiska experimentet grundar sig – liksom i fallet med avgränsning av den relevanta produktmarknaden – på eventuell substitution orsakad av en förändring av de relativa priserna. Den fråga som kommissionen vill få besvarad är om parternas kunder skulle kunna börja anlita företag någon annanstans på kort sikt och till försumbara kostnader.²⁶ Slutligen måste också poängteras att den relevanta geografiska marknaden kan omfatta såväl ett område som är större än gemenskapen som helhet, som ett område som omfattar endast en del – eller delar av – en medlemsstat.²⁷

2.3 Dominansbegreppet

Enligt fast EG-rättslig praxis kännetecknas en dominerande ställning av att:

*ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder, och, i sista hand, konsumenter.*²⁸

EG-domstolens bedömning av huruvida ett företag har en dominerande ställning försiggår i flera steg. I det första steget avgörs huruvida företaget har ekonomisk styrka på en relevant marknad. Om så är fallet undersöks om företaget har möjlighet att förhindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. Om företaget bedöms ha sådana möjligheter, undersöks i det tredje steget om företaget därigenom har möjlighet att uppträda på marknaden oberoende av konkurrenter och konsumenter.²⁹ För att artikel 82 i EG-fördraget skall vara tillämplig krävs att företaget har en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller på en väsentlig del av denna.³⁰ Bedömningen av vad som anses utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden baseras inte enbart på strikt geografiska faktorer, utan hänsyn tas även till förhållanden på de berörda relevanta

26 Se Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning. EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5, p. 29

27 Se Wetter, et al, a.a s. 125

28 Mål 27/76 United Brands Company et United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission (United Brands). [1978] REG s. 207, p. 65

29 Se Westin, Jakob, 2007. *Europeisk konkurrensrätt*, s. 122, figur 6.1

30 Se Wetter, et al., a.a s. 563

produktmarknaderna.³¹ För att artikel 82 skall vara tillämplig krävs dessutom att det dominerande företags agerande på marknaden påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Villkoret om påverkan på handeln anses uppfyllt om det kan styrkas antingen att handeln inom gemenskapen faktiskt har påverkats, eller att handeln potentiellt kunde ha påverkats.³²

Ett företags marknadsandel är av naturliga skäl av stor betydelse vid bedömningen av om ett företag innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Hänsyn tas emellertid inte bara till marknadsandelen. Även andra faktorer tillmäts betydelse. En dominerande ställning kan vara följden av ett flertal faktorer som var för sig inte behöver vara avgörande, men bland vilka förekomsten av omfattande marknadsandelar är av stor betydelse.³³ Ett företag som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod befinner sig genom omfattningen av sin produktion och sitt utbud i en maktposition som gör det dominerande företaget till en oundgänglig handelspartner. Redan av denna anledning erhåller företaget i fråga, åtminstone under relativt långa tidsperioder, en för den dominerande ställningen karakteristisk handlingsfrihet.³⁴ Särskilt stora marknadsandelar utgör i sig själva, utom i undantagsfall, bevis för att det föreligger en dominerande ställning. Så är fallet vid en marknadsandel på 50 procent.³⁵ Andra faktorer av betydelse vid prövningen av om ett företag innehar en dominerande ställning är exempelvis huruvida företaget har ett teknologiskt eller kunskapsmässigt övertag på sina konkurrenter, huruvida företaget är vertikalt integrerat, exempelvis genom att ha tillgång till ett omfattande distributionsnät, om företaget är en nödvändig handelspartner, i vilken utsträckning det föreligger några inträdeshinder på marknaden, huruvida marknaden befinner sig i en period av snabb utveckling eller om utvecklingen är mer mogen, samt i vilken utsträckning konsumenterna har möjlighet att utöva motverkande köparmakt.³⁶

31 Se Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114-73 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. Mot Europeiska gemenskapernas kommission (Suiker Unie). ECR [1975] s. 1663, p. 371

32 Se mål 322/81 Michelin I [1983] REG s. 3461, p. 104

33 Mål 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1979] REG s. 461. (Hoffman-La Roche), p. 39

34 Ibid. p. 41

35 Se mål C-62/86 Akzo Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1991] REG s. I-3359, p. 60

36 Se Wetter, et al., a.a s. 566-574

2.4 Missbruksbegreppet

Förbudet mot missbruk av en dominerande ställning återfinns i EG-fördragets artikel 82.³⁷ I denna artikels första stycke stadgas att ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är – i den utsträckning det kan påverka handeln mellan medlemsstaterna – oförenligt med den gemensamma marknaden och därmed förbjudet. I andra stycket finns en – icke uttömmande – uppräknning av olika beteenden som anses utgöra missbruk. Ett företag som är dominerande på en marknad får exempelvis inte påtvinga någon oskäliga avtalsvillkor och inte heller begränsa produktion, avsättning eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna. Ett dominerande företag får vidare inte diskriminera sina handelspartners genom att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, eller ställa upp villkor för ett avtal som innebär att avtalsparten åtar sig förpliktelser som inte har något samband med föremålet för avtalet. Det bör i sammanhanget understrykas att det inte är förbjudet att inneha en dominerande ställning på en marknad. Det är enbart ett missbruk av en sådan dominerande ställning som är förbjudet.³⁸

Ett dominerande företags missbruk av sin marknadsställning kan således ta sig olika uttryck. Det dominerande företaget kan för det första vidta åtgärder som är riktade mot företagets konkurrenter. Exempel på ett sådant konkurrentinriktat missbruk (*exclusionary abuse* eller *anti-competitive abuse*) är selektiv prissättning, underprissättning, exklusivitetskrav samt trohetsrabatter.³⁹ Ett konkurrentinriktat missbruk omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad till följd av det ifrågavarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas.⁴⁰ För det andra kan det dominerande företaget vidta åtgärder som primärt riktar sig mot företagets kunder. Exempel på sådant missbruk är oskäliga avtalsvillkor, kopplingsförbehåll, leveransvägran samt överprissättning.⁴¹ Med ett sådant kundinriktat missbruk (*exploitative abuse*) avses en situation där det dominerande företaget har utnyttjat de möjligheter som följer av företagets marknadsställning för att uppnå handelsfördelar som företaget inte skulle ha uppnått om en normal och tillräckligt effektiv konkurrens hade rått på marknaden.⁴² Ett dominerande

37 Se bilaga 1

38 Westin, Jakob, 2007. a.a, s. 121

39 Wetter, et al., a.a s. 579

40 Se mål 85/76 Hoffman-La Roche [1979] REG s. 461, p. 91

41 Wetter et al., a.a s. 579

42 Se mål 27/76 United Brands [1978] REG s. 207, p. 249

företag kan även vidta åtgärder riktade mot såväl det dominerande företags konkurrenter som mot dess kunder. Så kan exempelvis vara fallet när ett dominerande företag erbjuder sina kunder trohetsrabatter.⁴³

Artikel 82 EG skall tolkas och tillämpas mot bakgrund av artikel 3.1g i fördraget,⁴⁴ där det föreskrivs att gemenskapens verksamhet skall innefatta upprättande av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids, och artikel 2 i fördraget, där gemenskapen ges i uppgift att främja en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet.⁴⁵ Artikel 82 EG är varken i första hand avsedd att skydda enskilda konkurrenters eller konsumenters direkta intressen, utan bestämmelsen skall skydda marknadsstruktur och därmed den konkurrens som sådan som genom det dominerande företags närvaro på marknaden redan är försvagad.⁴⁶

Missbruk av en dominerande ställning är enligt EG-rättslig praxis ett objektiva begrepp.⁴⁷ Artikel 82 i EG-fördraget innehåller inget uttryckligt krav på att ett konkurrensbegränsande syfte eller en konkurrensbegränsande effekt skall föreligga för att bestämmelsen skall vara tillämplig.⁴⁸ För att fastställa en överträdelse av artikel 82 EG räcker det att visa att missbruket av företaget i dominerande ställning tenderar att inskränka konkurrensen eller att beteendet har eller kan ha sådana verkningar.⁴⁹ Härav följer att bevisningen för det konkurrensbegränsande syftet och det konkurrensbegränsande resultatet sammanfaller vid bedömningen av om artikel 82 är tillämplig. Om det visas att ett agerande av ett företag i dominerande ställning syftar till att inskränka konkurrensen, kan agerandet också ha sådana verkningar.⁵⁰

I vissa fall kan ett företag som är dominerande på marknaden ha objektiva godtagbara skäl för att vidta vissa åtgärder, vilket medför att åtgärderna inte utgör ett missbruk i den mening som avses i artikel 82 i EG-fördraget. Således kan exempelvis ett dominerande företags diskriminering av vissa konkurrenter

43 Se mål 85/76 Hoffman-La Roche [1979] REG s. 461, p. 90

44 Se bilaga 1

45 Se mål 85/76 Hoffman-La Roche [1979] REG s. 461, p. 125

46 Se förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 23 februari 2006, i mål C-95/04 P British Airways plc mot Europeiska gemenskapernas kommission [2007] REG s. I-2331, p. 68

47 Mål 85/76 Hoffman-La Roche [1979] REG s. 461, p. 91

48 Wetter, et al., a.a s. 580

49 Mål T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission (Michelin II). [2003] REG s. II-4071, p. 239

50 Se mål T-203/01 Michelin II [2003] REG s. II-4071 p. 241

eller konsumenter rättfärdigas om det kan motiveras av objektivt godtagbara skäl. Ett dominerande företags möjligheter att åberopa att ett marknadsbeteende skall godtas på grund av objektiva skäl är dock begränsat, eftersom det inte finns något undantag från bestämmelsen i artikel 82 i EG-fördraget.⁵¹

Avslutningsvis skall även framhållas att ett dominerande företag har ett särskilt ansvar att se till att dess agerande inte påverkar konkurrensen på marknaden i negativ riktning.⁵² Detta särskilda ansvar är ett uttryck för det ordoliberal synsätt som i stora delar påverkat utformningen av artikel 82.⁵³ Omfattningen av detta särskilda ansvar måste bedömas utifrån varje enskilt fall, men ju starkare det dominerande företags marknadsställning är, desto större torde ansvaret vara. När konkurrensvårdande myndigheter gör en bedömning av huruvida en viss åtgärd utgör missbruk är det således av betydelse att fastställa hur stark det dominerande företags position på marknaden är.⁵⁴

2.5 Lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem

Lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem förekommer i ett antal olika skepnader. Inledningsvis måste man göra en åtskillnad mellan sådana rabatter som kan skapa lojalitet och sådana rabatter som enbart är relaterade till den mängd som köps in. *Kvantitetsrabatter* som varierar med orderstorleken och som är anpassade till faktiska skillnader i kundernas sätt att köpa in är i allmänhet godtagbara även om de leder till att stora kunder får en större genomsnittsrabatt än små kunder.⁵⁵ Kvantitetsrabatter som ett dominerande företag erbjuder anses återspegla effektivitetsvinster och stordriftsfördelar som företaget har uppnått och utgör inget hinder för kunderna att göra sina inköp från företagets konkurrenter. En förutsättning för att mängdrabattssystem skall vara tillåtna är dock att de baseras på en ekonomiskt motiverad motprestation.⁵⁶ *En trohets- eller lojalitetsrabatt* skiljer sig från en mängdrabatt genom att den inte baseras på enbart inköpsvolymen, utan istället på olika sätt belönar lojaliteten hos kunden. En trohetsrabatt är i allmänhet utformad så att kunden, för att kunna erhålla rabatten, måste täcka hela eller stora delar av sitt inköpsbehov under en viss tidsperiod hos det dominerande företaget.⁵⁷ En trohetsrabatt kan innebära att kunderna knyts till det dominerande företaget genom att rabattsystemet

51 Se Wetter et al., a.a s. 581

52 Se mål 322/81 Michelin I [1983] REG s. 3461, p. 57

53 Se Lovdahl Gormsen, Liza. "Article 82 EC: Where are We Coming From and Where are We Going To?" 2005 2(2) *The Competition Law Review*, s. 10

54 Se Wetter et al., a.a s. 582

55 Ibid. s. 613

56 Se Westin, a.a s. 146

57 Ibid.

försvårar för kunderna att göra sina inköp hos en konkurrerande leverantör.⁵⁸ Trohetsrabatter kan således ge upphov till utestängningseffekter på marknaden. Trohetsrabatter kan även utgöra en form av diskriminering, eftersom olika kunder betalar olika priser för likvärdiga prestationer beroende på huruvida kunden gör sina inköp uteslutande från det dominerande företaget eller ej.⁵⁹ Det strider således mot artikel 82 i fördraget om ett dominerande företag använder sig av trohetsrabatter. Denna form av rabatter utgör missbruk även om rabatterna tillkommit på kundens begäran. Det spelar heller ingen roll om kunden köper för avsevärda eller obetydliga belopp.⁶⁰

Förutom trohetsrabatter finns det ett antal andra rabatt- och bonussystem som kan ge upphov till lojalitetsskapande effekter. En *aggregerad rabatt* innebär att rabattens storlek är beroende av kundens totala inköp av flera olika varugrupper som tillhandahålls av det dominerande företaget. Sådana rabatter kan knyta kunderna närmare till det dominerande företaget på grund av att kunden – framförallt i slutet av den referensperiod som rabatten beräknas på – kan känna sig tvingad att göra ytterliggare inköp från det dominerande företaget för att inte riskera att gå miste om redan intjänad rabatt.⁶¹ Ett *bonussystem* som tillämpas av ett dominerande företag kan utgöra missbruk om systemet är baserat på det dominerande företagets subjektiva bedömning av återförsäljarnas prestationer eller om bonusen är progressiv eller om den beräknas på hela inköpsvolymen och inte enbart på tillkommande volym.⁶² En *målrabatt* skiljer sig från en trohetsrabatt genom att målrabatten är kopplad till att kunden uppnår en viss inköpsnivå under referensperioden. En målrabatt är således inte uttryckligen kopplad till att kunden skall köpa den övervägande delen av sitt behov från det dominerande företaget. Målrabatten sätts individuellt för varje kund.⁶³ Ett system med målrabatter kan således konstrueras så att det i praktiken får samma effekt som en trohetsrabatt. Det bör i sammanhanget dessutom poängteras att ett dominerande företag kan tillämpa otillåtna rabatt- och bonussystem såväl vid försäljning som vid inköp.⁶⁴

För att lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem skall ge upphov till otillåtna utestängningseffekter och diskriminerande effekter krävs att det företag som utnyttjar ett sådant system har en dominerande ställning på marknaden. Marknadsstrukturen måste dessutom kännetecknas av att det dominerande företagets konkurrenter har starka incitament att förbli på marknaden, bland annat på grund av höga

58 Se Wetter et al., a.a s. 617

59 Ibid.

60 Se mål 85/76 Hoffman-La Roche [1979] REG s. 461, p. 89

61 Se Westin, a.a s. 146-47

62 Se Wetter, et al., a.a s. 614-615

63 Ibid. s. 618

64 Ibid. s. 621

fasta etableringskostnader. Marknadsstrukturen måste också kännetecknas av att företagen erbjuder likartade produkter. Om företagen erbjuder differentierade produkter kommer inte priset att vara det enda – eller ens det huvudsakliga – konkurrensmedlet, något som motverkar ett lojalitetsskapande rabattsystems utestängande effekter.⁶⁵

För att ett rabatt- eller bonussystem skall ha konkurrenshämmande effekter krävs dessutom att marknaden uppvisar några särskilda karaktärsdrag. Ett sådant karaktärsdrag är att det företag som erbjuder en lojalitetsrabatt måste ha en tillräckligt stor kundbas som har starka preferenser för företagets produkt. Så kan vara fallet exempelvis om företaget är en nödvändig handelspartner, om företaget är en leverantör och kunderna är återförsäljare, eller om företaget har ett starkt varumärke som är särskilt populärt bland kunderna.⁶⁶ Detta innebär att rabattsystem som erbjuds av företag som är en nödvändig handelspartner eller som innehar ett starkt varumärke är sådana system som är mest troliga att medföra lojalitetsskapande effekter.⁶⁷ Om företaget har en sådan solid kundbas kan företaget förlita sig på försäljningen till dessa kunder och därmed använda sin position på marknaden för att erbjuda låga priser till kunder som återfinns i de marknadssegment där företaget möter konkurrens. Företaget kan med andra ord använda sig av en form av kors-subventionering som leder till utestängningseffekter.⁶⁸ Företaget kan således prisdiskriminera beroende på huruvida kunden uteslutande eller till övervägande delen köper från företaget eller inte.⁶⁹ Dessutom är det mest troligt att rabattsystem medför konkurrenshämmande effekter i situationer där konkurrerande företag måste uppnå en viss storlek för att kunna dra nytta av olika former av skalfördelar i sin produktion.⁷⁰ Rabattsystemen kan i sådana situationer utgöra ett hinder för konkurrerande företags möjligheter att övertyga kunder som inte nödvändigtvis är lojala mot det dominerande företaget att köpa från konkurrenterna. Rabattsystemen kan även innebära att konkurrenter enbart kan verka på en mindre del av marknaden.⁷¹ Utvecklingen på marknaden har slutligen också betydelse. Det är mer troligt att rabattsystem medför konkurrenshämmande effekter om marknaden befinner sig i en mognadsfas, eftersom det dominerande företags konkurrenter då blir mer beroende av den existerande kundbasen. Befinner sig marknaden däremot i en expansiv fas kommer den ökande efterfrågan från konsumenter att medföra ökade försäljningsmöjligheter för alla aktörer på marknaden, inklusive det dominerande

65 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 378

66 Se "OECD Policy Roundtables. Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates 2002", s. 173

67 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 380

68 Se "OECD Policy Roundtables. Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates 2002", s. 174

69 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 380

70 Se "OECD Policy Roundtables. Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates 2002", s. 174

71 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 380

företagets konkurrenter, vilket bidrar till att mildra rabattsystemens utestängande effekter.⁷²

⁷² Ibid.

3 Rättspraxis

3.1 Inledning

I detta kapitel presenteras och kommenteras EG-rättslig rättspraxis angående bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem. Rättsfallen kommer i största möjliga utsträckning att presenteras i kronologisk ordning.

3.2 Suiker Unie

I målet *Suiker Unie*⁷³ hade ett antal europeiska producenter och distributörer av socker ingått i ett samordnat förfarande i syfte att kontrollera handeln med socker mellan medlemsstaterna och skydda sina respektive hemmamarknader.⁷⁴ Ett av de inblandade företagen, *Südzucker Verkaufs GmbH (SZV)*, som av kommissionen ansågs inneha en dominerande ställning på sockermarknaden i södra Tyskland, använde sig av ett system av trohetsrabatter.⁷⁵ Rabatterna var inte beroende av den kvantitet som köptes, utan de gavs istället under förutsättning att köparens årliga behov av socker täcktes uteslutande av SZV. Detta ansåg kommissionen diskriminerade köpare som inte enbart köpte sitt socker från SZV, utan även använde andra inköpskällor. Dessutom var många av köparna beroende av leveranser från det tyska företaget, eftersom de hade otillräckliga lagringsmöjligheter. Den förlust som skulle bli följden av att en köpare som var beroende av leveranser från SZV förlorade rabatten, skulle inte kunna täckas genom inköp från tredje part, även om sådana inköp gjordes till mer förmånliga priser. Rabattsystemet förde även med sig att det tyska företaget hade möjlighet att kontrollera sina kunders inköp från utländska producenter. Rabatten ansågs kunna ge upphov till dessa effekter trots att rabatten var mycket liten; den utgjorde endast 0,3 procent av försäljningspriset. Kommissionen ansåg att trohetsrabatterna utgjorde ett missbruk i enlighet med artikel 86 (numera artikel 82) i EG-fördraget, eftersom den begränsade möjligheten till ytterligare import av socker och därmed förstärkte SZV:s

73 Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114-73 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA m. fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1975] ECR s. 1663. (Suiker Unie)

74 Se kommissionens beslut 73/109/EEC, OJ L 140, 26.5.1973, s. 17-48 (IV/26 918 - European Sugar Industry), avsnitt II

75 För det följande, se kommissionens beslut 73/109/EEC, OJ L 140, 26.5.1973, s. 17-48 (IV/26 918 - European Sugar Industry), avsnitt E 3

redan dominerande ställning på sockermarknaden i södra Tyskland.

EG-domstolen slog fast att de rabatter som det tyska företaget erbjöd hade karaktären av lojalitetsrabatter, eftersom syftet med rabatterna var att – genom beviljandet av en finansiell förmån – förhindra att kunderna gjorde sina inköp från konkurrerande producenter.⁷⁶ Det tyska företaget bröt därmed inte bara mot bestämmelsen i artikel 86 c i EG-fördraget genom att företaget tillämpade olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartners, utan även mot artikel 86 b, eftersom rabattsystemet begränsade marknader till nackdel för konsumenterna genom att systemet begränsade andra producenters möjligheter att konkurrera med SZV.⁷⁷

3.3 Hoffman-La Roche

Målet *Hoffman-La Roche*⁷⁸ handlade om ett antal avtal som bolaget Roche hade slutit med vissa aktörer på marknaden för vitaminer. Avtalen hade formen av exklusivitetsavtal med innebörden att kunderna skulle köpa hela eller stora delar av sina behov av vitaminer från Roche. Roche skulle förse köparna med vitaminer till det mest förmånliga priset på respektive köparens hemmamarknad och varje år betala ut en rabatt beräknad på respektive köparens totala inköp från Roche. Avtalen innehöll även en så kallad engelsk klausul som innebar att kunden, om denne fick ett mer förmånligt erbjudande om inköp från någon annan tillverkare, skulle informera Roche om detta. Kunde Roche inte matcha erbjudandet var kunden fri att anta den konkurrerande tillverkarens anbud utan att kunden riskerade att mista sin trohetsrabatt hos Roche.⁷⁹ Kommissionen åberopade ett antal dokument som Roche hade sänt till sina europeiska dotterbolag, där det talades om vikten av att använda trohetsrabatter som ett sätt att bevara bolagets marknadsandelar och skydda sig mot konkurrens.⁸⁰ Detta var naturligtvis en graverande omständighet i fallet. Kommissionen fann att avtalen stred mot artikel 86 c i EG-fördraget och bötfällde bolaget.⁸¹ Den engelska klausulen ansågs inte konkurrensbefrämjande, utan ansågs istället vara ett sätt för Roche att skaffa sig information om konkurrenternas priser.⁸²

76 Se *Suiker Unie* [1975] ECR s. 1663, p. 518

77 *Ibid.* p. 522-526

78 Mål 85/76 *Hoffman-La Roche* [1979] REG s. 461

79 Se kommissionens beslut 76/642/EEC, OJ L 223, 16.8.1976, s. 27-38 (IV/29.020 - Vitamins), p. 11

80 *Ibid.* p. 12

81 *Ibid.* p. 26 och 28

82 *Ibid.* p. 25

Generaladvokaten ifrågasatte i sitt förslag till avgörande om Roche uppsåtligen eller av oaktsamhet hade missbrukat sin dominerande ställning. När de omtvistade avtalen ingicks var det ännu oklart i vilken utsträckning trohetsrabatter skulle anses olagliga. I doktrinen hade det nämligen ännu inte framförts kritik mot trohetsrabatter. Vidare hade företag som använt liknande avtal i USA och Tyskland inte bötfällts.⁸³ Generaladvokaten ansåg mot bakgrund av bland annat dessa omständigheter att Roches överträdelse skulle anses som så ringa att något bötesbelopp inte skulle fastställas.⁸⁴

EG-domstolen slog fast att trohetsrabatter, i motsats till mängdrabatter, vilka uteslutande är kopplade till volymen på de inköp som görs, tjänar till att genom beviljandet av en finansiell förmån hindra att kunder gör sina inköp hos konkurrerande tillverkare. När ett dominerande företag använder sig av ett system med trohetsrabatter medför detta således att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartners.⁸⁵ Domstolen gör med andra ord en bedömning liknande den som gjordes i det ovan nämnda målet *Suiker Unie*. I motsats till generaladvokaten ansåg domstolen att Roche mycket väl skulle ha kunnat förutse att trohetsrabbatterna inte var förenliga med EG-fördragets konkurrensbestämmelser.⁸⁶ De dokument som kommissionen åberopat visade att Roche uppsåtligen hade följt en affärsstrategi som syftade till att hindra konkurrenters tillträde till marknaden. Domstolen bötfällde således bolaget för brott mot konkurrensreglerna i fördraget.⁸⁷

I *Hoffman-La Roche* gjorde domstolen ett antal betydelsefulla uttalanden. Trohetsrabbatterna ansågs strida inte bara mot artikel 82 c i fördraget, som innebär förbud mot diskriminering, utan även mot artikel 82 d, som innebär förbud mot så kallade kopplingsförbehåll.⁸⁸ Eftersom trohetsrabatter i *Suiker Unie* även ansågs bidra till att dela upp marknader, har således trohetsrabatter ansetts strida mot de flesta av förbuden i artikel 82. Dessutom gjorde domstolen en åtskillnad mellan kvantitets- eller mängdrabatter, som ansågs lagliga om de var kopplade uteslutande till inköpsvolymen, och trohetsrabatter, som ansågs olagliga.⁸⁹ Man bör även påpeka att domstolen inte gör någon ekonomisk analys av de utestängningseffekter som trohetsrabatter kan föra med sig. Systemen med trohetsrabatter betraktas i

83 Se Opinion of Advocate General Reischl, delivered on 19 September 1978, in the Case *Hoffman-La Roche v. Commission*. [1979] ECR s. 461s. 596-597

84 Ibid. s. 597

85 Se mål 85/76 *Hoffman-La Roche* [1979] REG s. 461, p. 90

86 Ibid. p. 134

87 Ibid. p. 139 och 141

88 Ibid. p. 90 och p. 111

89 Ibid. p. 90

det närmaste som olagliga i sig.⁹⁰

3.4 Michelin I

De rabattsystem som var föremål för tvisten i målet *Michelin I*⁹¹ var av en annan karaktär än de rabatter som använts i *Hoffman-La Roche*. I *Michelin I* var återförsäljare av nya ersättningsdäck på marknaden för tunga fordon i Nederländerna inte förpliktade att täcka hela eller stora delar av behovet av däck från Michelin. Rabatt- eller bonussystemet var istället utformat så att det bestod av dels en fast rabatt, som drogs direkt på fakturan, dels en ytterliggare rabatt som bestämdes individuellt för varje återförsäljare.⁹² Den individuella bonusen baserades på respektive återförsäljares försäljning av Michelinindäck. För att en återförsäljare skulle erhålla den årliga bonusen var han tvungen att uppnå ett försäljningsmål. Detta försäljningsmål sattes varje år högre än återförsäljarens inköp av Michelinindäck föregående år. Det utgick i normalfallet ingen ytterliggare bonus för den extra försäljningen. Återförsäljarna var därför pressade att sälja fler Michelinindäck för varje år för att kunna erhålla samma årliga bonus.⁹³ En återförsäljare kunde inte på förhand avgöra vilka kriterier Michelin använde när företaget fastställde bonusen. Dessa kriterier kommunicerades istället muntligen till återförsäljaren av en representant från Michelin. Systemet var samtidigt också utformat så att det var svårt för en återförsäljare att beräkna exakt hur mycket han tjänade på försäljningen av Michelinindäck varje år och således hur stor den årliga bonusen skulle bli.⁹⁴ Kommissionen ansåg att bonussystemet var ämnat att knyta återförsäljarna till Michelin och därmed förhindra andra däckproducenters tillträde till marknaden. Dessutom ansågs bonussystemet ge upphov till diskriminering i strid mot artikel 86 c i EG-fördraget. Den bonus som en återförsäljare kunde erhålla baserades på den lojalitet återförsäljaren visade Michelin. Vissa aspekter av bonussystemet gjorde att det kunde karakteriseras som ett system för mängdrabatter. Detta gällde dock bara i förhållande till varje enskild återförsäljare. Eftersom systemet inte baserades på objektiva kriterier som var lika för alla återförsäljare kunde systemet enligt kommissionen inte likställas med ett vanligt system för mängdrabatter.⁹⁵

90 Ibid. p. 123. Se även Korah, Valentine, 2007. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (9th edition), s. 151

91 Mål 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission (Michelin I) [1983] REG s. 3461

92 Se kommissionens beslut 81/969/EEC, OJ L 353, 9.12.1981, s. 33-47 (IV.29.491 - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin), p. 20

93 Ibid. p. 23-24

94 Ibid. p. 28

95 Ibid. p. 38-42

Generaladvokaten ansåg i sitt förslag till avgörande förvisso att kommissionen med rätta hade ansett att det rabattsystem som Michelin använde bröt mot artikel 86, men han ansåg inte att det hade visats att Michelin hade diskriminerat sina kunder genom att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner. Det faktum att försäljningsmålen och de tillhörande bonusarna fastställdes individuellt för varje återförsäljare innebar inte i sig att det förelåg någon diskriminering.⁹⁶

EG-domstolen uttalade att ett system där rabatter beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under en relativt lång referensperiod medförde att trycket ökade på köparna – särskilt i slutet av referensperioden – att uppnå den inköpskvantitet som var nödvändig för att erhålla rabatten.⁹⁷ Dessutom innebar bristen på insyn i rabattsystemet och det faktum att rabattskalan och försäljningsmålen endast muntligen meddelades återförsäljarna en osäkerhet för återförsäljarna, eftersom dessa inte kunde förutse konsekvenserna av att uppnå respektive inte uppnå sina försäljningsmål.⁹⁸ Rabattsystemet gjorde således att återförsäljarna hamnade i en beroendeställning gentemot Michelin. Michelins beteende ansågs därför strida mot artikel 86 i fördraget.⁹⁹ Domstolen ansåg dock att kommissionen inte hade lyckats visa att rabattsystemet innebar tillämpning av diskriminerande rabatter mot olika återförsäljare. Kommissionens beslut ogiltigförklarades därför i denna del.¹⁰⁰

I målet ålades Michelin böter på grund av att rabattsystemet ansågs strida mot artikel 86 i EG-fördraget. Rabattsystemet var dock i praktiken utformat som ett system för mängdrabatter. Domstolen frångår således här till en del sitt uttalande i *Hoffman-La Roche* att ett system med kvantitetsrabatter som sådant skall anses tillåtet. I *Michelin I* blir de övriga omständigheter som är förknippade med systemet, framförallt referensperiodens längd, bristen på insyn i systemet och det godtycke varmed Michelin fastställde rabatternas storlek avgörande för bedömningen av rabattsystemets lojalitetsskapande effekt.

96 Se Opinion of Advocate General Verloren van Thiermaat, delivered on 21 June 1983 in the Case Michelin v. Commission. [1983] ECR s. 3461, s. 3543

97 Se mål 322/81 Michelin I [1983] REG s. 3461, p. 81

98 Ibid. p. 83

99 Ibid. p. 85-86

100 Ibid. p. 91

3.5 British Gypsum

I fallet *British Gypsum*¹⁰¹ befanns det brittiska bolaget BPB och dess dotterbolag British Gypsum ha missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för byggnadsgips och gipsskivor i Storbritannien och Irland. Som svar på ökad ökad konkurrens från ett franskt och ett spanskt bolag inrättade British Gypsum ett system med regelbundna betalningar till större grossister som var villiga att handla uteslutande från British Gypsum. Betalningarna skedde i form av regelbundna bidrag till grossisternas utgifter för annonser och reklam. Arrangemangen förhandlades fram på högsta nivå och offentliggjordes inte. I utbyte mot dessa säljfrämjande bidrag skulle grossisterna åta sig att handla uteslutande hos British Gypsum.¹⁰² Kommissionen ansåg att detta system belönade lojaliteten hos de kunder som köpte hela sitt behov av gipsprodukter från British Gypsum.¹⁰³ Att främja lojaliteten hos kunderna var ett mål i sig, och syftet med de säljfrämjande bidragen var att förhindra berörda grossister att köpa och sälja importerade gipsprodukter.¹⁰⁴ Kommissionen ansåg att British Gypsum därmed knöt grossisterna till sig på ett sätt som utgjorde missbruk.¹⁰⁵

Förstainstansrätten citerade domarna i målen *Hoffman-La Roche* och *Akzo* och åberopade att rabattsystemet grundades på en åtskillnad mellan å ena sidan kunder som handlade med gipsskivor som importerats och tillverkats av vissa av British Gypsums konkurrenter och å andra sidan lojala kunder som gjorde sina inköp hos det brittiska bolaget. Systemet innebar således att likvärdiga prestationer skedde på olika villkor, vilket ansågs konkurrensbegränsande på grund av systemets diskriminerande syfte och den utestängande verkan som kunde följa av det.¹⁰⁶

Det rabattsystem som var föremål för tvisten i *British Gypsum* hade vissa likheter med det rabattsystem som fördömdes i *Hoffman-La Roche*. I *British Gypsum* hade dock rabatterna ett mer defensivt syfte, de infördes primärt som ett försök att möta utländsk konkurrens. I likhet med domen i *Hoffman-La Roche* gör domstolen inte heller i *British Gypsum* någon ekonomisk analys av de utestängningseffekter som

101 Mål T-65/89 BPB Industries Plc och British Gypsum Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1993] REG s. II-389. (British Gypsum)

102 Se kommissionens beslut 89/22/EEC, OJ L 10, 13.01.1989, s. 50-72 (IV.31.900, BPB Industries plc), p. 58

103 Ibid. p. 123

104 Ibid. p. 127

105 Ibid. p. 129

106 Se mål T-65/89 BPB/British Gypsum [1993] REG s. II-389, p. 68, 70 och 94

trohetsrabatterna för med sig.¹⁰⁷

3.6 Irish Sugar¹⁰⁸

Irish Sugar, som var den ledande leverantören av socker på den irländska marknaden, använde sig av en prispolitik som bland annat innefattade olika trohets- och målrabatter. De åtgärder som Irish Sugar vidtog syftade till att skydda företaget mot konkurrens från importerat och återimporterat socker från Nordirland och Frankrike¹⁰⁹ Irish Sugar slöt exempelvis ett avtal med en av sina kunder med innebörden att kunden skulle köpa en viss mängd socker av Irish Sugar till ett pris som var mer fördelaktigt än det pris som erbjöds av konkurrenterna. Om kunden köpte en mindre mängd socker än vad som avtalats skulle avtalet upphöra att gälla och kunden skulle inte längre ha möjlighet att köpa socker från Irish Sugar.¹¹⁰ Kommissionen ansåg att den rabatt som ingick i avtalet utgjorde en mål- eller trohetsrabatt, vilken ledde till att kunden bands till den dominerande leverantören på ett sätt som stred mot artikel 86.¹¹¹ Irish Sugar erbjöd även under en period de största livsmedelsgrossisterna i Irland rabatter som förutsatte att de under en tremånadersperiod ökade sina inköp av ett av Irish Sugars varumärken i en viss omfattning.¹¹² Kommissionen ansåg att dessa rabatter var otillåtna på grund av att syftet med rabatterna var att binda kunderna närmare till det dominerande företaget och därmed göra det svårare för konkurrenterna att få fotfäste på marknaden.¹¹³ Rabatterna ansågs inte vara kvantitetsrabatter eftersom de var knutna till kundernas inköp under en längre tid, och eftersom de inte gavs i utbyte mot lägre kostnader för leverantören.¹¹⁴ Rabatterna var dessutom diskriminerande, dels på grund av att rabatternas storlek varierade mellan olika kunder, dels på grund av att kundernas möjligheter att få rabatt var beroende av procentuella ökningar av inköpen och inte av faktiska inköpsmängder.¹¹⁵

Förstainstansrätten ansåg att rabatten i det första fallet inte berodde på den mängd som kunden hade

107 Ibid. p. 95

108 Mål T-228/97 Irish Sugar plc mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1999] REG s. II-2969. (Irish Sugar)

109 Se kommissionens beslut 97/624/EG, EGT L 258, 22.9.1997, s. 1-34 (IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc), p. 156

110 Ibid. p. 49

111 Ibid. p. 127

112 Ibid. p. 151

113 Ibid. p. 152

114 Ibid. p. 153

115 Ibid. p. 154

sålt, utan rabatten berodde istället på att vissa försäljningsmål uppnåddes.¹¹⁶ Det framgick även av uppgifter som framkom i målet att beviljandet av denna rabatt var en åtgärd som var en del av en strategi som utarbetats av Irish Sugar i syfte att förhindra att konkurrerande varumärken fick ökad spridning på den irländska sockermarknaden. Förstainstansrätten ansåg att rabatten ledde till att kunden på ett otillbörligt sätt bands till Irish Sugar.¹¹⁷ Vad gällde rabatterna i det andra fallet ansåg förstainstansrätten att rabatter som beviljats av ett dominerande företag på grundval av de ökade inköp som skett under en viss period utgjorde ett missbruk, eftersom syftet med sådana rabatter var att binda kunderna till det dominerande företaget och att placera konkurrenterna i ett konkurrensmässigt underläge.¹¹⁸

I *Michelin I* ansågs rabattsystemen oförenliga med gemenskapens konkurrensbestämmelser bland annat på grund av att den referensperiod som rabatterna beräknades på var relativt lång. I *Irish Sugar* var referensperioden betydligt kortare. En tolkning av detta är att referensperiodens längd helt enkelt saknar betydelse. En annan tolkning är att eftersom rabatterna i fallet *Irish Sugar* baserades på försäljningsökningen under en viss tidsperiod, kan förstainstansrätten ha ansett att rabatterna var särskilt lojalitetsskapande eftersom kunderna, för att kunna komma i åtnjutande av rabatterna, varje år måste överträffa försäljningsvolymen från föregående år.¹¹⁹

3.7 Portugal mot kommissionen

Målet *Portugal mot kommissionen*¹²⁰ gällde ett rabattsystem för landningsavgifter på portugisiska flygplatser. Det offentliga företaget ANA, som ansvarade för förvaltningen av vissa flygplatser på det portugisiska fastlandet, hade infört ett system med rabatter på landningsavgifter som baserades dels på antalet landningar, dels på huruvida flygningarna var inrikes- eller utrikesflygningar.¹²¹ De rabatter som byggde på antalet landningar var utformade så att de i praktiken gynnade de nationella portugisiska flygbolagen.

116 Se mål T-228/97 *Irish Sugar* [1999] REG s. II-2969, p. 196

117 *Ibid.* p. 198

118 *Ibid.* p. 213

119 Se Gyselen, Luc, 2003. "Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?" 8th EU Competition Law and Policy Workshop. What is an Abuse of a Dominant Position? *European University Institute*, June 2003, p. 91-92

120 Mål C-163/99 *Republiken Portugal mot Europeiska gemenskapernas kommission*. [2001] REG s. I-2613. (Portugal mot kommissionen)

121 Se kommissionens beslut 1999/199/EG, EGT L 69, 16.3.1999, s. 31-39 (IV/35.703 - Portugisiska flygplatser), p. 25 och p. 33

Kommissionen ansåg inte att rabatterna var motiverade av objektivet godtagbara skäl, och att rabatterna således utgjorde ett missbruk av företagets dominerande ställning.¹²² De rabatter som baserades på huruvida flygningarna var inrikes- eller utrikesflygningar var konstruerade så att landningsavgifterna vid inrikesflygningar var rabatterade med 50 procent.¹²³ Kommissionen ansåg att dessa rabatter var av diskriminerande karaktär, i strid med bestämmelsen i artikel 86 c i fördraget.¹²⁴

Generaladvokaten påpekade i sitt förslag till avgörande vad gällde rabatterna för inrikesflygningarna att Portugal inte hade bestridit kommissionens bedömning att ANA innehade en dominerande ställning på den berörda marknaden, samt att det var odiskutabelt att de tjänster som utgjorde motprestationer för landningsavgifterna var desamma för en inrikesflygning som för en flygning inom gemenskapen som omfattade en jämförbar sträcka.¹²⁵ Generaladvokaten ansåg därför att kommissionen med rätta hade ansett att det utgjorde ett missbruk av dominerande ställning att bevilja rabatter enbart till förmån för inrikesflygningar.¹²⁶ Med hänsyn till mängdrabatterna påpekade generaladvokaten att förbudet för ett dominerande företag att tillämpa mängdrabatter inte var absolut. Mängdrabatter kunde motiveras av objektivet godtagbara skäl, i detta fall främst i form av kostnadsskäl.¹²⁷ Generaladvokaten ansåg dock att Portugal inte på ett tillfredsställande sätt hade lyckats visa att de ifrågavarande rabatterna motsvarades av sänkta kostnader för flygplatsoperatören.¹²⁸

Angående de rabatter som beviljades utifrån antalet landningar ansåg EG-domstolen att ett dominerande företag hade rätt att bevilja sina kunder mängdrabatter som endast var knutna till volymen av inköp från företaget, under förutsättning att beräkningssättet för dessa rabatter inte tog sig uttryck i att olika villkor tillämpades för likvärdiga prestationer med vissa handelspartners.¹²⁹ Själva idén med ett mängdrabattsystem är att de mest betydelsefulla köparna kommer i åtnjutande av ett lägre genomsnittspris per enhet än andra köpare. Att ett mängdrabattsystem leder till att vissa kunder vid vissa givna mängder kommer i åtnjutande av ett proportionellt större genomsnittligt rabattbelopp jämfört med andra kunder i förhållande till skillnaderna i deras inköpsvolymen ligger i systemets natur

122 Ibid. p. 26-27

123 Ibid. p. 33

124 Ibid. p. 40

125 Se Förslag till avgörande av Generaladvokat Jean Mischo, föredraget den 19 oktober 2000, i mål C-163/99 Republiken Portugal mot Europeiska gemenskapernas kommission. [2001] REG s. I-2613, p. 90-91

126 Ibid. p. 97

127 Ibid. p. 106-107

128 Ibid. p. 118

129 Se mål C-163/99 Portugal mot kommissionen [2001] REG s. I-2613, p. 50

och det är inte möjligt att enbart utifrån denna omständighet dra slutsatsen att systemet är diskriminerande.¹³⁰ Rabattsystemet var emellertid konstruerat så att i praktiken endast de nationella portugisiska flygbolagen kunde komma i åtnjutande av de högsta rabatterna, och systemet ansågs därför diskriminerande till förmån för dessa bolag.¹³¹ Vad gällde rabatterna som beviljades enbart till förmån för inrikesflygningarna ansåg domstolen att dessa var diskriminerande till följd av att avgifterna fastställdes olika för samma antal landningar med flygplan av samma slag, och att en sådan olik prissättning stred mot artikel 86 c i EG-fördraget.¹³²

3.8 Michelin II

I Michelin II¹³³ beskylldes Michelin återigen för att ha missbrukat sin dominerande ställning. Denna gång använde företaget ett komplicerat system av rabatter som syftade till att knyta återförsäljare på den franska marknaden för ersättningsdäck för tunga fordon till sig.¹³⁴ Michelin tillämpade ett prissättningsystem som innebar att återförsäljarna kunde komma i åtnjutande av ett stort antal olika rabatter. En återförsäljare kunde exempelvis erhålla en mängdrabatt, som baserades på dennes omsättning av alla kategorier av Michelindäck.¹³⁵ Därtill kunde återförsäljaren få en servicebonus, som fastställdes med hänsyn till graden av samarbete och den service som erbjöds Michelin. Denna bonus gavs under förutsättning att återförsäljaren hade uppnått en viss årlig minimiomsättning av Michelindäck.¹³⁶ Michelin tillämpade även ett system med en progressiv bonus, som syftade till att kompensera de återförsäljare som i början av året skriftligen åtog sig att komma över en viss grundnivå och som lyckades med detta.¹³⁷ Rabattsystemet var så utformat att den återbäring som en återförsäljare erhöll betalades ut i februari året efter inköpet. Det kunde således gå upp till 13 månader innan återförsäljaren erhöll sin bonus.¹³⁸ Kommissionen ansåg att Michelins rabattsystem utgjorde missbruk eftersom rabatterna dels var orättvisa, dels innehöll krav på lojalitet. På grund av hård konkurrens mellan återförsäljarna, gjorde den långa referensperiod som var förknippad med mängdrabatterna, att

130 Ibid. p. 51

131 Ibid. p. 54, 56 och 57

132 Ibid. p. 66 och 73

133 Mål T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska kommissionen. [2003] REG s. II-4071. (Michelin II)

134 Se kommissionens beslut 2002/405/EG, EGT L 143, 31.05.2002, s. 1-53 (COMP/E-2/36.041/PO - Michelin), p. 2

135 Ibid. p. 57

136 Ibid. p. 60-61

137 Ibid. p. 68

138 Ibid. p. 55

återförsäljarna var tvungna att sälja med förlust i väntan på att dessa rabatter skulle betalas ut.¹³⁹ Den långa referensperioden innebar också att pressen ökade till förmån för ytterliggare inköp hos Michelin. Den hårda konkurrensen och de låga vinstmarginalerna gjorde att en återförsäljare hade starka incitament att försöka erhålla en rabatt, eftersom rabatten direkt påverkade återförsäljarens vinstmarginal.¹⁴⁰ Kommissionen ansåg att detta rabattsystem påminde om det system som Michelin hade använt sig av i *Michelin I*.¹⁴¹ Kommissionen kritiserade systemet med servicebonus för att det baserades på Michelins subjektiva bedömningar och för att Michelin krävde att återförsäljaren iakttog en viss lägsta procentandel leveranser från Michelin.¹⁴² Systemet med progressiv bonus ansågs vara lojalitetsskapande eftersom systemet försämrade återförsäljarnas möjligheter att vända sig till alternativa leverantörer för större inköp.¹⁴³ Den progressiva bonusen hade också en avskärmande effekt eftersom den bara redovisades vid inköp från Michelin i Frankrike. Även mängdrabatterna gav för övrigt upphov till en sådan avskärmande effekt.¹⁴⁴

Förstainstansrätten anslöt sig till kommissionens bedömning och slog fast att mängdrabatterna syftade till att binda återförsäljarna av däck för tunga fordon i Frankrike till Michelin. Rabatterna begränsade återförsäljarnas möjligheter att välja sina inköpskällor och gjorde det svårare för konkurrenterna att få tillträde till marknaden. Mängdrabatterna baserades inte heller på någon ekonomiskt motiverad motprestation.¹⁴⁵ Systemet med servicebonus ansåg förstainstansrätten utgjorde missbruk på grund av den subjektivitet som låg till grund för bedömningen av de kriterier som bonusen baserades på.¹⁴⁶ Därtill ansågs Michelin använda systemet för att försöka hindra återförsäljare från att köpa in från konkurrerande tillverkare.¹⁴⁷ Vad gällde systemet med progressiv bonus prövades inte detta av förstainstansrätten, eftersom Michelin i förfarandet vid förstainstansrätten inte hade åberopat några särskilda grunder mot kommissionens bedömning av dessa rabatter.¹⁴⁸

Det system för mängdrabatter som Michelin använde sig av i *Michelin II* skiljde sig från övriga

139 Ibid. p. 218

140 Ibid. p. 226

141 Ibid. p. 227

142 Ibid. p. 250 och p. 254

143 Ibid. p. 267

144 Ibid. p. 271

145 Se mål T-203/01 Michelin II [2003] REG s. II-4071, p. 110

146 Ibid. p. 150

147 Ibid. p. 160

148 Ibid p. 45

rabattsystem i ett avseende. De försäljningsmål som återförsäljarna behövde uppnå var standardiserade försäljningsmål. Försäljningsmålen var i detta fall således inte baserade på uppskattningar av respektive kunds individuella inköpsbehov.¹⁴⁹ Denna aspekt hade dock uppenbarligen ingen betydelse för bedömningen av rabatternas lojalitetsskapande verkan. En annan intressant aspekt att notera är att kommissionen i sitt beslut åberopade att domstolen i det första Michelinärendet kritiserade att ett dominerande företag använde sig av ett system av mängdrabatter där referensperioden överskred tre månader.¹⁵⁰ Men i *Michelin I* nämner domstolen endast en *relativt lång referensperiod*.¹⁵¹ Förstainstansrätten ansåg att domstolen inte formellt uttalat att referensperioden inte får överskrida tre månader, men att det inte kunde förnekas att inslaget av krav på lojalitet i ett rabattsystem som beräknas på den totala omsättningen ökar proportionellt med längden på referensperioden.¹⁵² Avslutningsvis åberopade Michelin att kommissionen inte hade undersökt de konkreta ekonomiska verkningarna av företagets agerande.¹⁵³ Förstainstansrätten konstaterade att för att fastställa en överträdelse av artikel 82 EG var det tillräckligt att visa att det dominerande företagets missbruk tenderade att inskränka konkurrensen. Det var med andra ord tillräckligt att visa att beteendet hade, eller kunde ha, konkurrensbegränsande verkningar.¹⁵⁴

3.9 British Airways

I målet *British Airways*¹⁵⁵ tillämpade det brittiska flygbolaget ett progressivt resultatbonussystem som baserades på hur mycket resebyråerna i Storbritannien hade ökat försäljningen av British Airways biljetter.¹⁵⁶ För att få rätt till resultatbonus var resebyråerna således tvungna att varje år sälja fler British Airways-biljetter än föregående år. Dessutom behövde resebyråerna uppnå ett riktvärde för att erhålla bonusen. Riktvärdet beräknades på de totala trafikintäkterna, vilka innefattade lång- och kortdistansflygningar samt inrikesresor. Bonus betalades emellertid – med vissa undantag – endast för utrikesflygningar med British Airways.¹⁵⁷ Riktvärdet beräknades som 95 procent av omsättningen från

149 Se Gyselen, Luc, a.a p. 107

150 Se kommissionens beslut 2002/405/EG, EGT L 143, 31.05.2002, s. 1-53 (COMP/E-2/36.041/PO - Michelin), p. 216

151 Se mål 322/81 Michelin I [1983] REG s. 3461, p. 81

152 Se mål T-203/01 Michelin II [2003] REG s. II-4071, p. 85

153 Ibid. p. 236

154 Ibid. p. 239

155 Mål T-219/99 British Airways plc mot Europeiska kommissionen. [2003] REG s. II-5917. (British Airways)

156 Se kommissionens beslut 2000/74/EG, EGT L 30, 4.2.2000, s. 1-24 (IV/D-2/34.780 - Virgin/British Airways), p. 10

157 Ibid. p. 15

biljettförsäljningen för British Airways under samma månad föregående år.¹⁵⁸ Bonussystemet var utformat så att resebyråerna erhöll en standardprovision om sju procent på alla biljetter med British Airways som de sålde i Storbritannien. Därtill kunde resebyråerna erhålla en tilläggsbonus om högst tre procent för utrikesresor och en procent för inrikesresor, beroende på hur mycket resebyråerna sålde för British Airways.¹⁵⁹ Provisionssystemet hade den egenheten att varje gång en resebyrå uppnådde försäljningsmålen ökade provisionen på alla biljetter som resebyrån sålt, inte bara på de biljetter som sålts efter det att målet hade uppnåtts.¹⁶⁰ Kommissionen ansåg att provisionssystemen var kopplade till lojalitet snarare än till effektivitet.¹⁶¹ Provisionssystemen hade en utestängande effekt, som inverkade negativt på såväl existerande som potentiell konkurrens, något som i slutändan även påverkade konsumenterna.¹⁶² British Airways konkurrenter hade – trots provisionssystemen – lyckats ta marknadsandelar från bolaget. Kommissionen ansåg dock att detta inte utgjorde ett bevis för att systemen inte hade haft några effekter.¹⁶³ Kommissionen ansåg även att systemen var diskriminerande.¹⁶⁴

Förstainstansrätten ansåg att resultatbonussystemen snedvred den ersättning som resebyråerna erhöll i form av provisioner från British Airways, genom att olika ersättningsnivåer tillämpades på tjänster som trots allt var identiska och som tillhandahållits under samma referensperiod.¹⁶⁵ Bonussystemet var således diskriminerande i strid mot artikel 82 c i EG-fördraget.¹⁶⁶ Förstainstansrätten ansåg även att systemen var lojalitetsskapande bland annat på grund av systemens progressiva karaktär och den påtagliga marginaleffekt som de gav upphov till.¹⁶⁷ Bonussystemen ansågs inte ekonomiskt motiverade utan ansågs ha det huvudsakliga syftet att öka de brittiska resebyråernas lojalitet mot British Airways.¹⁶⁸ British Airways anmärkte att kommissionens beslut helt saknade empiriska bevis för den skada som resultatbonussystemen påstods ha medfört för bolagets konkurrenter och för konsumenterna.¹⁶⁹ Förstainstansrätten ansåg att det faktum att British Airways konkurrenter hade lyckats öka sina

158 Ibid. p. 25

159 Ibid. p. 23-24

160 Ibid. p. 29

161 Ibid. p. 102

162 Ibid. p. 106

163 Ibid. p. 107

164 Ibid. p. 109 och 111

165 Se mål T-219/99 British Airways [2003] REG s. II-5917, p. 236

166 Ibid. p. 240

167 Ibid. p. 272

168 Ibid. p. 286

169 Ibid. p. 296

marknadsandelar inte innebar att bonussystemen inte hade haft någon effekt. Det kunde nämligen antas att konkurrenternas marknadsandelar skulle kunna ha ökat ännu mer om inte British Airways hade använt sig av bonussystemen.¹⁷⁰

British Airways överklagade domen till EG-domstolen. EG-domstolen konstaterade att ett bonussystem som medför en utestängningseffekt kan vara motiverat av ekonomiska skäl.¹⁷¹ Domstolen uttalade sig dock inte om vilka dessa ekonomiska skäl skulle kunna vara eller hur dessa skulle vägas mot bonussystemens utestängande effekt.¹⁷² EG-domstolen ansåg i likhet med förstainstansrätten att bonussystemen skapade en lojalitet, att de medförde en utestängningseffekt, samt att de inte var motiverade ur ekonomisk synvinkel.¹⁷³ Dessutom hade systemen en diskriminerande effekt.¹⁷⁴

Vissa av de argument som British Airways förde fram, exempelvis att bolagets konkurrenter hade ekonomiska möjligheter att ge resebyråerna konkurrenskraftiga moterbjudanden, att förstainstansrätten hade överskattat bonussystemens margineffekt, att bonussystemen var ett sätt för bolaget att täcka sina höga fasta kostnader, och att förstainstansrätten inte i tillräcklig utsträckning beaktat bevisning som pekade på att bonussystemen inte medförde några utestängningseffekter, kunde domstolen inte ta upp till prövning, eftersom dessa argument hänförde sig till bedömningen av de faktiska omständigheterna i målet. Ett överklagande till EG-domstolen är begränsat till rättsfrågor.¹⁷⁵

I likhet med *Michelin II* godtog förstainstansrätten i *British Airways* inga av de effektivitetsargument som sökanden förde fram. Bonussystemen ansågs inte motiverade av objektiva skäl, och systemen bedömdes utgöra missbruk. Bonussystemen ansågs även i likhet med *Michelin II* ha till syfte att öka graden av lojalitet mellan British Airways och dess återförsäljare. Det ansågs heller inte nödvändigt att styrka att missbruket hade haft någon konkret inverkan på marknaden, utan det var tillräckligt att styrka att företagets agerande kunde ha en konkurrenshämmande verkan.

170 Ibid. p. 298

171 Se mål C-95/04 P British Airways plc mot Europeiska kommissionen. [2007] REG s. I-2331, p. 69

172 Se Korah, Valentine, a.a s. 157

173 Se mål C-95/04 P British Airways plc mot Europeiska kommissionen. [2007] REG s. I-2331 p. 90

174 Ibid. p. 149

175 Ibid. p. 78-79, 81, 88 och 101

4 Kritik

4.1 Inledning

I detta kapitel undersöks ett axplock av den kritik som riktats mot kommissionens och gemenskapsdomstolarnas bedömning av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem. Inledningsvis undersöks de teoretiska utgångspunkter som kritiken utgår. Kritiken baseras i korthet på olika effektivitetsargument hämtade från ekonomisk teori. Därefter kommer denna kritik att kopplas till de olika rättsfallen.

4.2 Teoretiska utgångspunkter

Det finns ett flertal anledningar till varför ett företag, oberoende av marknadsställning, använder sig av olika former av lojalitetsskapande rabatt- eller bonussystem. Om företaget exempelvis är verksamt inom en bransch som kännetecknas av höga fasta kostnader och låga marginalkostnader kan rabatt- eller bonussystem bidra till att på ett effektivt sätt täcka de fasta kostnaderna.¹⁷⁶ När produktionen av en vara eller tjänst är förknippad med höga fasta kostnader, kommer priset på produkten att sättas över marginalkostnaden. Priset måste sättas tillräckligt högt för att täcka de fasta kostnaderna, annars kommer produktionen inte att vara långsiktigt hållbar. Högre priser innebär att efterfrågan på produkten sjunker, vilket medför att priset måste sättas betydligt högre än kostnaderna för alla konsumenter. Detta leder i slutändan till negativa effekter för konsumenterna. Ett sätt att lösa detta problem är att företaget tar ut högre priser från de konsumenter som har en låg efterfrågeelasticitet och samtidigt tar ut lägre priser från de konsumenter vars efterfrågeelasticitet är högre.¹⁷⁷ Företaget tar med andra ord ut ett högre pris från konsumenter med hög betalningsvilja för produkten, och ett lägre pris från konsumenter vars betalningsvilja är lägre. Ett rabatt- eller bonussystem kan därmed vara ett sätt att få företagets prissättning att bättre överensstämmer med konsumenternas betalningsvilja. Det rör sig förvisso om en form av prisdiskriminering, men denna diskriminering kan, om den leder till att den totala produktionen ökar, innebära positiva välfärdseffekter. Det är särskilt troligt att prisdiskriminering

¹⁷⁶ Se Bishop, Simon, 2005. "Delivering Benefits to Consumers or Per Se Illegal?: Assessing the Competitive Effects of Loyalty Rebates." Ur Konkurrensverkets rapport *The Pros and Cons of Price Discrimination*, s. 66

¹⁷⁷ Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 376

leder till positiva välfärdseffekter i branscher som kännetecknas av höga fasta kostnader och låga marginalkostnader.¹⁷⁸

I förhållandet mellan en leverantör och en återförsäljare kan en lojalitetsrabatt vara ett effektivt sätt för leverantören att säkerställa att leverantörens och återförsäljarens incitament ligger i linje med varandra.¹⁷⁹ En återförsäljare kan bidra till att skapa ett betydande mervärde för leverantörens produkter. Detta kan ske genom att återförsäljaren går med på att göra vissa kompletterande serviceåtaganden, exempelvis att göra reklam för leverantörens produkter, att tillhandahålla en professionell försäljningsorganisation eller att hålla ett visst lager av leverantörens produkter. Dessa serviceåtaganden skapar ett mervärde för leverantören samtidigt som kostnaderna i stor utsträckning bärs av återförsäljaren. Återförsäljaren väljer nivån för dessa serviceåtaganden utifrån en uppskattning av den marginalintäkt och den marginalkostnad som åtagandena är förknippade med. Eftersom återförsäljarens uppskattning utgår från den egna verksamheten, tar han därmed inte hänsyn till det mervärde som dessa serviceåtaganden skapar för leverantören. Det finns härmed en risk att återförsäljaren inte kommer att erbjuda serviceåtaganden i tillräckligt stor utsträckning. Detta problem skulle kunna lösas genom att leverantören och återförsäljaren i ett avtal anger vilken nivå som serviceåtagandena skall ha. Detta är emellertid inte ett särskilt effektivt sätt att lösa problemet, eftersom denna lösning är förknippad med stora kostnader för övervakning och kontroll. Ett lojalitetsskapande rabatt- eller bonussystem är däremot en mer effektiv lösning eftersom återförsäljaren i en sådan situation tar hänsyn inte bara till sig själv, utan även till leverantören, när han bestämmer nivån på sina serviceåtaganden.

Förhållandet mellan en leverantör och en återförsäljare kan även användas för att illustrera en annan positiv välfärdseffekt som lojalitetsrabatter kan ge upphov till. När leverantören har en stark ställning på marknaden, kommer det pris leverantören erbjuder återförsäljaren att reflektera leverantörens starka marknadsposition. Leverantören kommer att prissätta sina produkter som en monopolist, vilket innebär att han kan ta ut ett högre pris för sina produkter. Om även återförsäljaren har en stark marknadsställning, kommer också återförsäljaren att sälja produkterna med en ytterliggare vinstmarginal. Denna situation leder till högre priser för slutkonsumenterna och därmed till lägre produktion.¹⁸⁰ Om leverantören i detta fall kan tillämpa en icke-lineär prissättning, det vill säga om han kan erbjuda sina produkter till rabatterat pris till olika återförsäljare, kan han täcka sina kostnader och samtidigt göra en vinst. Även konsumenterna får det bättre, eftersom priserna i en sådan situation blir

178 Se Bishop, Simon, a.a s. 66

179 Se, för det följande, Bishop, Simon, a.a s. 72-73

180 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 377

lägre än om leverantören hade tillämpat en linjär prissättning.¹⁸¹

Lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem kan även bidra till att lösa vissa investeringsproblem.¹⁸² Det finns exempelvis en risk att en tillverkare inte vill investera tillräckliga resurser i utbildningen av en återförsäljares försäljnings- och marknadsföringsorganisation, av rädsla för att en del av denna kunskap kan komma att användas för att marknadsföra och saluföra produkter från konkurrerande leverantörer. Problemet skulle kunna lösas genom att återförsäljaren ger ett löfte om att enbart köpa från den tillverkare som utbildar återförsäljarens personal. Ett sådant löfte är dock inte trovärdigt, eftersom återförsäljaren, efter det att personalen blivit upplärd, har incitament att köpa sina varor från den tillverkare som erbjuder de lägsta priserna. Ett alternativ för tillverkaren är att erbjuda återförsäljaren rabatter som ger återförsäljaren incitament att täcka sitt inköpsbehov hos tillverkaren. Ett system med trohetsrabatter löser således detta investeringsproblem, samtidigt som det i förlängningen möjliggör ytterliggare investeringar och därmed ökar den ekonomiska effektiviteten.

Det är i sammanhanget också viktigt att påpeka att lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem inte nödvändigtvis behöver ha tillkommit på företagets initiativ. Dyliga rabattsystem kan vara ett resultat av en stark köparmakt hos företagets kunder. Kunderna är helt enkelt villiga att åta sig att köpa hela eller större delen av sina behov av en vara från ett företag, i utbyte mot bättre inköpsvillkor.¹⁸³ Dessutom skall också påpekas att all konkurrens i någon mening är förknippad med utestängningseffekter, eftersom ett företag i en konkurrenssituation strävar efter att ta marknadsandelar från sina konkurrenter och därmed öka sina vinster på konkurrenternas bekostnad.¹⁸⁴

4.3 Kritik mot den rättsliga bedömningen

Kritiker anser att kommissionens och gemensksdomstolarnas bedömning av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem baseras på en föreställning att sådana rabattsystem skall anses vara i det närmaste förbjudna i sig.¹⁸⁵ En sådan föreställning innebär att varje rabatt som skapar incitament för en

181 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 378

182 Se, för det följande, O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 378

183 Faella, Gianluca, 2008. "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates." *Journal of Competition Law & Economics* 4(2), s. 382

184 Se Waelbroeck, Denis, 2005. "Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?" *Journal of Competition Law and Economics* 1(1), s. 150

185 Se Gyselen, Luc, a.a p. 2

kund att köpa en del av sitt behov hos det dominerande företaget, anses utgöra missbruk.¹⁸⁶ Den konkurrensrättsliga bedömningen av rabatt- och bonussystem har således närmast uteslutande kretsat kring bedömningen av om företaget i fråga har en dominerande ställning eller inte.¹⁸⁷ Ett företag vars produkter är förknippade med olika rabatt- eller bonussystem är av naturliga skäl attraktiva för konsumenterna. Men det faktum att ett företags produkter är mer attraktiva, och att företagets konkurrenter därmed får svårare att sälja sina produkter, innebär inte nödvändigtvis att konkurrensen på marknaden skadas. Att fastställa att företagets konkurrenter lidit skada är ett nödvändigt – men inte ett tillräckligt – villkor för att fastställa ett konkurrenshämmande beteende.¹⁸⁸

Kommissionen och gemenskapsdomstolarna har visserligen angivit att rabattsystem kan vara motiverade av ekonomiska skäl. Dessa institutioner har dock inte vid något tillfälle företagit någon ekonomisk analys av lojalitetsskapande rabattsystem. En ekonomisk analys innefattar en bedömning av såväl de utestängningseffekter som de effektivitetsvinster som systemen kan ge upphov till.¹⁸⁹ Gemenskapsdomstolarna har inte i något fall ansett att lojalitetsskapande rabatt- eller bonussystem har varit motiverade av objektiva skäl, eftersom dessa rabatter inte exakt har motsvarats av de kostnadsbesparingar som större beställningar ger upphov till.¹⁹⁰ Ett problem i sammanhanget är att kommissionen inte har angivit hur sådana kostnadsbesparingar skall beräknas. Oftast förutsätts det att rabattsystemen inte kan motiveras av kostnadsskäl.¹⁹¹ När ett rabattsystem inte anses motiverat av kostnadsskäl, bedöms det föra med sig utestängningseffekter och ibland även diskriminerande effekter, något som anses inverka menligt på konkurrensstrukturen.¹⁹² Kritiker menar att gemenskapsdomstolarna i sina bedömningar ger uttryck för en naiv syn på marknads dynamik och på konkurrensen som sådan. Gemenskapsdomstolarnas inställning bygger enligt kritikerna på att företag konkurrerar med varandra om varje enskilt uppdrag, att företagen har korta tidshorisonter, och att företagets enda konkurrensmedel utgörs av skillnader i de saluförda produkternas pris och kvalitet.¹⁹³ I själva verket konkurrerar marknads aktörer över längre tidsperioder, och företagen strävar efter att etablera stabila kommersiella relationer med sina kunder. I detta avseende utgör lojalitetsrabatter ett

186 Se Temple Lang, John & Robert O'Donoghue, 2002. "Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC." *Fordham International Law Journal*, Vol. 26:83, s. 92

187 Se Bishop, Simon, a.a s. 67

188 Ibid. s. 70

189 Se O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, a.a s. 381

190 Se Faella, Gianluca, a.a s. 384

191 Se Heimler, Alberto, 2008. "Fidelity Discounts and Rebates not Justified by the Costs: In Which Cases should a Dominant Enterprise be Forbidden Such Practices?," s. 6

192 Ibid. s. 10

193 Se Faella, Gianluca, a.a s. 391

grundläggande konkurrensmedel, som kan vara både billigare och mer effektivt än andra former av incitamentsystem.¹⁹⁴ Den rättspraxis som utvecklats i anslutning till bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem har enligt kritikerna dessutom inte i tillräcklig utsträckning tagit hänsyn till huruvida konkurrerande företag kan matcha det dominerande företags rabatterbudanden, huruvida utestängningseffekten påverkar en tillräckligt stor del av marknaden för att ge upphov till konkurrensbegränsande effekter, samt huruvida rabattsystemen leder till negativa effekter för slutkonsumenterna.¹⁹⁵

En hel del av den kritik som har riktats mot gemenskapsdomstolarnas behandling av lojalitetsskapande rabattsystem riktar sig mot de resonemang som förs i målen *Michelin II* och *British Airways*. Även bedömningarna av andra fall ådrar sig dock kritik. I exempelvis *Hoffman-La Roche* kritiseras EG-domstolens resonemang mot bakgrund av att domstolen inte företar någon ekonomisk analys av rabattsystemens effekter på marknaden. Härmed kan domstolen egentligen inte uttala sig om huruvida rabattsystemen var baserade på en ekonomisk transaktion eller inte. Domstolen företog inte någon analys av vare sig Roches eller konkurrenternas pris- och kostnadsstruktur, och det gavs heller ingen förklaring till varför konkurrenterna skulle anses vara mindre effektiva än Roche.¹⁹⁶ Även bedömningarna i målen *Michelin I*, *British Gypsum* och *Irish Sugar* ådrar sig kritik mot bakgrund av att resonemangen inte i tillräcklig utsträckning baseras på ekonomisk teori.¹⁹⁷ I *Michelin II* försökte Michelin visa på ett antal omständigheter som pekade på att rabattsystemen inte hade någon utestängande effekt, däribland att företagets marknadsandel hade minskat, sett över en tioårsperiod, att nya konkurrenter hade inträtt på marknaden och att konkurrenterna själva hade möjlighet att använda liknande rabattsystem som Michelin.¹⁹⁸ Förstainstansrätten ansåg däremot att syftet med Michelins rabattsystem var att knyta återförsäljarna till företaget, och att det, i ett sådant fall, inte var tillräckligt att det eftersträvade resultatet inte hade uppnåtts för att företaget skulle undslippa bestämmelsen i artikel 82.¹⁹⁹ Rätten ansåg också att kommissionen inte var skyldig att undersöka de konkreta verkningarna av Michelins agerande.²⁰⁰ Förstainstansrätten anser således att Michelins rabattsystem har ett konkurrensbegränsande syfte. En del kritiker hävdar att denna hållning strider mot EG-domstolens uttalande i *Hoffman-La Roche*, där domstolen definierar ett missbruk av ett dominerande företag som ett

194 Ibid.

195 Se Bishop, Simon, a.a s. 77

196 Se Lovdahl Gormsen, Liza, a.a s. 20-21

197 Ibid. s. 21-22

198 Se Waelbroeck, a.a s. 159

199 Se Mål T-203/01 *Michelin II* [2003] REG s. II-4071, p. 244-45

200 Ibid. p. 258

marknadsbeteende som innebär att andra metoder tillämpas än sådana som räknas till normal konkurrens, vilket leder till negativa effekter på konkurrensstrukturen på marknaden.²⁰¹ Det faktum att förstainstansrätten inte godtog Michelins olika argument att rabattsystemet inte medförde tillräckliga utestängningseffekter innebar enligt kritikerna att rätten förkastade en bärande del av den definition av missbruk som EG-domstolen gjort i *Hoffman-La Roche*.²⁰²

Kritiken mot bedömningen av bonussystemen i *British Airways* riktar sig bland annat mot kommissionens bedömning – som förstainstansrätten senare fastställde – att det faktum att British Airways konkurrenter trots det utestängande rabattsystemet hade lyckats ta marknadsandelar från British Airways inte var ett bevis för att systemen inte hade någon effekt, utan att man istället kunde anta att konkurrenterna skulle ha varit ännu mer framgångsrika om systemen inte hade funnits.²⁰³ Under den period under vilken British Airways hade använt sig av det omtvistade rabattsystemen hade konkurrenten Virgin, som var det bolag som hade anfört klagomål till kommissionen om British Airways rabattsystem, stadigt ökat sin marknadsandel.²⁰⁴ Varken kommissionen eller förstainstansrätten gav någon förklaring till på vilket sätt ökningen av Virgins marknadsandel pekade på en avsaknad av effektiv konkurrens på marknaden.²⁰⁵ Kommissionen kritiserar också för att inte tillräckligt ha utrett de negativa effekter som blev följden av bonussystemets diskriminerande karaktär. Kritikerna anser att ett dominerande företag inte har något att vinna på att försöka hämma konkurrensen bland sina återförsäljare, eftersom en hårdare konkurrens i detta senare marknadsled innebär en ökad försäljning av det dominerande företags produkter.²⁰⁶ Analysen av bonussystemen kritiserar också för att ha varit alltför abstrakt och otillräcklig. Exempelvis företogs ingen analys av på vilket sätt resebyråerna konkurrerade med varandra på marknaden eller huruvida resebyråerna påverkade konsumenterna att köpa British Airways-biljetter istället för andra, billigare, biljetter. Bonussystemen förutsattes istället ha en utestängande effekt.²⁰⁷ Kritikerna pekar slutligen också på det faktum att när samma ärende kom upp till prövning i amerikanska domstolar blev utgången den rakt motsatta jämfört med när målet prövades inom ramen för de europeiska konkurrensreglerna.²⁰⁸

201 Se Waelbroeck, a.a s. 160

202 Ibid.

203 Se kommissionens beslut 2000/74/EG, EGT L 30, 4.2.2000, s. 1-24 (IV/D-2/34.780 - Virgin/British Airways), p. 107 och Bishop, Simon, a.a s. 78-79

204 Se Kallaugher, John & Brian Sher, 2004. "Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82." E.C.L.R, Issue 5, s. 272

205 Se Bishop, Simon, a.a s. 79

206 Ibid.

207 Se Heimler, Alberto, a.a s. 16

208 Se Kallaugher, John & Brian Sher, a.a s. 272

Kritikerna menar att europeiska konkurrensmyndigheter vid bedömningen av överträdelser av artikel 82 i fördraget bör överge den traditionella formbaserade ansatsen till förmån för en mer effektbaserad ansats.²⁰⁹ I motsats till den formbaserade ansatsen, där det är tillräckligt för konkurrensmyndigheten att påvisa att det undersökta företaget har en dominerande ställning och att företaget uppvisar ett visst marknadsbeteende, är den effektbaserade ansatsen mer inriktad på att undersöka om konkurrensen på marknaden faktiskt har lidit skada av det dominerande företags agerande. Den effektbaserade ansatsen innebär att en konkurrensmyndighet måste utreda såväl de negativa som de positiva effekter som det omtvistade beteendet har på konkurrensen. Utifrån denna undersökning görs sedan en avvägning för att avgöra om de positiva eller de negativa effekterna överväger i det enskilda fallet.

Ytterligare en aspekt av den rättsliga kritiken rör förhållandet mellan artiklarna 81 och 82 i fördraget. Om ett dominerande företag använder sig av exempelvis lojalitetsrabatter kan detta bedömas vara ett brott mot artikel 81, mot artikel 82 eller mot både artikel 81 och 82. Om företags agerande bedöms enligt artikel 81 har företaget möjlighet att erhålla ett undantag enligt artikel 81.3 i fördraget, mot bakgrund av att rabatterna för med sig effektivitetsvinster som väger tyngre än rabatternas utestängande effekter.²¹⁰ Den konkurrensrättsliga bedömningen av lojalitetsskapande rabatter enligt artikel 81 görs således utifrån en effektbaserad ansats. Om samma rabattsystem istället bedöms enligt artikel 82 tas ingen hänsyn till eventuella effektivitetsvinster, och rabattsystemet kan därmed inte erhålla något undantag. Således kan, åtminstone teoretiskt, den situation uppkomma att ett rabattsystems konkurrensbegränsande effekter bedöms olika beroende på om systemet bedöms enligt artikel 81 eller enligt artikel 82 i fördraget.²¹¹ I anslutning till bedömningen av lojalitetsskapande rabattsystem enligt artikel 81 har kommissionen poängterat att sådana rabattsystem kan ha positiva effekter på konkurrensen, genom att de möjliggör lägre priser, bättre service till slutkonsumenterna och ökade investeringar.²¹² Kritiker hävdar att hänsyn bör tas till sådana effektivitetsargument även vid bedömningen av trohetsskapande rabatter enligt artikel 82.²¹³ Denna skillnad i bedömningen av ett konkurrensbegränsande beteende står även i motsats till tidigare rättspraxis, enligt vilken artikel 81 och artikel 82 har samma grundläggande syfte, nämligen att upprätthålla en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden.²¹⁴

209 Se, för det följande, "An economic approach to Article 82." *Report by the EAGCP 2005*, s. 12-13

210 Se Rousseva, Ekaterina. "The Concept of 'Objective Justification' of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernize the Analysis under Article 82 EC?" (2005) 2(2) *The Competition Law Review*, s. 32

211 Ibid.

212 Se Waelbroeck, a.a s. 156

213 Ibid.

214 Se mål 6/72 *Europemballage Corporation och Continental Can Company Inc. mot Europeiska gemenskapernas*

5 Kommissionens arbetsdokument och den senaste utvecklingen

5.1 Inledning

Detta kapitel behandlar dels kommissionens arbetsdokument från år 2005, dels kommissionens beslut i ärendet *Prokent-Tomra*.²¹⁵ Detta beslut är det senaste som rör den EG-rättsliga bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem. I kapitlet undersöks i vilken utsträckning kommissionen har hörsammat den kritik som riktats mot bedömningen av lojalitetsskapande rabatter, samt om kritiken fått något genomslag i rättstillämpningen.

5.2 Kommissionens arbetsdokument

Kommissionen publicerade år 2005 ett arbetsdokument om tillämpningen av artikel 82 på olika former av utestängande missbruk.²¹⁶ Vad avser rabattsystem uttalar kommissionen särskilt att sådana system kan ha både positiva och negativa effekter på konkurrensstrukturen på marknaden.²¹⁷ De viktigaste negativa effekterna anses vara utestängningseffekter och diskriminerande effekter.²¹⁸ Kommissionen pekar vidare på ett antal faktorer som skall vara vägledande vid bedömningen av ett rabattsystems troliga och faktiska utestängande effekter. Exempelvis kommer kommissionen att undersöka om det finns möjlighet för nuvarande eller framtida konkurrenter att matcha det dominerande företags rabatterbjudanden, något som motverkar rabattsystemets lojalitetsskapande effekt.²¹⁹ Om det dominerande företaget riktar sina rabatterbjudanden speciellt till vissa kunder, eller till vissa av konkurrenternas kunder, kommer kommissionen att utreda om dessa kunder har en speciell ställning på marknaden, i den meningen att de är speciellt viktiga för konkurrensstrukturen. Kommissionen kommer även att ta hänsyn till i vilken utsträckning skalfördelar i produktionen samt olika nätverks-

kommission. [1973] REG s. 215, p. 25

215 Se kommissionens beslut 2008/C 219/12, EUT C 219, 28.8.2008, s. 11-15 (Ärende COMP/E-1/38.113 - Prokent/Tomra)

216 ”DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”

217 Se ”DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses”, p. 138

218 Ibid. p. 139-40

219 Ibid. p. 144

eller inlärningseffekter har betydelse.²²⁰ Kommissionen anger att om ett dominerande företag ställer som villkor att dess kunder skall köpa större delen av sitt behov från det dominerande företaget, är det troligt att kommissionen anser att sådana villkor bedöms som konkurrensbegränsande. Vid konkurrensbedömningen skall kommissionen dock även ta hänsyn till omständigheter som pekar mot att rabattsystemet inte kommer att medföra negativa konkurrensbegränsande effekter. Sådana omständigheter kan vara att den referensperiod som rabatterna beräknas på är kort, eller att kunden har möjlighet att säga upp avtalet med det dominerande företaget med kort varsel. Det är även nödvändigt att beakta marknadsstrukturen. Om den produkt som företagen saluför är homogen, det vill säga om det finns gott om substitut för det dominerande företags produkt, och om konkurrenterna på marknaden inte hindras från att utnyttja sin produktionskapacitet fullt ut, är det mindre troligt att rabattsystemet ger upphov till utestängningseffekter.²²¹

En annan faktor som kommissionen skall ta hänsyn till vid bedömningen av ett rabattsystems konkurrenshämmande effekter är den nivå som måste uppnås för att kunden skall komma i åtnjutande av rabatten. Om nivån sätts så att den överensstämmer med den mängd som kunden i vilket fall som helst skulle ha köpt från det dominerande företaget, kommer rabatten inte att medföra några lojalitetsskapande effekter. Sätts däremot nivån över denna mängd, kommer kunden att ha incitament att köpa mer från det dominerande företaget än vad han annars skulle ha gjort, för att därigenom kunna erhålla rabatten. Rabattsystemet kan i sådana fall få konkurrensbegränsande effekter genom att systemet styr kundens inköp bort från konkurrenterna till det dominerande företaget.²²² Det har i sammanhanget även betydelse om nivån bestäms individuellt för varje kund eller om nivån är standardiserad. Sådana rabatter som fastställs individuellt för varje kund och där nivån uttrycks som en viss andel av kundens totala behov, anser kommissionen vara mer lojalitetsskapande än rabatter vars nivåer är standardiserade.²²³ Standardiserade rabatter, där nivån som måste uppnås för att erhålla rabatten är densamma för alla kunder, anses mindre konkurrenshämmande eftersom nivån kan sättas för högt för mindre kunder och/eller för lågt för större kunder för att rabatterna skall få lojalitetsskapande effekter.²²⁴ Det har även betydelse om rabatten ges på kundens totala inköp, när väl kunden har uppnått den förutbestämda nivån, eller om rabatten enbart ges på inköp över denna nivå. Rabatter som ges på de totala inköpen, och inte enbart på den ytterligare mängden, anses i allmänhet mer skadliga ur

220 Ibid. p. 145

221 Ibid. p. 149. Se även p. 146

222 Ibid. p. 152

223 Ibid. p. 158-159

224 Ibid. p. 159

konkurrenssynpunkt.²²⁵ Ytterligare faktorer som kommissionen tar med i sin bedömning är exempelvis transparensen i rabattsystemet, hur lång referensperioden är samt rabatternas storlek.²²⁶

Om kommissionen vid sin bedömning har funnit att ett rabattsystem kan antas utgöra missbruk, kan det dominerande företaget motbevisa kommissionens bedömning genom att påvisa att systemet är berättigat på grund av det ger upphov till effektivitetsvinster.²²⁷ För att ett rabattsystem skall anses motiverat av effektivitetsskäl måste emellertid fyra villkor vara uppfyllda.²²⁸ För det första måste effektivitetsvinsterna vara ett resultat av rabattsystemet. För det andra måste rabattsystemet vara absolut nödvändigt för att dessa effektivitetsvinster skall förverkligas. För det tredje måste effektivitetsvinsterna komma konsumenterna till nytta och för det fjärde krävs att rabattsystemet inte eliminerar konkurrensen från övriga företags produkter i väsentlig utsträckning. I de fall där alla dessa villkor är uppfyllda kan rabattsystemet anses medföra konkurrensbefrämjande effekter. Kommissionen anger ett antal olika exempel på effektivitetsvinster som lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem kan ge upphov till. Dessa exempel känns igen från genomgången av lojalitetsrabatters positiva effekter i det föregående kapitlet. Ett rabattsystem kan vara nödvändigt för att ett företag skall kunna uppnå kostnadsfördelar som kan komma konsumenterna till godo. Kommissionen anger dock att företaget måste kunna styrka dessa kostnadsfördelar.²²⁹ Ett rabattsystem kan också vara nödvändigt för att förmå en återförsäljare att sälja en större volym, och därmed sälja till ett lägre pris, i situationer där både leverantören och återförsäljaren har en stark marknadsställning. Kommissionen anger att det i detta fall måste påvisas att den totala produktionen blir lägre och marknadspriset därmed högre i avsaknad av rabattsystemet.²³⁰ Som ett tredje exempel anger kommissionen att ett rabattsystem kan ge det dominerande företaget incitament att göra vissa typer av investeringar riktade till en specifik kund. Kommissionen anser att denna typ av investering måste vara av långsiktig karaktär för att den skall anses ge upphov till effektivitetsvinster. Investeringen måste dessutom vara asymmetrisk, det vill säga det dominerande företaget måste investera mer i det gemensamma åtagandet än vad kunden gör.²³¹

Kommissionens arbetsdokument förespråkar en mer effektbaserad ansats vad gäller bedömningen av lojalitetsskapande rabattsystem. Kommissionen poängterar att sådana rabattsystem kan ha såväl positiva

225 Ibid. p. 166. Se även p. 153

226 Ibid. p. 160, 161 och 167

227 Ibid. p. 172

228 Ibid. p. 84

229 Ibid. p. 173

230 Ibid. p. 174

231 Ibid. p. 175

som negativa effekter på marknaden, och att kommissionen vid bedömningen av ett rabattsystems utestängande effekter måste ta hänsyn till båda typerna av effekter. Den kritik som redogjorts för ovan har med andra ord fått en viss effekt. Den bedömningsansats som förespråkas i arbetsdokumentet har vissa likheter med bedömningen enligt artikel 81.3 EG, även om en explicit möjlighet till undantag inte medges. Detta förändrade angreppssätt behöver inte betyda att dominerande företag som använder sig av lojalitetsskapande rabatt- eller bonussystem i större utsträckning kommer att undslippa bestämmelsen i artikel 82 i fördraget. Det skall dock finnas en möjlighet för det dominerande företaget att – genom att påvisa konkurrensbefrämjande effekter av rabatt- eller bonussystemet – påverka bedömningen av om detta system utgör missbruk i det enskilda fallet. Det återstår att se om detta förändrade bedömnings sätt kommer att få något större genomslag i rättstillämpningen.

5.3 Prokent-Tomra

Ärendet *Prokent-Tomra*²³² är det hittills mest aktuella ärendet där kommissionen har bedömt ett rabattsystems lojalitetsskapande verkan. Tomrakoncernen är verksam på området för insamling av använda dryckesförpackningar, och dess huvudsakliga verksamhet består av leveranser av returmaskiner som används för att samla in tomma dryckesförpackningar.²³³ Kommissionen fann inledningsvis i sin bedömning att Tomra hade en dominerande ställning på marknaden för returmaskiner.²³⁴ Kommissionen ansåg att Tomras marknadsstrategi baserades på en politik som strävade efter att bevara företagets dominans och marknadsandel genom att förhindra konkurrenters tillträde till marknaden, begränsa konkurrenternas tillväxtpöjligheter och försvaga och eliminera konkurrenterna genom förvärv och liknande åtgärder.²³⁵ För att nå detta mål använde sig Tomra av ett antal konkurrensbegränsande metoder. I syfte att förhindra konkurrenters inträde på marknaden ingick Tomra exklusivtavs avtal med vissa kunder för leverans av returmaskiner. Företaget, och dess olika dotterbolag, slöt också avtal med olika kunder som innebar att respektive kund ålades individuella kvantitetsmål. Dessa kvantitetsmål motsvarade kundens totala eller nästan totala efterfrågan på returmaskiner under en viss tidsperiod. Kunderna erbjöds rabatter i relation till sina åtaganden att köpa den överenskomna kvantiteten. Tomras avtal med de olika detaljhandelsföretagen innehöll dessutom klausuler om individuella retroaktiva trohetsrabatter som motsvarade kundens totala eller nästan totala

232 Kommissionens beslut 2008/C 219/12, EUT C 219, 28.8.2008, s. 11-15 (Ärende COMP/E-1/38.113 - Prokent/Tomra)

233 Se kommissionens beslut 2008/C 219/12, EUT C 219, 28.8.2008, s. 11-15 (Ärende COMP/E-1/38.113 - Prokent/Tomra), p. 2

234 Ibid. p. 10 och p. 12

235 Ibid. p. 13

efterfrågan.²³⁶ Kommissionen ansåg att exklusivitetsvillkoren hade en utestängande verkan, eftersom villkoren krävde att kunderna köpte hela eller betydande delar av sina behov av Tomra. Kommissionen ansåg vidare att Tomra inte hade lyckats visa att de metoder företaget använde var motiverade av kostnadsskäl.²³⁷ Vad gällde de avtal där rabatter beviljades för enskilda kvantiteter ansåg kommissionen att dessa avtal hade samma effekt som exklusivitetsförpliktelser och att de var en del av Tomras strategi att binda upp kunderna.²³⁸ Det retroaktiva rabattsystemet bedömdes utgöra ett starkt incitament för kunderna att köpa all eller nästan all den utrustning som behövdes från Tomra. Systemet ökade därmed på ett artificiellt sätt kostnaderna för att byta till en annan leverantör.²³⁹

Även om det enligt EG-rättslig praxis för att fastställa en överträdelse av artikel 82 i fördraget räcker att visa att missbruket av det dominerande företaget tenderar att inskränka konkurrensen, det vill säga att företagets marknadsbeteende har eller kan ha sådana verkningar,²⁴⁰ går kommissionen härefter vidare i sin undersökning av Tomras affärsmetoder genom att överväga de sannolika effekterna av dessa metoder på marknaden för returmaskiner.²⁴¹ Kommissionen framhåller att en leverantör med en dominerande ställning på marknaden kan använda sig av rabatter av olika orsaker, och att dessa metoder kan leda till olika – såväl positiva som negativa – effekter på marknaden. Den viktigaste möjliga negativa effekten anses vara möjligheten att utestänga faktiska och potentiella konkurrenter från marknaden.²⁴² Den viktigaste möjliga positiva effekten av rabatterna anses vara ökad efterfrågan eller olika effektivitetsvinster.²⁴³ Kommissionen uttalar också att det vid bedömningen av de negativa effekterna av det dominerande företags rabattsystem krävs att man fastställer om rabattsystemet kan hämma den konkurrensnivå som fortfarande finns på marknaden eller hämma en tillväxt av konkurrensen.²⁴⁴ I dessa överväganden syns tendenser till en förändrad bedömningsansats från kommissionens sida. Kommissionen poängterar att ett rabattsystem kan ha såväl positiva som negativa effekter på marknaden och att man vid konkurrensbedömningen måste ta hänsyn till båda typerna av effekter. Detta synsätt ligger för övrigt i linje med de överväganden som gjordes i kommissionens arbetsdokument. Kommissionen utvidgade konkurrensbedömning innebär också till en del ett avsteg

236 Ibid. p. 15-16

237 Ibid. p. 21

238 Ibid. p. 22

239 Ibid. p. 23

240 Se exempelvis Mål T-219/99 British Airways [2003] REG s. II-5917, p. 293

241 Se kommissionens beslut 2008/C 219/12, EUT C 219, 28.8.2008, s. 11-15 (Ärende COMP/E-1/38.113 - Prokent/Tomra), p. 25

242 Ibid. p. 26

243 Ibid. p. 27

244 Ibid. p. 26

från tidigare rättspraxis, genom att kommissionen genomför en undersökning av rabattsystemets effekter, trots att tidigare rättspraxis indikerat att detta inte är nödvändigt. Möjligtvis kan man även tolka kommissionens uttalanden som att konkurrensbedömningen här har ett tydligare fokus på frågan huruvida marknadsbeteendet är konkurrenshämmande jämfört med frågan om företaget har en dominerande ställning.

I fallet *Prokent-Tomra* fann dock kommissionen att rabattsystemet inte hade medfört sådana positiva effekter på marknaden att systemet kunde rättfärdigas av denna anledning.²⁴⁵ Kommissionens utredning visade att Tomras marknadsandel varit förhållandevis stabil under hela den undersökta perioden, samtidigt som konkurrenternas hade en relativt svag ställning. De konkurrenter som visade potential att kapa åt sig större marknadsandelar eliminerades genom att de förvärvades av Tomra. Tomra lyckades som nämnts tidigare inte visa att rabattsystemet medförde ökad kostnadseffektivitet. Det ansågs dessutom inte visat att rabattsystemet gynnade kunderna. Priset på returmaskiner föll inte heller efter det att Tomras försäljningsvolym hade ökat. Tvärtom stagnerade eller steg priserna för Tomras returmaskiner under den period som undersöktes.

245 Se, för det följande, kommissionens beslut 2008/C 219/12, EUT C 219, 28.8.2008, s. 11-15 (Ärende COMP/E-1/38.113 - Prokent/Tomra), p. 28

6 Avslutande diskussion

Som framgick av föregående kapitel har kommissionen i och med beslutet i *Prokent-Tomra* tagit ett första steg mot vad som kan karakteriseras som en mer ekonomiskt inriktad ansats vad gäller bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem inom ramen för artikel 82 i EG-fördraget. Man skall dock vara försiktig med att tolka in alltför mycket i detta beslut. För att man skall kunna tala om en verkligt genomgående förändring i bedömningen av lojalitetsskapande rabattsystem bör kommissionens ansats fastställas även av förstainstansrätten eller av EG-domstolen. Riktigt säker på att en förändrad bedömningsansats används kan man inte heller vara förrän man kan peka på ett specifikt större rättsfall där ett dominerande företags rabattsystem inte ansetts utgöra missbruk. I sådana fall är det även möjligt att i mera detalj uttala sig om de särskilda överväganden, exempelvis angående de effektivitetsvinster som rabattsystemet kan ge upphov till eller angående rabattsystemets uteslutande effekter, som har lett fram till ett sådant beslut.

Kritik har emellertid riktats även mot kommissionens beslut i *Prokent-Tomra*. Kritiken går i korthet ut på att kommissionen vid sin bedömning inte fullt ut tagit hänsyn till de överväganden som presenterades i kommissionens arbetsdokument, samt att kommissionens konkurrensanalys hade en tendens att överskatta den inverkan som Tomras affärsmetoder hade på marknaden.²⁴⁶ Kritiker efterfrågar med andra ord en bedömningsansats som än tydligare tar hänsyn till ekonomiska överväganden. Man kan i sammanhanget fundera på i vilken utsträckning kommissionens beslut enbart har karaktären av en läpparnas bekännelse. Kommissionen anger visserligen att man gör en utvidgad konkurrensbedömning, men det är tänkbart att kommissionen vid bedömningen har viktat de olika bedömningskriterierna på ett sådant sätt att resultatet av konkurrensbedömningen i praktiken kommit att överensstämma med tidigare bedömningar.

Vad talar då för att kommissionen och gemensapsdomstolarna i framtiden kommer att anamma ett mer effektbaserat angreppssätt vad gäller bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem? Den främsta anledningen till att man kan förvänta sig en förändrad bedömningsansats är den ökade medvetenheten om att rabattsystem kan vara förkippade med ökad ekonomisk effektivitet på marknaden, även om rabattsystemen tillämpas av ett dominerande företag. Denna medvetenhet har, som nämnts ovan, framförallt kommit till uttryck i de överväganden som görs i kommissionens

²⁴⁶ Se Faella, Gianluca, a.a s. 395

arbetsdokument.²⁴⁷ Om europeiska konkurrensvårdande myndigheter fortsätter att tillämpa ett synsätt som grundar sig på att vissa marknadsbeteenden skall anses vara förbjudna i sig, riskerar man således att i vissa fall förbjuda beteenden som kan ha konkurrensbefrämjande effekter, vilket skulle inverka negativt på konkurrensen på marknaden. Dessa överväganden gäller inte enbart bedömningen av lojalitetsskapande rabatter utan gäller missbruksbedömningen enligt artikel 82 i dess helhet. En mer effektbaserad bedömning ligger samtidigt också mer i linje med den bedömning som görs i artikel 81-ärenden och i ärenden rörande koncentrationskontroll.²⁴⁸ Personligen anser jag att en sådan utveckling vore välkommen. Vad som talar emot att kommissionen och gemenskapsdomstolarna kommer att fullt ut anamma en mer effektbaserad ansats är att dessa institutioner till viss del är bundna av den tidigare rättspraxis som de själva utarbetat. Det kan med andra ord finnas en motvilja mot att frångå de överväganden som gemenskapsdomstolarna gjort i tidigare ärenden, särskilt som en del av dessa överväganden fått prejudikatverkan. Det är samtidigt också så att den tröghet som kännetecknar det gemenskapsrättsliga systemet gör att det kan ta lång tid innan man med säkerhet kan uttala sig om i vilken utsträckning gemenskapsdomstolarna använder en mer effektbaserad ansats vid bedömningen av lojalitetsskapande rabatt- och bonussystem.

247 Se exempelvis "DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses", p. 138, p. 149 och p. 172-175

248 Se "An economic approach to Article 82." *Report by the EAGCP*, s. 5

7 Referensförteckning

7.1 Litteratur

Bishop, Simon, 2005. "Delivering Benefits to Consumers or Per Se Illegal?: Assessing the Competitive Effects of Loyalty Rebates." Ur Konkurrensverkets rapport *The Pros and Cons of Price Discrimination*.

http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rap_pros_and_cons_pricediscrimination.pdf (2008-11-05)

Faella, Gianluca, 2008. "The Antitrust Assessment of Loyalty Discounts and Rebates." *Journal of Competition Law & Economics* 4(2).

Gyselen, Luc, 2003. "Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice?" 8th EU Competition Law and Policy Workshop. What is an Abuse of a Dominant Position? *European University Institute*, June 2003.

http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp2003_017_en.pdf (2008-11-04)

Heimler, Alberto, 2008. "Fidelity Discounts and Rebates not Justified by the Costs: In Which Cases should a Dominant Enterprise be Forbidden Such Practices?"

<http://66.102.9.104/search?q=cache:VzHVOWEH2GEJ:www.ligue.org/files/international%2520report%2520quest%2520a%252023.09.08%2520final.doc+fidelity+rebates+%2B+heimler&hl=sv&ct=clnk&cd=1&gl=se&client=firefox-a> (2008-11-04)

Hettne, Jörgen & Ida Otken Eriksson (red.), 2005. *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättslämpning*. Stockholm, Norstedts Juridik.

Kallaughner, John & Brian Sher, 2004. "Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82." *E.C.L.R.*, Issue 5

Korah, Valentine, 2007. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (9th Edition). Oxford, Hart Publishing.

Lovdahl Gormsen, Liza. "Article 82 EC: Where are We Coming From and Where are We Going To?" 2005 2(2) *The Competition Law Review*.

<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol2Issue2Art1Gormsen.pdf> (2008-12-02)

Messina, Michele. "Article 82 and the New Economy: Need for Modernisation?" 2005 2(2) *The Competition Law Review*.

<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol2Issue2Art3Messina.pdf> (2008-12-02)

O'Donoghue, Robert & Jorge Padilla, 2007. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Hart Publishing.

Rousseva, Ekaterina. "The Concept of 'Objective Justification' of an Abuse of a Dominant Position: Can it help to Modernize the Analysis under Article 82 EC?" (2005) 2(2) *The Competition Law Review*.

<http://www.clasf.org/CompLRev/Issues/Vol2Issue2Art2Rousseva.pdf> (2008-12-05)

Temple Lang, John & Robert O'Donoghue, 2002. "Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC." *Fordham International Law Journal*, Vol. 26:83.

Waelbroeck, Denis, 2005. "Michelin II: A Per Se Rule against Rebates by Dominant Companies?" *Journal of Competition Law & Economics* 1(1)

Westin, Jakob, 2007. *Europeisk konkurrensrätt*. Studentlitteratur.

Wetter, Carl, & Johan Karlsson, Olle Rislund & Marie Östman, 2004. *Konkurrensrätt – en handbok* (3. upplagan). Stockholm, Thomson Fakta (citerat Wetter et al.).

7.2 Offentligt tryck

"An economic approach to Article 82." *Report by the EAGCP 2005*

http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf (2008-10-27).

"DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses"

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (2008-10-27).

”Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning.” EGT nr C 372, 9.12.1997, s. 5.

“OECD Policy Roundtables. Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates 2002.”

<http://www.oecd.org/dataoecd/18/27/2493106.pdf> (2008-11-26)

7.3 Rättsfall

EG-domstolen

Mål 6/72 Europemballage Corporation och Continental Can Company Inc. mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1973] REG s. 215

Förenade målen 40 till 48, 50, 54 till 56, 111, 113 och 114-73 Coöperatieve Vereniging ”Suiker Unie” UA m. fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1975] ECR s. 1663. (Suiker Unie)

Mål 27/76 United Brands Company et United Brands Continental BV mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1978] REG s. 207. (United Brands)

Mål 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1979] REG s. 461. (Hoffman-La Roche)

Mål 322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission.[1983] REG s. 3461 (Michelin I)

Mål C-62/86 Akzo Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1991] REG s. I-3359. (Akzo)

Mål C-163/99 Republiken Portugal mot Europeiska gemenskapernas kommission. [2001] REG s. I-2613. (Portugal mot kommissionen)

Mål C-95/04P British Airways plc mot Europeiska kommissionen. [2007] REG s. I-2331

Förslag till avgörande av generaladvokat

Opinion of Advocate General Reischl, delivered on 19 September 1978, in the Case Hoffman-La Roche v. Commission. [1979] ECR s. 461

Opinion of Advocate General Verloren van Themaat, delivered on 21 June, 1983, in the Case Michelin v. Commission. [1983] ECR s. 3461

Förslag till avgörande av Generaladvokat Jean Mischo, föredraget den 19 oktober 2000, i mål C-163/99 Republiken Portugal mot Europeiska gemenskapernas kommission. [2001] REG s. I-2613

Förslag till avgörande av generaladvokat Juliane Kokott, föredraget den 23 februari 2006, i mål C-95/04P British Airways plc mot Europeiska gemenskapernas kommission. [2007] REG s. I-2331

Förstainstansrätten

Mål T-65/89 BPB Industries Plc och British Gypsum Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1993] REG s. II-389. (British Gypsum)

Mål T-228/97 Irish Sugar plc mot Europeiska gemenskapernas kommission. [1999] REG s. II-2969. (Irish Sugar)

Mål T-203/01 Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska kommissionen. [2003] REG s. II-4071. (Michelin II)

Mål T-219/99 British Airways plc mot Europeiska kommissionen. [2003] REG s. II-5917. (British Airways)

Kommissionsbeslut

73/109/EEC, OJ L 140, 26.5.1973, s. 17-48 (IV/26 918 - European Sugar Industry)

76/642/EEC, OJ L 223, 16.8.1976, s. 27-38 (IV/29.020 - Vitamins)

81/969/EEC, OJ L 353, 9.12.1981, s. 33-47 (IV.29.491 - Bandengroothandel Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin)

89/22/EEC, OJ L 10, 13.01.1989, s. 50-72 (IV/31.900, BPB Industries plc)

97/624/EG, EGT L 258, 22.9.1997, s. 1-34 (IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc)

1999/99/EG, EGT L 69, 16.3.1999, s. 31-39 (IV/35.703 - Portugisiska flygplatser)

2000/74/EG, EGT L 30, 4.2.2000, s. 1-24 (IV/D-2/34.780 - Virgin/British Airways)

2002/405/EG, EGT L 143, 31.05.2002, s. 1-53 (COMP/E-2/36.041/PO - Michelin)

2008/C 219/12, EUT C 219, 28.8.2008, s. 11-15 (Ärende COMP/E-1/38.113 - Prokent/Tomra)

Bilaga 1

Artikel 2, artikel 3.1 g och artikel 82 i EG-fördraget

Artikel 2 EG

Gemenskapen skall ha till uppgift att genom att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och genom att fullfölja den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4 främja en harmonisk, väl anvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet, en höjning av levnadsstandarderna och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.

Artikel 3.1 g EG

För att uppnå de mål som anges i artikel 2 skall gemenskapens verksamhet på de villkor och i den takt som anges i detta fördrag innefatta [...] en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

Artikel 82 EG

Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen höga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,*
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,*
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,*
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.*