

Loyalitetsskabende rabatter

af JULIE BAGGE LAUTRUP & KATHRINE AMDI AVNSBØL

EU-konkurrenceloven har til formål at beskytte den effektive konkurrence, hvorfor der i art. 102 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) er nedsat et forbud mod, at virksomheder med markedsdominans misbruger denne stilling. Dominerende virksomheder er således pålagt et særligt ansvar for ikke at skade konkurrencen som følge af deres adfærd, hvilket medfører visse begrænsninger for dominerende virksomheders mulighed for at konkurrere frit på et marked. Der foreligger bl.a. en begrænsning i forhold til prispolitik, hvorefter dominerende virksomheder ikke frit kan fastsætte priser og anvende rabatordninger uden at forholde sig til TEUF art. 102, selvom dette er almen praksis i forbindelse med salg.

Rabatter, herunder loyalitetsskabende rabatter, er en udbredt praksis blandt virksomheder, og de kan både være til gavn for forbrugerne, virksomheden selv og markedet, da anvendelsen af rabatter vil kunne have konkurrencefremmende virkninger. Rabatter anses således generelt for værende uproblematisk i konkurrencemæssig henseende, men såfremt rabatten anvendes af en virksomhed med en dominerende stilling, vil situationen være en anden, da rabatten i stedet vil kunne resultere i en faktisk eller potentiel afskærmning af den dominerende virksomhedskonkurrenter.

EU-domstolene har generelt været ukonkrete i kategoriseringen af rabatter, hvilket har gjort det vanskeligt for virksomheder at navigere i, hvilke rabatter der er lovlige samt hvilke, der vil kunne omfattes af forbuddet i TEUF art. 102. Især loyalitetsskabende rabatter er et uklart område inden for EU-konkurrenceretten, da der i retspraksis og i ordlyden i TEUF art. 102, ikke kan udledes nogle klare retningslinjer for, hvornår en sådan rabat kan udgøre et misbrug. Det har gennem tiden og retspraksis været vanskeligt at fastlægge en klar og præcis tilgang, når det kommer til vurderingen af rabatter i EU i henhold til TEUF art. 102, men domstolene har hidtil været tilbøjelige til at anvende den formbaserede tilgang, hvorefter det ikke har været påkrævet at tage de reelle effekter af anvendelsen af en loyalitetsskabende rabat på markedet i betragtning. En dominerende virksomhed må derfor nøje overveje om anvendelsen af den loyalitetsskabende rabat vil kunne medføre en adfærd, som kan ende med at udgøre et misbrug af den dominerende virksomheds markedsposition, i strid med TEUF art. 102.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
1. INDLEDNING	3
1.1. PROBLEMFOMULERING.....	4
1.2. AFGRÆNSNING.....	4
1.3. METODE.....	5
1.3.1. Juridisk metode.....	5
1.3.2. Økonomisk metode.....	6
1.4. STRUKTUR.....	7
2. RETLIGE OG ØKONOMISKE RAMMER	7

2.1 GENERELT OM RABATTER.....	8
2.1.1. Kategorisering af rabatter.....	10
2.1.2. Loyalitetsskabende rabatter.....	12
2.1.3. Formålet med loyalitetsskabende rabatter.....	14
2.2. TEUF ART. 102.....	15
2.2.1. Virksomhedsbegrebet.....	15
2.2.2. Dominansbegrebet.....	16
2.2.2.1 Markedsandele og øvrige faktorer.....	16
2.2.3. Misbrugsbegrebet.....	18
2.2.4. Påvirkning af samhandlen.....	20
3. UDGØR ANVENDELSEN AF LOYALITETSSKABENDE RABATTER ET EKSKLUDERENDE MISBRUG OMFATTET AF TEUF ART. 102?.....	20
3.1. AFGØRENDE FAKTORER VED VURDERINGEN AF MISBRUG.....	23
3.1.1. Vurderingen af adfærdens egnethed.....	24
3.1.2. Vurderingen af samtlige omstændigheder.....	25
3.1.2.1. Påvirkning af markedsstrukturen.....	26
3.1.2.1.1. Påvirkning af markedsstrukturen som følge af adgangsbarrierer.....	26
3.1.2.1.2. Loyalitetsskabende rabatters påvirkning på downstream-markedet.....	27
3.1.2.1.3. Betydningen af rabat- og prisgennemsigtighed.....	29
3.1.2.2. Påvirkning af forbrugervelfærd samt valgfrihed.....	30
3.1.2.3. Betydningen af dominans for misbrugsvurderingen.....	31
3.1.2.4. Udelukkelse af konkurrenter.....	32
3.1.2.5. Subjektive forhold.....	34
3.1.3. "As-Efficient-Competitor"-testen.....	35
3.1.3.1. AEC-testens fire faser.....	36
3.1.3.2. AEC-testens betydning i retspraksis.....	41
3.2. KAN LOYALITETSSKABENDE RABATTER OMFATTES AF "COMPETITION ON THE MERITS"?.....	43
3.3. OBJEKTIV BEGRUNDELSE SAMT EFFEKTIVITETSGEVINSTER.....	44
4. KONKLUSION OG PERSPEKTIVERING.....	47
5. LITTERATURLISTE.....	51

Abstract

The European competition law aims to protect effective competition, it is therefore prohibited for companies with market dominance to abuse their position, cf. Article. 102 TEUF. Rebates, including loyalty rebates, are a common practice among companies, as this can benefit both consumers and the business itself. Rebates are thus generally considered to be unproblematic. But if a company with a dominant position uses a rebate, the situation might not be unproblematic. This stems from the fact that the use of a rebate may result in a potential foreclosure of the company's competitors.

The EU courts have generally been vague in the categorization of rebates, which has made it difficult for companies to navigate between which rebates are legal and which rebates that could be covered by the prohibition in art. 102. This is due to the fact that the courts have tended to judge rebates according to the form-based approach, whereas the effects of the rebate are not assessed. Thus, with this approach, it was only necessary to establish that the rebate had the ability to distort competition. The form-based approach has received a lot of criticism,

which is why the effect-based approach has been introduced. The purpose of this thesis is therefore to analyse to what extent loyalty rebates may constitute exclusive abuse covered by Article 102 TFEU, including analysing how loyalty rebates may affect the market.

In order to analyse the problem statement, two different methods are used; the legal dogmatic method and the legal economic method. The legal dogmatic method is used to interpret, analyse and describe existing law regarding the assessment of abuse, where it needs to be analysed if a loyalty rebate constitutes an exclusive abuse violating Article 102. The second method used is the legal economic method, where the focus is on the positive economic method. The method is used as part of an economic analysis with regard to the issues that can arise when a loyalty rebate is used by a dominant company, which includes the market effects of a loyalty rebate.

The first part of this thesis will define the different types of rebates, including loyalty rebates, and the purpose and considerations behind the use of rebates, in order to create an understanding of the theory regarding rebate systems. Moreover, existing law, in accordance with the EU-competition law, presented and relevant conditions with regard to the compliance of article 102 TEUF, is clarified. When a dominant company use a loyalty rebate, effects on the market may occur. Thus, the economic effects on the market is part of the analysis. These effects are also used as part of the legal assessment of abuse. The final part of the thesis includes a conclusion and a perspective.

Throughout the thesis, relevant case law, including the case *Intel*, are used as a part of the analysis to exemplify the theory.

1. Indledning

EU-konkurrenceretten har til formål at beskytte den effektive konkurrence, hvorfor der i art. 102 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (herefter TEUF) er nedsat et forbud mod, at virksomheder med markedsdominans misbruger denne stilling. Dominerende virksomheder er således pålagt et særligt ansvar for ikke at skade konkurrencen som følge af deres adfærd, hvilket medfører visse begrænsninger for dominerende virksomheders mulighed for at konkurrere frit på et marked. Der foreligger bl.a. en begrænsning i forhold til prispolitik, hvorefter dominerende virksomheder ikke frit kan fastsætte priser og anvende rabatorninger uden at forholde sig til TEUF art. 102, selvom dette er almen praksis i forbindelse med salg.¹

Rabatter, herunder loyalitetsskabende rabatter, er en udbredt praksis blandt virksomheder, og de kan både være til gavn for forbrugerne, virksomheden selv og markedet, da anvendelsen af rabatter vil kunne have konkurrencefremmende virkninger. Rabatter anses således generelt for værende uproblematisk i konkurrencemæssig henseende, men såfremt rabatten anvendes af en virksomhed med en dominerende stilling, vil situationen være en anden, da rabatten i stedet vil kunne resultere i en faktisk eller potentiel afskærmning af den dominerende virksomheds konkurrenter.^{2 3}

¹ Jessen, Pernille Wegner, m.fl., *Regulering af Konkurrence i EU*, 4. udgave, DJØF, 2016 (herefter Jessen), s. 254

² Bergqvist, Christian, m.fl., *Where Do We Stand on Discounts? - A Nordic Perspective*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2017, (herefter Bergqvist, 2017), s. 13

³ Meddelelse fra Kommissionen, Vejledning i, hvordan Kommissionen prioriterer sin håndhævelse af EF-traktatens artikel 82 i forbindelse med virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, 2008, (herefter Meddelelse fra Kommissionen), pkt. 36

EU-domstolene har generelt været ukonkrete i kategoriseringen af rabatter, hvilket har gjort det vanskeligt for virksomheder at navigere i, hvilke rabatter der er lovlige samt hvilke, der vil kunne omfattes af forbuddet i TEUF art. 102. Især loyalitetsskabende rabatter er et uklart område inden for EU-konkurrenceretten, da der i retspraksis og i ordlyden i TEUF art. 102, ikke kan udledes nogle klare retningslinjer for, hvornår en sådan rabat kan udgøre et misbrug. Det har gennem tiden og retspraksis været vanskeligt at fastlægge en klar og præcis tilgang, når det kommer til vurderingen af rabatter i EU i henhold til TEUF art. 102, men domstolene har hidtil været tilbøjelige til at anvende den formbaserede tilgang, hvorefter det ikke har været påkrævet at tage de reelle effekter af anvendelsen af en loyalitetsskabende rabat på markedet i betragtning.⁴ En dominerende virksomhed må derfor nøje overveje om anvendelsen af den loyalitetsskabende rabat vil kunne medføre en adfærd, som kan ende med at udgøre et misbrug af den dominerende virksomheds markedsposition, i strid med TEUF art. 102.⁵

Med offentliggørelsen af Kommissionens vejledning om prioritering af håndhævelsen i forbindelse med ekskluderende adfærd⁶ (herefter Kommissionens Vejledning eller Vejledningen) og EU-Domstolens (herefter Domstolen) seneste afgørelse i sag C-413/14 P, *Intel mod Kommissionen* (herefter *Intel*), tyder det dog på, at der i fremtidige sager vil blive anvendt en mere effektbaseret tilgang, hvor både konkurrencefremmende og -begrænsende effekter, som følge af den loyalitetsskabende rabats tilstedeværelse, vil blive inddraget som en del af misbrugsvurderingen.⁷

Det har med introduktionen til den effektbaserede tilgang således været relevant at analysere, i hvilket omfang en loyalitetsskabende rabat kan omfattes af forbuddet i art. 102, og i så fald, om dette kan have karakter af ekskluderende adfærd. I forlængelse heraf har det tilmed været relevant at undersøge de loyalitetsskabende rabatters potentielle effekter på markedet, da disse alle vil være relevante at inddrage i en misbrugsvurdering, da de enten vil kunne styrke eller mindske formodningen for et ekskluderende misbrug.

1.1. Problemformulering

Formålet med denne afhandling er at analysere i hvilket omfang loyalitetsskabende rabatter kan udgøre ekskluderende *misbrug* omfattet af TEUF art. 102, herunder at analysere hvordan loyalitetsskabende rabatter kan påvirke markedet.

1.2. Afgrænsning

Da afhandlingens hovedfokus er på TEUF art. 102, vil afhandlingen afgrænse sig fra anden lovgivning end den i EU-konkurrenceretten. Med undtagelse af få danske og amerikanske afgørelser, vil afhandlingen således også udelukkende tage udgangspunkt i retspraksis fra EU-domstolene. Størstedelen af de domme, der bliver henvist til i afhandlingen, (både danske, amerikanske og EU-retlige), vil ikke blive analyseret i detaljen, da det udelukkende er de relevante elementer, der vil blive fremhævet til at understøtte besvarelsen af problemformuleringen.

⁴ Bergqvist, Christian, *Working paper vedr. rabatter, den Konkurrenceretlige regulering af rabatter*, 2010, (herefter Bergqvist, 2010), s. 1

⁵

<https://www.andersen-partners.dk/sites/default/files/documents/konkurrence- og udbudsret oktober 2014.pdf>

⁶ Meddelelse fra Kommissionen – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelse i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, 2009 (herefter Kommissionens Vejledning)

⁷ Bergqvist, 2017, s. 13

Da rabatter ofte er udtryk for en ensidig handling, skal disse som udgangspunkt behandles efter TEUF art. 102, og ikke art. 101 omhandlende konkurrencebegrænsende aftaler. TEUF art. 101 er kun aktuel i forhold til rabatter, såfremt en dominerende virksomhed anvender rabatter som led i en konkurrencebegrænsende aftale, hvilket ikke bliver behandlet i afhandlingen.⁸ Det har i forbindelse med besvarelsen af problemformuleringen været relevant at definere TEUF art. 102, da bestemmelsen udgør fundamentet for reguleringen af dominerende virksomheders stilling. Da afhandlingens primære fokus som udgangspunkt omhandler dominans- og misbrugs-vurderingen, vil der i afhandlingen ikke blive foretaget en vurdering af, hvorvidt der i de konkrete sager er foretaget en korrekt vurdering af det relevante produktmarked, eller det geografiske marked. Derudover er begrebet kollektiv dominans nævnt få gange i afhandlingen, men begrebet vil ikke blive behandlet yderligere.

Da afhandlingen omhandler loyalitetsskabende rabatter, samt virkningerne heraf, vil der ikke blive foretaget en nærmere analyse af de øvrige rabattyper. Derudover vil afhandlingen primært koncentrere sig om den "prisbaserede adfærd", da dette omfatter loyalitetsskabende rabatter. Afhandlingen vil således ikke analysere den "ikke-prisbaserede adfærd" i dybden, herunder hvorvidt anvendelsen af en sådan "ikke-prisbaseret adfærd" kan have en afskærmende effekt på konkurrerende virksomheder og kan have en konkurrencebegrænsende virkning.

Afhandlingen fokuserer udelukkende på, om loyalitetsskabende rabatter kan udgøre et eksklusiverende misbrug, hvorfor udnyttende og strukturelt misbrug blot vil blive nævnt, men ikke behandlet mere dybdegående. Retspraksis omhandlende prisstrategier, som har haft en eksklusiverende virkning, er blevet inddraget i nødvendigt omfang.

Der kan i forbindelse med misbrug omfattet af TEUF art. 102, opstå en risiko for de såkaldte Type-I og Type-II fejl, hvilket afhandlingen ligeledes afgrænser sig fra. Der kan i forbindelse med afgørelser, foretaget af domstolene, være risiko for fejl, og sandsynligheden herfor kan således beregnes. Selvom det ikke kan udelukkes, at der i afgørelserne, anvendt i afhandlingen, kan være sket Type-I og Type-II fejl, er dette ikke inddraget i besvarelsen af problemformuleringen, da der i stedet er fokuseret på selve misbrugsvurderingen, samt de loyalitetsskabende rabatters effekt på markedet.

1.3. Metode

I dette afsnit fremgår valget af metode samt begrundelse herfor. Afhandlingen er tværfaglig og anvender således ikke blot juridisk metode, men ligeledes økonomisk metode.

1.3.1. Juridisk metode

Der er i den juridiske del af afhandlingen anvendt den retsdogmatiske metode til at analysere, fortolke og beskrive gældende ret, *de lege lata*, på området for misbrugende adfærd omfattet af TEUF art. 102.^{9 10} Afhandlingen tager udgangspunkt i relevante retskilder for at kunne besvare problemformuleringen. Den primære retskilde vil være TEUF art. 102, men retspraksis

⁸ Bergqvist, Christian, *Where Do We Stand on Discounts? - A Danish Perspective*, University of Copenhagen, 2015, s. 5

⁹ Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth, *Retskilder & Retsteorier*, 5. reviderede udgave, DJØF, 2017 (herefter Tvarnø, 2017), s. 29- 30.

¹⁰ Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth, *Retskilder & Retsteorier*, 4. reviderede udgave, DJØF, 2013 (herefter Tvarnø, 2013), s. 30.

fra både EU-Kommissionen (herefter Kommissionen), EU-Retten (herefter Retten) samt Domstolen, hvori rabatter som ekskluderende misbrug fortolkes, vil tilmed blive inddraget. Udover de bindende retskilder, vil øvrige relevante kilder, såsom Kommissionens Vejledning tilmed blive anvendt løbende i afhandlingen. Selvom sådanne kilder ikke er bindende, er de ikke helt uden retsvirkning, da de kan være medvirkende til at yde et væsentligt fortolkningsbidrag i en konkret sag, hvilket i flere tilfælde er blevet påpeget af Domstolen.¹¹ ¹²Da Vejledningen foreslår en mere effektbaseret tilgang til vurderingen af ekskluderende adfærd, anvendes den dog løbende i afhandlingen til støtte for en fyldestgørende misbrugsvurdering, da Vejledningen bl.a. belyser de omstændigheder, der bør inddrages i en bedømmelse af, hvorvidt loyalitetsskabende rabatter udgør et misbrug i strid med TEUF art. 102 efter den effektbaserede tilgang.

Derudover vil anden juridisk litteratur blive inddraget hvor dette findes relevant for at kunne besvare problemformuleringen.¹³ Selvom dette ikke er en formalistisk retskilde, har det alligevel været relevant at inddrage juridisk litteratur som fortolkningsbidrag, da retsstillingen vedrørende loyalitetsskabende rabatter er uklar. Det kan dog lægges til grund, at den juridiske litteratur er baseret på anerkendte retskilder, hvorfor den godt kan benyttes som argumentation.¹⁴ Ydermere er der i afhandlingen anvendt forslag til Domstolens afgørelser, udarbejdet af generaladvokater, hvilket som udgangspunkt har samme retskildeværdi som den juridiske litteratur. Såfremt Domstolen i sin afgørelse følger dette forslag, vil det få en vis retskildeværdi, hvilket vil forholde sig omvendt, såfremt forslaget ikke ender med at have betydning for Domstolens afgørelse.¹⁵

1.3.2. Økonomisk metode

I den økonomiske del af afhandlingen bliver den retsøkonomiske metode anvendt. Her er der fokus på den positive økonomiske metode, som i afhandling vil blive brugt til at foretage en økonomisk analyse af de problemstillinger, der opstår i forbindelse med dominerende virksomheders anvendelse af loyalitetsskabende rabatter, herunder effekterne på markedet som følge af anvendelsen af disse. Den retsøkonomiske metode vil blive anvendt som et supplement til den retsdogmatiske analyse til at forklare hvordan konkurrence, adfærd, dominerende stilling og økonomiske konsekvenser kan have betydning for markedet.¹⁶ Afhandlingen er udarbejdet på baggrund af relevante økonomiske modeller og teorier, som løbende vil blive anvendt i afhandlingen til at illustrere, hvordan og hvornår loyalitetsskabende rabatter kan påvirke markedet.

Den økonomiske teori kan ligeledes anvendes i forbindelse med en analyse af bl.a. EU-regler, såfremt disse forfølger et økonomisk formål, hvorefter en sådan analyse kan udgøre et nyttigt supplement til den ellers traditionelle fortolkning af de juridiske regler.¹⁷ Økonomien spiller således også en stor rolle i EU-konkurrenceretten, da der er mange økonomiske betragtninger forbundet med reguleringen. I store dele af afhandlingen vil juraen og økonomien derfor blive anvendt i tæt sammenspil. Kommissionen har i Vejledningen fra 2009 opstillet en såkaldt "As-efficient-competitor"-test (herefter AEC-test), som efter den effektbaserede tilgang kan anvendes ved vurderingen af, om en adfærd er i strid med TEUF art. 102. I afhandlingen foretages der således en analyse af de kriterier, der ifølge AEC-testen skal være til stede for at kunne

¹¹ Jessen, s. 29

¹² C-322/88 *Grimaldi*, præmis 18

¹³ Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 3. udgave, DJØF, 2016 (herefter Blume), s. 182.

¹⁴ Blume, s. 188-189

¹⁵ *Ibid.*, s. 280-281

¹⁶ Tvarnø, 2013, s. 484.

¹⁷ Tvarnø, 2014 s. 495

udelukke en lige så effektiv konkurrent som den dominerende virksomhed selv. Således vil AEC-testen være genstand for en integreret analyse, da den både kan anvendes som en del af den juridiske misbrugsvurdering, men samtidig også skitsere en økonomisk ramme ved at vurdere markedseffekterne som følge af loyalitetsskabende rabatters tilstedeværelse.

1.4. Struktur

Denne afhandling er bygget op omkring tre overordnede hovedafsnit. Indledningsvis introduceres de retlige og økonomiske rammer med henblik på at fastlægge og definere de begreber, der er relevante og nødvendige for forståelsen af afhandlingens analyserende del. Med udgangspunkt i bl.a. tidligere retspraksis og juridisk litteratur på området omhandlende rabatordninger, præsenteres de forskellige rabat kategorier, herunder loyalitetsskabende rabatter, samt formålet med anvendelsen af en sådan prisstrategi. Derudover bliver gældende ret på EU-konkurrenceområdet for misbrugende adfærd tilmed præsenteret, hvorefter de relevante betingelser i forbindelse med opfyldelsen af TEUF art. 102 bliver defineret og klarlagt. Disse betingelser, herunder særligt dominans- og misbrugsbegrebet, anvendes herefter løbende i afhandlingen.

Den første del danner således grundlag for afhandlingens anden del, som består af en analyse af, hvorvidt loyalitetsskabende rabatter kan udgøre et ekskluderende misbrug i strid med TEUF art. 102, samt i hvilket omfang sådanne rabatter påvirker markedet. Med udgangspunkt i den effektbaserede tilgang vil de relevante faktorer i forbindelse med en misbrugsvurdering blive inddraget og analyseret på baggrund af bl.a. tidligere og verserende retspraksis. I den relation vil Vejledningen også løbende blive anvendt, da den netop tager udgangspunkt i den effektbaserede tilgang. Vejledningen introducerede AEC-testen, som i nærværende afhandling tilmed vil blive analyseret med henblik på at fastslå, hvornår der er tale om en ekskluderende adfærd som følge af anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter. Ydermere vil begrebet "competition on the merits" blive præsenteret, da det er relevant at undersøge, hvorvidt en loyalitetsskabende rabat kan omfattes af dette begreb. Til sidst i denne del af afhandlingen analyseres muligheden for at retfærdiggøre en ellers misbrugende adfærd, såfremt adfærden vil have effektivitetsgevinster.

Undervejs i afhandling vil domstolenes afgørelser af *Intel*¹⁸ samt anden relevant retspraksis blive anvendt som en del af analysen til at besvare afhandlingens problemformulering. Afhandlingens tredje og sidste del vil indeholde en sammenfattende konklusion og perspektivering.

2. Retlige og økonomiske rammer

En effektiv og ufordrejet konkurrence er en af de centrale forudsætninger for et velfungerende marked, da det både fremmer økonomien og samtidig sikrer forbrugerne større valgfrihed i forhold til produkter, serviceydelser af bedre kvalitet og mere konkurrencedygtige priser.¹⁹ Den effektive konkurrence er imidlertid ikke målet i sig selv men en nødvendig forudsætning for at gennemføre et frit og dynamisk indre markedet, som igen vil bidrage til den generelle økonomiske velstand.²⁰ TEUF har derfor som udgangspunkt til formål at sikre en fri konkurrence ved bl.a. at forbyde konkurrencebegrænsende aftaler samt dominerende virksomheders misbrug af

¹⁸ COMP/C-3/37.990 – *Intel*, T-286/09, *Intel mod Kommissionen* og C-413/14 P, *Intel mod Kommissionen*

¹⁹ https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?root_default=SUM_1_CODED%3D08&locale=da

²⁰ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/82/competition-policy>

deres markedsstilling. TEUF indeholder således en række regler, som finder anvendelse på samtlige virksomheder, der driver forretning på det indre marked. Dette er medvirkende til at sikre, at alle virksomheder opererer på lige og retfærdige vilkår på tværs af medlemsstaterne samtidig med, at der er mulighed for innovation, langsigtet vækst samt udvikling af små og potentielle virksomheder.²¹ EU-konkurrencelovgivningen danner således en veldefineret retlig og økonomisk ramme for en konkurrencefremmende og ufordrejet konkurrence på det indre marked.

2.1 Generelt om rabatter

“Rabat” er et bredt begreb men kan generelt siges at omfatte enhver fordel, der ydes til en kunde, og som har værdi for denne kunde. Størstedelen af alle virksomheder, som opererer på et konkurrencedygtigt marked, anvender rabatter for at optimere salg og profit samt bevare og tiltrække kunder.²² Som udgangspunkt kan rabatter betragtes som et prisafslag og er således blot en del af en effektiv priskonkurrence, hvorfor rabatter normalt er uproblematisk i konkurrencemæssig henseende.²³ Der kan dog opstå problemer i de situationer, hvor sådanne rabatter anvendes af virksomheder med en dominerende stilling, da adfærden kan have en faktisk eller potentiel afskærmende virkning på konkurrenterne.²⁴ Ved at anvende rabatter som en del af en prisstrategi, bliver kunderne mindre tilbøjelige til at skifte til konkurrerende virksomheder, da de allerede opnår en fordelagtig pris hos den pågældende virksomhed. Dette kan være medvirkende til at fastholde eller endda styrke den dominerende virksomheds stilling på markedet.²⁵ Det er dog ikke alle rabatter, som tilbydes af dominerende virksomheder, der kan udgøre et misbrug i henhold til TEUF art. 102, da visse rabatter kan være gavnlige for konkurrencen, og det er således uklart, hvor grænsen helt præcist går.²⁶ Konkurrencemyndighederne i EU har derfor haft en offensiv strategi, i forhold til rabatter tilbudt af dominerende virksomheder, idet myndighederne ønsker at skabe mere klarhed over, hvorvidt dominerende virksomheders anvendelse af rabatter kan udgøre et misbrug i henhold til TEUF art. 102.

I konkurrenceretlig retspraksis er der overordnet to forskellige analytiske tilgange til rabatter - den formbaserede og den effektbaserede tilgang. Ved den formbaserede tilgang er det rabattens form, der er i fokus, og visse rabatter er derfor blevet anset for værende uforenelige med TEUF art. 102 og dermed per se ulovlige, uden at Konkurrencemyndighederne har taget yderligere stilling til, hvorvidt disse ulovlige (efter den formbaserede tilgang) rabatter overhovedet har haft en konkurrenceskadelig effekt på markedet.²⁷ Ved en vurdering af rabatten efter den formbaserede tilgang, tages de egentlige markedseffekter, som følge af rabattens tilstedeværelse, ikke i betragtning. Ved den effektbaserede tilgang er tilgangen og målet derimod at maksimere forbrugernes velfærd, hvorfor rabatternes indflydelse på konkurrencen og forbrugervelfærden er i fokus og bliver evalueret. Hvilken form for rabat, der er tale om, er ved den effektbaserede tilgang mindre relevant, idet vurderingen af effekterne af den omtvistede rabat i den konkrete sag i stedet er det afgørende element.²⁸

²¹ https://europa.eu/european-union/topics/competition_da

²² Bergqvist, 2017, s. 13

²³ Hjelmeng, Erling J. & Sørgard, Lars, Konkurransopolitikk, Fagbokforlaget, 2014 (herefter Hjelmeng), s. 340

²⁴ Meddelelse fra Kommissionen, 2008, pkt. 36

²⁵ Niels, Gunnar et al., Economics for Competition Lawyers, Oxford University Press, 2011 (herefter Niels), s. 223

²⁶ Friend, Mark, Loyalty Rebates and Abuse of Dominance, Volume 77, The Cambridge Law Journal, 1. udgave, Cambridge University Press, 2018 (herefter Friend), s. 25

²⁷ Bergqvist, 2017, s. 14

²⁸ Ibid., s. 38

Historisk har Konkurrencemyndighederne i EU anvendt den formbaserede tilgang til rabatter, men bl.a. efter offentliggørelsen af Kommissionens Vejledning fra 2009, jf. mere herom i afsnit 3, er der således gradvist åbnet op for anvendelsen af den mere økonomiske og effektbaserede tilgang til rabatter. Ifølge konkurrenceøkonomer er dette skifte nødvendigt for at få den maksimale effekt ud af konkurrencepolitikken, idet det må erkendes, at rabatter både kan være konkurrencefremmende, men samtidig også have konkurrencebegrænsende virkninger. Der bør således kun blive grebet ind over for de rabatter, som efter en samlet vurdering begrænser den effektive konkurrence.²⁹ Ved begge tilgange er opmærksomheden rettet på rabatter anvendt af dominerende virksomheder, hvorfor virksomheder, der ikke besidder en markedsdominerende stilling, således frit kan tilbyde de ønskede rabatter til deres kunder uden, at det vil udgøre en overtrædelse af TEUF art. 102.³⁰

Historisk set synes domstolene i den foreliggende retspraksis heller ikke at have foretaget en yderligere vurdering af de omtvistede rabatter i de konkrete sager, og domstolene har holdt inddelingen af rabatter på et overordnet plan. Domstolene har således haft en tendens til at konstatere et misbrug, såfremt rabatterne, tilbudt af den dominerende virksomhed, ikke har kunnet begrundes objektivt. Denne tilgang er bl.a. fastslået i sagerne 85/76, *Hoffmann La-Roche* (herefter *Hoffmann La-Roche*), 322/81, *Michelin I* (herefter *Michelin I*) og T-219/99, *British Airways* (herefter *British Airways*) og har indtil sag T-286/09, *Intel mod Kommissionen* (herefter *Intel mod Kommissionen*), været opretholdt af Domstolen.^{31 32}

Allerede tilbage i 2004 blev der af Kommissionen iværksat en undersøgelse af Intel Corporation Inc. (herefter Intel) på baggrund af en formel samt en supplerende klage vedrørende rabatordninger modtaget fra konkurrenten Advanced Micro Devices Inc. (herefter AMD) i hhv. 2000 og 2003. Denne undersøgelse blev i juni 2005 suppleret af flere kontrolbesøg i både Intels og deres kunders lokaler. I 2006 blev der af AMD indgivet en klage til Bundeskartellet³³, hvori de gjorde gældende, at Intel havde indgået eksklusiverende markedsføringsaftaler med den europæiske forhandler af mikroelektronisk udstyr og stationære computere, Media-Saturn-Holding GmbH (herefter MSH). Denne klage gav i 2008 grundlag for yderligere undersøgelser af Intel.

Intel er et amerikansk selskab, der både designer, udvikler og fremstiller de såkaldte “cpu’er” (mikroprocessorer), som har en central betydning for alle computere. Det relevante produktmarked blev af Kommissionen begrænset til x86-cpu’er³⁴, som Intel og AMD siden 2000 havde været de eneste til at producere. I perioden fra oktober 2002 til december 2007 indtog Intel en dominerende stilling på dette marked med en konstant markedsandel på mellem 70-80%.^{35 36} Derudover var der flere hindringer for adgangen til og ekspansion på markedet for de førnævnte cpu’er, hvilket resulterede i, at samtlige af Intels konkurrenter (med undtagelse af AMD), stod

²⁹ Ibid., s. 37

³⁰ Ibid.

³¹ 322/81, *Michelin I*, præmis 91, C-95/04 P, *British Airways*, præmis 246 samt T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, præmis 81 og 82

³² 85/76, *Hoffmann La-Roche*, præmis 96

³³ Den tyske forbundskonkurrencemyndighed

³⁴ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, pkt. 23

³⁵ Niels, s. 231

³⁶ Kommissionens afgørelse af 13. maj 2009 i sag COMP/C-3/37.990 - *Intel* (herefter COMP/C-3/37.990 - *Intel*), pkt. 852

tilbage med en minimal markedsandel med den konsekvens, at flere konkurrenter så sig nødsaget til at forlade markedet.³⁷ Intels rabatordning resulterede tilmed i en reduktion af forbrugervalg samt lavere incitament til at innovere.³⁸

Intel tildelte i den ovennævnte periode rabatter til fire af de største computerproducenter på markedet (Dell, HP, NEC og Lenovo), med den betingelse, at de købte alle eller størstedelen af deres x86-cpu'er fra Intel.³⁹ Ydermere betalte Intel den store detailhandler, MSH, for udelukkende at sælge computere med Intels egne cpu'er i. Ifølge Kommissionen fremkaldte disse rabatter til computerproducenterne samt betalingen til MSH en loyalitet, hvilket reducerede Intels konkurrenters evne til at konkurrere på det pågældende marked. Ifølge Kommissionen udgjorde Intels adfærd et misbrug af deres dominerende stilling på markedet for x86-cpu'er, da denne rabatadfærd udelukkede AMD fra markedet, ligesom andre nye og potentielle konkurrenter havde yderst vanskeligt ved at indtræde på markedet. Kommissionen fandt, at Intels store markedsandel kombineret med de udbudte rabatter, per se var nok til at begrænse konkurrencen i strid med art. 102, hvorfor det ikke var nødvendigt at undersøge yderligere omstændigheder i sagen. Den 13. maj 2009 fandt Kommissionen, at Intel havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet, og at der dermed forelå en overtrædelse af TEUF art. 102. Som følge heraf idømte Kommissionen Intel en bøde på 1,06 mia. EUR^{40 41}, samt et krav om øjeblikkeligt at bringe overtrædelsen til ophør. Intel appellerede efterfølgende Kommissionens beslutning til Retten, der i sag T-286/09 af 12. juni 2014 stadfæstede Kommissionens afgørelse og statuerede, at Intel havde misbrugt deres dominerende stilling og dermed overtrådt TEUF art. 102.⁴²

2.1.1. Kategorisering af rabatter

I *Intel mod Kommissionen* blev det af Retten på baggrund af en fortolkning af præmisserne i *Hoffmann-La Roche* fastslået, at der kan skelnes mellem følgende tre kategorier af rabatter: i) kvantumsrabatter, som normalt per se er lovlige, ii) eksklusivitetsrabatter, som normalt per se er ulovlige, og iii) andre rabatter,⁴³ som må underkastes en nærmere vurdering.⁴⁴ Generaladvokat N. Wahl (herefter Wahl) opponerede mod denne opdeling i et forslag til afgørelsen i *Intel*⁴⁵, hvori han samtidig foreslog en alternativ opdeling af rabatkategoriene. Denne opdeling tog bl.a. udgangspunkt i *Hoffmann La-Roche*, præmis 89, men adskilte sig dog fra Rettens fortolkning af hvordan rabatter skal kategoriseres. I forhold til den første rabatkategori var Wahl enig i, at kvantumsrabatter, som udelukkende relaterer sig til mængderne købt hos den dominerende virksomhed, per se er lovlige. Denne form for rabat giver ikke anledning til en afskærmningsvirkning, da de derimod anses at afspejle effektivitetsgevinster og stordriftsfordele. Hvis en dominerende virksomhed har mulighed for at reducere sine omkostninger ved at levere større mængder, bør det være berettiget at tilgodese kunderne ved at videregive disse omkostningsbesparelser og dermed tilbyde en mere fordelagtig pris som følge heraf.⁴⁶ Dette

³⁷ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, pkt. 20

³⁸ COMP/C-3/37.990 - *Intel*, pkt. 1616

³⁹ Court of Justice of the European Union, Press Release no. 90/17, Judgement in case C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. v Commission* (herefter Press Release no. 90/17)

⁴⁰ https://ec.europa.eu/denmark/news/intel-170906_da

⁴¹ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*

⁴² <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170090en.pdf>

⁴³ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, præmis 74

⁴⁴ Bergqvist, Christian, *Konkurrenceretten*, 1. udgave, DJØF, 2019 (herefter Bergqvist, 2019), s. 725

⁴⁵ Forslag til afgørelsen fra Generaladvokat N. Wahl. Fremsat den 20. oktober 2016 Sag C-413/14 P *Intel Corporation Inc. mod Europa-Kommissionen* (herefter Generaladvokat N. Wahl)

⁴⁶ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, præmis 75

synspunkt er bl.a. bekræftet i sag T-203/01, *Michelin II* (herefter *Michelin II*) samt *British Airways*.⁴⁷

Uenigheden mellem Wahl og Retten i *Intel mod Kommissionen* opstod således i forbindelse med den anden rabatkategori, som ifølge Wahl omfatter alle andre rabatter, herunder loyalitetsskabende rabatter, hvorimod Retten antog, at eksklusivitets og loyalitetsskabende rabatter ikke kunne indeholdes i den samme kategori. Ifølge Rettens begrundelse i *Intel mod Kommissionen* er det en forudsætning for, at der foreligger en eksklusivitetsrabat, at kunden køber hele eller størstedelen af den pågældende varegruppe hos den dominerende virksomhed. Kunden opnår dermed en økonomisk fordel som følge af en eventuel eksklusivitet, hvilket indebærer, at kunden får et incitament til få dækket sit fulde (eller væsentligste) varebehov hos netop denne virksomhed, og dermed ikke hos de konkurrerende virksomheder.⁴⁸ Denne form for rabat er således medvirkende til at indsnævre kundens valg af forsyningskilde, og kan samtidig udgøre en adgangsbarriere for potentielle konkurrenter. Ifølge Retten er anvendelsen af eksklusivitetsrabatter dermed uforenelige med målsætningen om en effektiv og ufordrejet konkurrence, hvorfor de per se anses for værende ulovlige og en overtrædelse af TEUF art. 102.⁴⁹ Det bør bemærkes, at hvor Retten bruger begrebet eksklusivitetsrabatter, henviser Kommissionen i stedet til udtrykket/begrebet "loyalitet", hvilket tilmed er blevet fastlagt i retspraksis i *Hoffmann-La Roche*⁵⁰, samt i sag C-23/14, *Post Danmark II* (Herefter *Post Danmark II*). Nærværende afhandling vil anvende Wahls opdeling af rabatter, hvor loyalitetsskabende- og eksklusivitetsrabatter er omfattet af samme rabatkategori. Den anden kategori af rabatter bør ifølge Wahl vurderes ud fra deres kontekst, hvori alle relevante omstændigheder skal inddrages, hvilket ifølge Retten kun er nødvendigt for den tredje kategori af rabatter.⁵¹ De to forskellige synspunkter på opdelingen af rabat kategorier er illustreret i *tabel 1* nedenfor.

Tabel 1 - Kategorisering af rabatter

Tre kategorier (Retten i <i>Intel</i>):			To kategorier (Wahl):	
Kategori 1: Kvantumsrabatter	Kategori 2: Loyalitetsskabende rabatter	Kategori 3: Andre rabatter	Kategori 1: Kvantumsrabatter	Kategori 2: Andre rabatter
Per se lovlig	Per se ulovlig	Alle omstændigheder	Per se lovlig	Alle omstændigheder

Kilde: Petit, Nicolas, Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases, European Law Review 2018, vol. 43(5), 2018. s. 6 samt egen tilvirkning

Det kan ud fra ovenstående udledes, at der i teori og praksis hersker tvivl om, hvordan rabatter generelt skal kategoriseres og vurderes. Da EU-konkurrenceretten nu har en tendens til at bevæge sig i en mere økonomisk og effektbaseret retning, hvor rabatternes effekter på det indre

⁴⁷ Friend, s. 25-26

⁴⁸ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, præmis 87

⁴⁹ Ibid., præmis 76-77

⁵⁰ Ibid., præmis 76

⁵¹ Petit, Nicolas, *The Judgement of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, European Law Review 2018, vol. 43(5), 2018 (herefter Petit), s. 5-6

marked i langt højere grad er i fokus, kan det diskuteres hvorvidt den hidtidige vurdering af rabatter med udgangspunkt i den formbaserede tilgang, fortsat kan opretholdes.

2.1.2. Loyalitetsskabende rabatter

Udtrykket *loyalitetsskabende rabat* er i stand til at omfatte en bred klasse af rabatorordninger, men er ofte kendetegnet ved, at den er betinget af, at kunden øger eller fastholder sit køb fra den pågældende virksomhed.⁵² Loyalitetsskabende rabatter indebærer en "belønning" til kunden i form af en rabat, såfremt kunden udviser en nærmere bestemt adfærd, hvilket vil kunne resultere i loyalitet fra kundens side. Hvorvidt der vil være loyalitetsfremmende effekter ved en rabat vil afhænge af forskellige faktorer. For det første er det relevant at notere, om rabatten tilbydes på betingelse af, at kunden får dækket hele eller størstedelen af sit behov hos den dominerende virksomhed, da den ekskluderende effekt i sådanne tilfælde vil være stærkest. Den anden faktor vedrører niveauet og strukturen af tærsklen. Hvis den tærskel, som rabatten er betinget af, er sat over det beløb, som en køber normalt vil købe fra den dominerende virksomhed, kan rabatten øge kundens loyalitet ved at tilskynde denne til at købe mere, end den ellers ville gøre, for at få det optimale ud af rabatorordningen. Generelt har tærskler, der er målrettet specifikt mod hver enkelt kunde, en mere loyalitetsfremmende effekt end rabatter, der er ens for alle. Generelt formodes det, at jo højere en andel af den samlede pris rabatten udgør, og jo højere tærsklen er for kundens køb, jo større er den loyalitetsskabende effekt. En sidste faktor, der er værd at bemærke, er referenceperiodens længde.⁵³ Retspraksis er relativt uklare i forhold til varigheden af sådanne referenceperioder, men generelt må en referenceperiode på ét eller flere år betragtes som mere loyalitetsfremmende end en månedlig eller kvartalsvis referenceperiode.⁵⁴

Loyalitetsskabende rabatter bliver ofte anvendt, og flere retailbutikker opnår en væsentlig andel af deres overskud gennem sådanne rabatorordninger. Loyalitetsskabende rabatter består ofte i stigende rabatter, når køb over en defineret periode overstiger en given tærskel. Herved stimuleres efterspørgslen og forbrugerne opnår en økonomisk fordel.⁵⁵ I den amerikanske sag *Tyco* (2006)⁵⁶, forelå et typisk eksempel på en loyalitetsskabende rabat. Denne sag vedrørte salg af pulsoximetri sensorer til hospitaler, hvor Tyco havde en markedsandel på over 65%. Kunden kunne i det konkrete samhandelsforhold opnå en rabat på 40%, såfremt denne købte 90% eller mere af sine indkøb af pulsoximetri sensorer hos Tyco. Opfyldte kunden ikke disse tærskelværdier, opnåede kunden kun en rabat på 16-18%. Den amerikanske domstol fandt, at den betydelige reduktion i rabatniveauet, såfremt kunden ikke indkøbte langt størstedelen af deres sensorer hos Tyco, resulterede i, hospitalerne udelukkende handlede hos Tyco, hvilket udgjorde et misbrug af deres dominerende stilling.⁵⁷

Loyalitetsskabende rabatter kan antage mange forskellige former.⁵⁸ Den form for loyalitetsskabende rabat, der har fået mest opmærksomhed i konkurrenceretten, er de retroaktive rabatter, der gives på en kundes samlede beløb, når dennes køb opnår en bestemt størrelse. Dermed gives der ikke kun en rabat på de fremadrettede køb, men også på de køb, som kunden allerede har foretaget på tidspunktet, hvor rabatten bliver udløst. Eksempelvis hvis kunden skal købe

⁵² Konkurrenceverket Swedish Competition Authority, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Elanders Gotab AB, 2005 (herefter Konkurrenceverket), s. 69

⁵³ Referenceperiodens længde: perioden hvor rabatten gives

⁵⁴ Niels, s. 227-228

⁵⁵ *Ibid.*, s. 224

⁵⁶ *Masimo Corp. v Tyco Health Care Group, LP*, No CV 02-4770 MRP, 2006 WL 1236666

⁵⁷ Niels, s. 224

⁵⁸ Hjelmeng, s. 339

for 10. mio. kr. for at kunne opnå den retroaktive rabat, vil denne kunde, når rabatten udløses, også opnå en rabat på de 10 mio. kr., som kunden allerede har købt for.⁵⁹ Eksklusivitetsrabatter er en anden form for loyalitetsskabende rabat og er betinget af, at kunden får opfyldt hele eller langt størstedelen af dennes købsbehov af den pågældende vare hos den pågældende leverandør. Såfremt denne betingelse ikke opfyldes, vil rabatten bortfalde.⁶⁰

Det fremgår af *Intel mod Kommissionen*, at en virksomhed med en dominerende stilling, misbruger denne, hvis der anvendes eksklusivitetsrabatter, også selvom denne adfærd ikke binder køberne til den dominerende virksomhed ved en formel juridisk forpligtende aftale. Kommissionen har ligeledes fremhævet, at det konkurrencebegrænsende incitament i eksklusivitetsrabatter ikke følger af en formel forpligtelse til at foretage de fleste eller alle sine købe hos den dominerende virksomhed, men at loyaliteten i stedet skabes grundet de økonomiske fordele som opnås eller de økonomiske ulemper som kan undgås, ved at foretage købene hos den dominerende virksomhed.⁶¹ Eksklusivitetsrabatter er en adfærd, som kan have samme karakteristika og føre til samme resultat som egentlige eksklusivitetsaftaler. Det er dog vigtigt at bemærke, at graden af den markedsafskærmende virkning kan være forskellig. Ved eksklusivitetsrabatter er det modtageren af rabatten, som kan påvirke den markedsafskærmende effekt, da modtageren selv kan bestemme varigheden af kontraktforholdet, hvorimod markedet permanent er afskærmet i kontraktens løbetid, når der er tale om eksklusivitetsaftaler.⁶² Eksklusivitetsaftaler vil således fuldstændig fratage kundens muligheder for at skifte til konkurrerende virksomheder, hvorimod en eksklusivitetsrabat giver kunden en økonomisk fordel og dermed et incitament til at købe hos den dominerende virksomhed, idet kunden dog altid kan skifte til en konkurrent, såfremt kunden er villig til at give afkald på rabatten.⁶³ Der er således et begrænset råderum for, at dominerende virksomheder kan tilbyde rabatter, hvis disse tjener som surrogater til formelle eksklusivitetsaftaler. Rabatten vil have karakter af og de facto ofte fungere som en formel eksklusivitetsaftale, hvis denne rabat individualiseres og beregnes ud fra en længere referenceperiode, typisk mere end 3 måneder, eller hvis den kun tildeles på grund af de facto-eksklusivitet.⁶⁴

Både retroaktive- og eksklusivitetsrabatter, der som nævnt ovenfor begge er dækket af det overordnede begreb ”loyalitetsskabende rabatter”, er egnet til at udelukke konkurrenter, hvorfor de generelt per se er blevet betragtet som værende konkurrencebegrænsende og en overtrædelse af TEUF art. 102. I *Michelin I*⁶⁵ blev det bl.a. fastslået, at retroaktive rabatter er ulovlige, og eksklusivitetsrabatter er ligeledes blevet kategoriseret som uforenelige med konkurrencereglerne, jf. sag T-155/06, *Tomra* (Herefter *Tomra*), hvor den traditionelle formbaserede tilgang af Domstolene blev anvendt.⁶⁶

⁵⁹ https://www.andersen-partners.dk/sites/default/files/documents/konkurrence- og udbudsret oktober_2014.pdf s. 2

⁶⁰ Bergqvist, 2017, s. 40

⁶¹ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, præmis 106

⁶² Konkurrencerådets møde den 29. april 2020, Godiks leveringsvilkår om eksklusivitet, sagsnr. 18/05184 (heretter Godik), pkt. 394

⁶³ Godik, pkt. 395

⁶⁴ Bergqvist, 2017 s. 72-73

⁶⁵ 322/81, *Michelin I*

⁶⁶ Bergqvist, 2017, s. 39 - 40

Selvom rabatter generelt er en del af en effektiv konkurrence og dermed et anerkendt redskab for virksomheder til at skabe vækst og tiltrække kunder, har Domstolen i praksis generelt udvist skepsis i forhold til dominerende virksomheders anvendelse af rabatordninger.^{67 68}

2.1.3. Formålet med loyalitetsskabende rabatter

Virksomheders anvendelse af rabatter anses generelt for værende uproblematisk, da de både kan resultere i fordele for virksomheden selv og for brugerne, men samtidig også bidrage til en effektiv og ufordrejet konkurrence. Konkurrenceøkonomer peger på flere grunde til, hvorfor virksomheder vælger at anvende rabatter, men de fleste forklaringer henviser til effektiviseringsgevinster, og anerkender således rabatter som et værktøj til at realisere eksisterende effektiviseringsgevinster eller til at skabe nye. Effektiviseringsgevinster kan bl.a. findes i de omkostningsbesparelser, som virksomhederne kan opnå ved at producere flere enheder eller sælge flere produkter. Denne mulighed kan opstå, når en kunde køber en vis mængde hos den pågældende virksomhed som følge af den tilbudte rabat, hvorfor der ofte ligger nogle strategiske overvejelser bag anvendelsen af rabatter.⁶⁹

Da en rabatordning vil kunne påvirke kunderne til at foretage deres køb hos netop den virksomhed, som tilbyder den pågældende rabat, vil det økonomiske incitament til at få dækket størstedelen eller hele deres behov hos den enkelte virksomhed, være større grundet rabatten.⁷⁰ Det er derfor afgørende for den pågældende virksomhed at få skabt et stærkt incitament for kunden til at købe deres varer hos netop dem. En kunde vil ofte være mere tilbøjelig til at foretrække at købe sine varer hos den virksomhed, der tilbyder en rabat på fx 10% på den næste enhed, frem for den virksomhed, der tilbyder en rabat på 5%, da det økonomiske incitament alt andet lige vil være stærkere, jo højere rabatten er. Ydermere afhænger styrken af en kundes incitament tilmed af rabattens form, da muligheden for at opnå en lavere pris på samtlige købte enheder vil være mere fordelagtigt end eksempelvis en rabat, der kun gælder de enheder, der bliver købt over en given tærskel.⁷¹ En virksomhed vil af denne grund være tilbøjelig til at anvende loyalitetsskabende rabatter, da denne type rabat ikke blot vil kunne fastholde eksisterende kunder, men også tiltrække nye kunder, samtidig med at de alle bindes for en længere periode.

For at øge et salg på kort sigt, kan det ofte være mere attraktivt for virksomheder kun at tilbyde rabatter til udvalgte kunder frem for at give den samme prisnedsættelse til samtlige kunder. Årsagen hertil kan være simpel, da en generel prisnedsættelse vil resultere i, at prisen og profitten på alle produkterne som allerede er solgte (til en højere pris) vil falde, hvorfor dette scenarie ikke vil være attraktivt for virksomheden. Vælger virksomheden derimod kun at tilbyde rabatter til udvalgte kunder, vil virksomheden være i stand til at holde prisen konstant på de allerede solgte enheder og dermed kun sænke prisen på de nye salg.⁷² Herved opnås en højere fortjeneste, end hvis samtlige kunder fik prisnedsættelse, da virksomheden herved får mulighed for at sælge en større mængde uden at sænke prisen på de allerede solgte enheder.⁷³

⁶⁷ 322/81, *Michelin I*, præmis 57

⁶⁸ Generaladvokat N. Wahl, pkt. 60

⁶⁹ Bergqvist, 2017, s. 24-26

⁷⁰ *Ibid.*, s. 19

⁷¹ *Ibid.*, s. 19

⁷² *Ibid.*, s. 23

⁷³ Konkurrenceverket, s. 71

2.2. TEUF art. 102

Som tidligere nævnt, har TEUF art. 102, sammen med de øvrige konkurrenceregler, til formål at sikre en effektiv og ufordrejet konkurrence på det indre marked ved at forhindre dominerende virksomheder i at opnå urimelige konkurrencemæssige fordele gennem udnyttelse af deres magtposition.^{74 75} Som udgangspunkt indeholder bestemmelsen ikke et forbud mod at etablere, bevare eller styrke sin dominerende stilling, da enhver virksomhed har ret til at konkurrere efter bedste evne.⁷⁶ Dog har dominerende virksomheder en særlig forpligtelse til og ansvar for ikke at misbruge denne stilling, da det kan have negative konsekvenser for konkurrencen og samhandelen på det pågældende marked.⁷⁷ Såfremt TEUF art. 102 håndhæves effektivt, er den medvirkende til at bidrage til mere velfungerende markeder til gavn for både forbrugere og erhvervslivet, og er således en væsentlig del af konkurrencepolitikken.⁷⁸

TEUF art. 102 har følgende ordlyd: ”*En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.*”, hvorudfra det kan udledes, at følgende betingelser skal være opfyldt for, at en adfærd kan omfattes af bestemmelsen: i) der skal være tale om en eller flere virksomheder, ii) virksomheden skal være dominerende på det indre marked eller en væsentlig del heraf iii) den dominerende stilling skal misbruges, iv) misbruget skal påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. For at kunne konstatere, hvorvidt en udvist adfærd er misbrugende og dermed i strid med TEUF art. 102, er det relevant at få defineret alle fire punkter, da disse er kumulative. Der vil således ikke være tale om en overtrædelse af bestemmelsen i situationer, hvor én eller flere af betingelserne ikke er opfyldte.

2.2.1. Virksomhedsbegrebet

Virksomhedsbegrebet, som er defineret i dommen C-41/90, *Höfner & Elser*, omfatter enhver enhed, der udøver økonomisk aktivitet og omfavner således alle virksomheder, der udøver aktiviteter, der består i at producere og sælge varer samt levere tjenesteydelser på et marked. For at være omfattet af virksomhedsbegrebet er det ikke et krav, at virksomheden drives med for-tjeneste for øje men derimod blot, at virksomheden faktisk udøver en form for økonomisk aktivitet.^{79 80} Både virksomheder i privat og offentligt regi kan repræsentere en virksomhed i konkurrenceretlig forstand⁸¹ og er således ligestillede pligtsubjekter efter loven.⁸² Valget af organisationsform (A/S, ApS, brancheforening mfl.) er ligeledes heller ikke afgørende for lovens anvendelse.⁸³ Helt overordnet og afgørende er, at den pågældende virksomhed udøver en økonomisk aktivitet, som er egnet til at påvirke markedet.⁸⁴

⁷⁴ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 38

⁷⁵ Jessen, s. 253

⁷⁶ *Ibid.*, s. 275

⁷⁷ *Ibid.*, s. 254

⁷⁸ Kommissionens Vejledning, pkt. 1

⁷⁹ C-41/90, *Höfner og Elser*, præmis 19-23

⁸⁰ Jessen, s. 256

⁸¹ *Ibid.*, s. 256

⁸² Levinsen, s. 73

⁸³ Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1, konkurrencebegrænsningsret*, 7. udgave, DJØF, 2018 (herefter Madsen), s. 68

⁸⁴ Levinsen, s. 74

2.2.2. Dominansbegrebet

Det er afgørende at få fastslået, hvorvidt en virksomhed er dominerende eller ej, da en virksomhed, der besidder en dominerende stilling, har en særlig forpligtelse og ansvar for ikke at skade den frie konkurrence jf. *Michelin I*.⁸⁵ Dominansbegrebet er defineret af Domstolen i sagen 27/76, *United Brands* (herefter *United Brands*)⁸⁶ som værende en virksomheds “økonomiske magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked”.⁸⁷ Her er det afgørende, hvorvidt den pågældende virksomhed har evnen til, i et betydeligt omfang, at kunne handle uafhængigt af sine kunder, konkurrenter og forbrugere, og således ikke være udsat for et konkurrencemæssigt pres.⁸⁸ Når det skal vurderes, hvorvidt en virksomhed kan siges at have opnået en dominerende stilling på et marked, foretages en konkret helhedsvurdering af flere forskellige forhold i det konkrete tilfælde. Der kan bl.a. foretages en vurdering af den dominerende virksomhedens markedsandel, adgangsbarrierer på markedet og konkurrenternes størrelse.⁸⁹ Ofte skyldes en virksomheds dominerende stilling en kombination af flere forhold, som ikke altid kan være afgørende, hvis de bedømmes hver for sig. Vurderingen skal altid konkretiseres ud fra det relevante marked, hvorfor markedet først bør afgrænses, før det kan konstateres, om en virksomhed er dominerende eller ej.⁹⁰ Hvor stor en del af det relevante marked, der skal tages i betragtning, afhænger bl.a. af det pågældende produkt, forbrugernes adfærd og vilje til at anvende andre alternativer samt det geografiske marked.⁹¹ Blot fordi en virksomhed har en stor markedsandel, er dette således ikke ensbetydende med, at virksomheden besidder en dominerende stilling.,⁹² Det er ikke muligt for to virksomheder at indtage en dominerende stilling på samme tid, men det er muligt for to eller flere virksomheder i fællesskab at indtage en kollektivt dominerende stilling.⁹³

2.2.2.1 Markedsandele og øvrige faktorer

I forhold til virksomhedens evne til at kunne handle uafhængigt, afhænger dette først og fremmest af den pågældende virksomheds markedsstyrke på det relevante marked, hvilket bl.a. vurderes ud fra virksomhedens markedsandel. Det følger af *Hoffmann La-Roche*, at markedsandelen spiller en væsentlig rolle i forbindelse med vurderingen af dominansbegrebet: “en dominerende stilling kan være en følge af en række faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis er afgørende, men blandt disse faktorer har omfattende markedsandele meget stor betydning”.⁹⁴

Det kan ud fra anden relevant retspraksis konstateres, at der ved en markedsandel på 50% eller mere, ofte vil være formodning for markedsdominans.⁹⁵ Dette kan dog kun betragtes som en stærk formodningsregel, da Domstolen, uanset den store markedsandel, ofte vil inddrage øvrige forhold i deres vurdering. Dette skyldes at der i visse tilfælde kan være særlige forhold, der gør, at den pågældende virksomhed - til trods for en markedsandel på 50% eller mere - alligevel ikke har evnen til at agere uafhængigt.⁹⁶ I sagerne T-30/89, *Hilti* og *Hoffmann La-Roche* er det

⁸⁵ 322/81, *Michelin I*, præmis 57

⁸⁶ Dominansbegrebet fremgår også af 85/76, *Hoffmann La-Roch*, præmis 38f.

⁸⁷ 27/76, *United Brands*, præmis 65.

⁸⁸ Jessen, s. 258

⁸⁹ Madsen, s. 100

⁹⁰ Levinsen, s 589

⁹¹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/82/competition-policy>

⁹² Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen - Vejledning om konkurrenceloven, vejledning om forbuddene mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling, 2019 (herefter Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen), s. 21

⁹³ Levinsen, s 590

⁹⁴ 85/76, *Hoffmann La-Roche*, præmis 39

⁹⁵ C-62/86, *AKZO*, præmis 60 samt sag T-340/03, *France Télécom*, præmis 100

⁹⁶ Levinsen, s. 591

dog fastslået, at en markedsandel på hhv. 70-80%⁹⁷ og 86-95% udgjorde et så klart og stærkt moment for, at der var tale om dominans, hvorfor Domstolen i den relation ikke fandt det nødvendigt at inddrage yderligere faktorer/momenter.⁹⁸ I Kommissionens afgørelse af *Intel*, COMP/C-3/37.990 – *Intel* (herefter *Kommissionens afgørelse af Intel*) blev der også konstateret en markedsandel på mellem 70-80%,⁹⁹ og Kommissionen udtalte i sagen, at høje markedsandele i sig selv kunne være nok til at udgøre bevis for dominans¹⁰⁰, og at der med en markedsandel af denne størrelse således var indikationer for, at Intel havde en dominerende stilling på markedet.¹⁰¹ En virksomhed med en markedsandel på 40-50% vil ligeledes kunne have en dominerende stilling på det relevante marked, men en sådan markedsandel er ofte i sig selv ikke tilstrækkeligt til at konkludere, at der er tale om dominans, hvorfor Domstolen ofte vil have behov for at inddrage yderligere momenter ved deres bedømmelse heraf.¹⁰² I tilfælde, hvor en virksomhed kun besidder en markedsandel på 25-40%, vil markedsdominans efter den foreliggende EU-retspraksis være langt mindre sandsynligt. Det kan dog ikke udelukkes, at en virksomhed med en markedsandel af denne størrelse kan indtage en dominerende stilling, men det vil kræve, at supplerende momenter bliver inddraget og bekræftet.¹⁰³ *British Airways* er indtil videre den eneste afgørelse, hvor en virksomhed med en markedsandel på under 40%, blev fundet dominerende.¹⁰⁴ En markedsandel på under 25% vil ifølge retspraksis aldrig være tilstrækkeligt til at fastslå dominans.¹⁰⁵

I relation til størrelsen af markedsandelen, er det også relevant at notere, om denne er forbigående eller varig, da sidstnævnte tilmed vil tale for en dominerende stilling, da det er en forudsætning, at virksomheden kan opretholde dominansen over en vis periode.¹⁰⁶ Dog har retspraksis ikke præciseret, hvor lang en periode virksomheden skal have opretholdt dominansen. I stedet lægges der vægt på, at virksomheden har udvist en evne til at fastholde den høje markedsandel i lang nok tid til at kunne udvise den form for uafhængig adfærd, der er kendetegnet for en dominerende stilling.¹⁰⁷ En virksomheds fastholdelse af dens markedsandele over længere tid er dog ikke altid ensbetydende med, at virksomheden besidder en dominerende stilling.^{108 109}

Virksomhedens absolutte markedsandel er dog ofte kun én af flere faktorer, der må inddrages i den konkurrenceretlige vurdering af en virksomheds dominerende stilling, da dette forhold alene ofte ikke giver et helhedsbillede af, hvorvidt virksomheden har evnen til at handle uafhængigt af sine konkurrenter, kunder og forbrugere. En virksomheds relative markedsandel, dvs. dennes markedsandel i forhold til konkurrenternes markedsandele, vil være et andet relevant forhold at undersøge i forbindelse med dominansvurderingen.¹¹⁰ Jo større afstand der er mellem den pågældende virksomheds markedsandel og konkurrenternes markedsandele, jo

⁹⁷ T-30/89, *Hilti*, præmis 92

⁹⁸ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 60

⁹⁹ COMP/C-3/37.990 – *Intel*. pkt. 841-852

¹⁰⁰ Kommissionen henviste her til C-62/86, *AKZO*, præmis 60 og T-228/97, *Irish Sugar*, præmis 70

¹⁰¹ COMP/C-3/37.990 – *Intel*. pkt. 852

¹⁰² Levinsen, s. 594

¹⁰³ Jessen, s. 264

¹⁰⁴ T-219/99, *British Airways*, præmis 183, med en markedsandel på 39,7%

¹⁰⁵ Levinsen, s. 598

¹⁰⁶ *Ibid.*, s. 606

¹⁰⁷ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 41

¹⁰⁸ *Ibid.*, præmis 44

¹⁰⁹ Jessen, s. 265-266

¹¹⁰ De forenede sager T-24-26/93 og 28/93, *CMB*, præmis 78.

større vil sandsynligheden være for, at den berørte virksomhed vil kunne betragtes som værende dominerende¹¹¹ En undersøgelse af en virksomheds absolutte og relative markedsandel tager dog kun hensyn til det aktuelle konkurrencepres, og er derfor ikke tilstrækkeligt ved vurderingen af dominans. For at kunne vurdere en virksomheds markedsstyrke, og dermed det potentielle konkurrencepres, vil det være nødvendigt at tage hensyn til yderligere relevante faktorer.¹¹²

Det er ikke muligt at lave en udtømmende liste over alle de supplerende faktorer, der er vigtige i forbindelse med en dominansvurdering, da der altid bør foretages en konkret helhedsvurdering i den pågældende sag. Eventuelle adgangsbarrierer på det pågældende marked er et af de øvrige forhold, der kan have betydning, da disse på længere sigt kan gøre det vanskeligt eller umuligt for potentielle konkurrenter at trænge ind på markedet.¹¹³ Jo færre hindringer der er for adgangen til markedet, desto lettere vil det være for andre virksomheder at starte en konkurrerende virksomhed, hvilket også vil gøre det mindre sandsynligt, at en virksomhed anses for værende dominerende.¹¹⁴

Når der skal foretages en vurdering af dominansbegrebet, lægger Konkurrencemyndighederne vægt på de principper og momenter, der kan udledes af tidligere afgørelser og foreliggende retspraksis, men der skal altid foretages en konkret og selvstændig markedsafgrænsning og helhedsvurdering af den specifikke virksomhed.¹¹⁵

2.2.3. Misbrugsbegrebet

TEUF art. 102 indeholder ikke et forbud mod virksomheder i at erhverve eller besidde en dominerende stilling, men der vil være tale om en overtrædelse af bestemmelsen, såfremt den dominerende markedsposition misbruges. Misbrugsbegrebet er ikke direkte defineret i TEUF art. 102, men bestemmelsens stk. 2, litra a-d indeholder en ikke-udtømmende liste over eksempler på adfærd, der efter TEUF kan udgøre et misbrug. Begrebet er derimod defineret i *Hoffmann-La Roche*: “misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.”¹¹⁶ Der er således tale om et objektivt begreb, der skal forstås bredt, og det kan herudfra konkluderes, at der kan konstateres et misbrug, hvor en virksomhed med en dominerende stilling som følge af sin tilstedeværelse og udviste adfærd, kan påvirke det relevante marked og dermed svække den effektive konkurrence. Dette gælder uanset om den dominerende virksomhed har haft til hensigt at misbruge sin stilling, eller om den pågældende adfærd reelt har resulteret i en fordrejning af konkurrencen.¹¹⁷

¹¹¹ Jessen, s 265

¹¹² Ibid., s. 266

¹¹³ Ibid., s. 266-267

¹¹⁴ Beyer, Rasmus, Kompendium i Konkurrenceret – EU-konkurrenceret og dansk konkurrencelovgivning, 1. udgave, KompendieForlaget, 2011 (herefter Beyer), s. 152

¹¹⁵ Levinsen, s. 590

¹¹⁶ Beyer, s. 155

¹¹⁷ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 91

En lidt anderledes definition af misbrugsbegrebet blev anvendt i sagen C-209/10, *Post Danmark mod Konkurrencerådet*: (Herefter *Post Danmark mod Konkurrencerådet*) "(...) Det bemærkes i denne forbindelse ligeledes, at artikel 82 EF særligt sigter til en af en dominerende virksomhed udvist adfærd, som, idet der anvendes metoder, der adskiller sig fra dem, der regulerer en normal konkurrence på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser, har til virkning til skade for forbrugerne at skabe hindringer for opretholdelsen af den grad af konkurrence, der stadig findes på markedet, eller for udviklingen af denne konkurrence (...)".¹¹⁸ I begge definitioner fokuseres der særligt på anvendelsen af andre midler end dem, der regulerer en normal konkurrence, hvorfor det må konkluderes, at der kan foreligge et misbrug i tilfælde, hvor en dominerende virksomhed i sin udviste adfærd gør brug af sådanne "andre midler". "Andre midler" omfatter en adfærd, som en virksomhed qua dennes dominerende stilling, ikke vil kunne gøre brug af, da anvendelsen heraf vil kunne resultere i en negativ markedspåvirkning. Dette er dog ikke ensbetydende med, at en dominerende virksomheds anvendelse af disse "andre midler" altid vil udgøre et misbrug, da øvrige faktorer kan spille en væsentlig rolle i misbrugsvurderingen. Derudover er det også væsentligt at bemærke, at den sidstnævnte definition i *Post Danmark mod Konkurrencerådet* understreger, at forbuddet i TEUF art. 102 tilmed omhandler en adfærd, der direkte er til skade for forbrugerne.¹¹⁹

Rabatter er en af de typer af adfærd, som vil kunne udgøre et misbrug, såfremt de tilbydes af en virksomhed med en dominerende stilling. Som udgangspunkt er det ikke i strid med TEUF art. 102 at give rabatter til sine kunder, da de lavere priser som udgangspunkt kun er positive for kunderne. I visse tilfælde kan rabatter dog resultere i negative og skadelige konsekvenser for konkurrencen og vil dermed være omfattet af TEUF art. 102. Det er således relevant i henhold til nærværende afhandling at analysere, hvornår loyalitetsskabende rabatter kan omfattes af bestemmelsen, jf. mere herom i afsnit 3.

Misbrug efter TEUF art. 102 kan have karakter af enten udnyttende, ekskluderende eller strukturel adfærd, eller en kombination heraf. Dominerende virksomheder kan både misbruge deres stilling i forhold til køb og salg, og den udviste adfærd kan derfor både påvirke konkurrenter, leverandører og i sidste ende slutforbrugerne. Der kan være tale om udnyttende misbrug i tilfælde, hvor den dominerende virksomhed gennem sin adfærd udnytter sine handelspartnere ved fx at anvende urimeligt høje købs- eller salgspriser eller begrænse produktionen. Herved opnår den dominerende virksomhed en handelsfordel, som den ellers ikke ville have opnået under normale omstændigheder i forbindelse med en effektiv konkurrence.¹²⁰ Et sådant misbrug vil således både påvirke de umiddelbare handelspartnere til den dominerende virksomhed men også forbrugerne direkte.¹²¹ Den ikke-udtømmende liste i TEUF art. 102, stk. 2, litra a-d er eksempler på denne form for misbrug. Dog har Domstolen også fortolket TEUF art. 102 således, at ekskluderende misbrug også er omfattet heraf, jf. *Hoffmann La-Roche*, præmis 91.¹²² Der er tale om ekskluderende misbrug, når en dominerende virksomhed gennem sin udviste adfærd udnytter sin stærke markedspåvirkning til at ekskludere aktuelle og/eller potentielle konkurrenter fra markedet, hvilket resulterer i et lettet konkurrencepres. Selvom en sådan eliminering af de svageste konkurrenter som udgangspunkt vil gavne forbrugervelfærden grundet de lavere priser, vil det i sidste ende kunne have konsekvenser for forbrugernes langsigtede

¹¹⁸ C-209/10, *Post Danmark I*, præmis 24

¹¹⁹ Levinsen, s. 610

¹²⁰ Levinsen, s. 609

¹²¹ Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udgave, DJØF, 2009 (herefter Heide-Jørgensen) s. 61

¹²² Beyer, s. 156

interesser.¹²³ Ekskluderende misbrug kan både forekomme som ikke-prisbaseret og prisbaseret adfærd. Der er tale om et ikke-prisbaseret misbrug, hvor en virksomhed anvender andre midler end prisen som et strategisk middel til at fordreje konkurrencen. En sådan adfærd kan bl.a. bestå i leveringsnægtelse eller tying-aftaler, og vil kunne have en vis afskærmende effekt. I den relation kan der dog stilles spørgsmålstegn ved, om denne afskærmning kan karakteriseres som værende konkurrencebegrænsende.¹²⁴ Lignende afskærmende effekter kan forekomme ved anvendelse af en prisbaseret adfærd i form af fx betydelige underbudspriser såsom predatory pricing¹²⁵, eller loyalitetsskabende rabatter tilbudt af en dominerende virksomhed, hvorved konkurrenterne på denne måde holdes helt eller delvist ude af markedet.¹²⁶ Adfærden vil dermed resultere i en svækket konkurrence eller en hindret adgang til markedet.¹²⁷ ¹²⁸ Til slut kan nævnes strukturelt misbrug, som skader den effektive konkurrence på markedet og kan fx foreligge, når en dominerende virksomhed vælger at opkøbe konkurrerende virksomheder og dermed eliminere konkurrencen.¹²⁹

2.2.4. Påvirkning af samhandlen

Det er en yderligere forudsætning for anvendelsen af TEUF art. 102, at en virksomheds misbrug af den dominerende stilling påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Der er tale om en påvirkning af samhandlen, når der mellem to eller flere medlemsstater foreligger en mærkbar påvirkning af den grænseoverskridende økonomiske aktivitet, hvilket omfatter enhver adfærd der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.¹³⁰ I forhold til mærkbarhedskravet er det ikke en betingelse at kunne påvise en faktisk mærkbar påvirkning af samhandlen, men derimod at kunne påvise, at samhandelen *kan* påvirkes mærkbart.¹³¹ ¹³² Ydermere er det ikke et krav, at handelen mindskes eller begrænses, da en stigning i handelen tilmed vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Så længe samhandelen må antages at udvikle sig anderledes med den udviste adfærd, end den med stor sandsynlighed ville have gjort uden, vil det sidste kriterium for anvendelsen af art. 102 være opfyldt.¹³³

3. Udgør anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter et ekskluderende misbrug omfattet af TEUF art. 102?

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.2., er der tale om misbrug af en dominerende stilling, når de fire kriterier udledt af TEUF art. 102 er opfyldt, og nedenfor vil det blive belyst, hvorvidt loyalitetsskabende rabatter kan være omfattet af denne bestemmelse. Set i et historisk perspektiv, har rabatter i retspraksis længe været et omdiskuteret emne, og der er fortsat uenighed omkring

¹²³ Bergqvist, 2019, s. 678

¹²⁴ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, (herefter DG Competition discussion paper), pkt. 61

¹²⁵ Predatory pricing: En prisstrategi, ofte anvendt af en dominerende virksomhed, med det formål at ekskludere konkurrenter fra markedet ved at sætte priserne under produktionsomkostningerne.

¹²⁶ DG Competition discussion paper, pkt. 62

¹²⁷ Heide-Jørgensen, s. 61

¹²⁸ Beyer, s. 156

¹²⁹ Jessen, s 277

¹³⁰ Kommissionens meddelelse om Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens TEUF art. 81 og 82 (2004/C 101/84), (herefter Kommissionens meddelelse om Retningslinjer), pkt. 23

¹³¹ Se C-241 P og C 242/91 P, *Radio Telefis Eireann mod Kommissionen (Magillsagen)*, præmis 69, samt C-41/90, *Höfnér og Elser*, præmis 32

¹³² Jessen, s 295-297

¹³³ Kommissionens meddelelse om Retningslinjer, pkt. 34

kategoriseringen samt vigtigheden heraf. Det kan dog fastslås, at der i historisk kontekst i afgørelser vedrørende rabatter generelt har været en tendens til at anvende en formbaseret tilgang, hvilket med tiden, bl.a. med Kommissionens offentliggørelse af Vejledningen¹³⁴, gradvist har bevæget sig mere i retning af en økonomisk og effektbaseret tilgang. Dette skifte har medført, at der i nyere tid er blevet fokuseret mere på rabattens egentlige effekt på markedet, hvilket har resulteret i en bredere misbrugsvurdering. Tidligere blev loyalitetsskabende rabatter per se anset for at være ulovlige og dermed en overtrædelse af TEUF art. 102, men nu er der åbnet op for en mere omfattende og dybdegående vurdering af samtlige omstændigheder i det konkrete tilfælde. Denne vurdering skal ifølge retspraksis¹³⁵ tage stilling til, om rabatten, tilbudt af den dominerende virksomhed, har i) fjernet eller hindret kundernes valgmuligheder ift. forsyningskilder, ii) har hindret konkurrenternes adgang til markedet, eller iii) har styrket den dominerende virksomheds stilling gennem en fordrejning af konkurrencen.¹³⁶

Fra et økonomisk synspunkt er det væsentligt at skelne mellem rabatter, som er en del af en sund og effektiv konkurrence på markedet, og de rabatter, der anvendes af dominerende virksomheder, som en del af en misbrugende strategi. Dog kan denne sondring kompliceres af, at rabatter både kan have konkurrencefremmende- og konkurrencebegrænsende virkninger. Det er således relevant at afbalancere disse effekter op mod hinanden med henblik på at kunne fastslå, hvilken rabat der er tale om. Afvejningen heraf er dog ikke altid let, da der ikke findes et økonomisk værktøj, som altid kan anvendes til at udregne den økonomiske effekt af en rabat. Virkningerne af rabatterne kan i stedet vurderes ud fra en tretrinstitgang,¹³⁷ hvor der i den første fase må fokuseres på den skade, som en virksomheds adfærd kan resultere i. Da afskærmning af konkurrenter ofte er den største konsekvens som følge af en virksomheds anvendelse af rabatter, er det relevant at vurdere, om virksomheden, som anvender rabatten, overhovedet er egnet til at afskærme en potentiel eller aktuel konkurrent fra markedet, jf. mere herom i afsnit 3.1.1. I den anden fase skal det testes, om den i første fase omhandlende potentielle skade er indtruffen på markedet. Det er i denne forbindelse relevant at se på forskellige markedsundersøgelser samt præstationsmål, da det fx vil tale i modsatte retning af et misbrug, hvis en dominerende virksomhed i en længere periode har anvendt en rabat, men der fortsat har været adgang til markedet for nye konkurrenter. Ved at medregne yderligere relevante faktorer vil det med højere grad af sikkerhed kunne konstateres, hvorvidt den anvendte rabat har konkurrencebegrænsende virkninger, jf. mere herom i afsnit 3.1.2. I den sidste fase skal der tages stilling til, om risikoen for de konkurrencebegrænsende virkninger skal accepteres, hvis de konkurrencefremmende virkninger opvejer denne risiko. I denne vurdering må den dominerende virksomheds potentielle modargumenter med henvisning til en objektiv begrundelse eller effektivitetsgevinster nøje overvejes, og det må på baggrund heraf konkluderes, om der er tale om en konkurrencefremmende eller konkurrencebegrænsende rabat, jf. mere herom i afsnit 3.3.¹³⁸

I 2005 lancerede Kommissionen en omfattende gennemgang af TEUF art. 102¹³⁹ i form af et diskussionsoplæg (herefter *Kommissionens Diskussionsoplæg*),¹⁴⁰ som i 2009 resulterede i

¹³⁴ Kommissionens Vejledning

¹³⁵ 322/81, *Michelin I*, præmis 73, C-95/04 P, *British Airways*, præmis 67 og C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mod Europa-Kommissionen*, præmis 29.

¹³⁶ Levinsen, s. 678

¹³⁷ Bergqvist, 2017, s. 34-35

¹³⁸ *Ibid.*, s. 36-37

¹³⁹ På det tidspunkt var den relevante bestemmelse art. 82 i EF-traktaten (forbud mod misbrug af dominans), som blev erstattet af artikel 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) ved Lissabontraktatens ikrafttræden i 2009.

¹⁴⁰ DG Competition discussion paper

Kommissionens Vejledning om ekskluderende adfærd, også kaldet "Guidance Paper". Formålet med Kommissionens Vejledning var at skabe større forudsigelighed og klarhed i forhold til de generelle regler på området vedrørende ekskluderende misbrug og dermed sikre mere ensartede afgørelser omfattet af art. 102. Kommissionens Vejledning opstiller således nogle principper og retningslinjer for Kommissionens prioritering i forbindelse med bedømmelsen af en dominerende virksomheds udviste adfærd og kan dermed bruges som et redskab for bl.a. virksomheder, når det skal vurderes, om en udvist adfærd har en ekskluderende effekt på markedet.¹⁴¹ Der har generelt været en del kritik af EU-konkurrenceretten, da der har været tendens til at tillægge selve markedsadfærden størst værdi, frem for adfærdens reelle virkning på konkurrencen.¹⁴² Kommissionen har af denne grund revurderet EU-konkurrenceretten og foretaget en række ændringer, som er blevet indarbejdet i Vejledningen, hvilket har givet den en mere effektbaseret tilgang til analysen af dominerende virksomheders prisfastsættelse. Dette skal være medvirkende til at sikre, at dominerende virksomheder altid har ret til at konkurrere på sædvanlige vilkår.¹⁴³

Kommissionens Vejledning behandler udelukkende adfærd af ekskluderende karakter og opstiller således også nogle principper for, hvornår en virksomheds anvendelse af en rabatorgning skal undersøges. Dette gør sig bl.a. gældende i de tilfælde, hvor rabatten har en loyalitetsskabende effekt, som medfører en potentiel udelukkelse af konkurrenter, og i sidste ende resulterer i en faldende forbrugervelfærd i form af bl.a. højere priser og mindre udvalg af varer. Vejledningen fokuserer således ikke på udnyttende misbrug eller misbrug i forbindelse med kollektiv dominans. Da Kommissionens primære formål med Vejledningen var/er at beskytte forbrugerne, kan der dog sættes spørgsmålstegn ved, hvorfor misbrug af udnyttende karakter ikke er omfattet heraf. Ifølge Kommissionen skyldes dette, at udnyttende misbrug helt kan undgås, såfremt der gribes ind overfor ekskluderende misbrug.¹⁴⁴

Formålet med Kommissionens Vejledning er ikke at fastlægge gældende ret¹⁴⁵ men bl.a. at give virksomheder en række vejledende retningslinjer, hvorefter virksomhederne har bedre, mulighed for at vurdere deres ageren på markedet. Vejledningen er hverken bindende for virksomheder, de nationale konkurrencemyndigheder, nationale domstole eller EU-Domstolen,¹⁴⁶ hvilket bl.a. er fastslået i *Post Danmark II*, præmis 52, "... dette dokument alene definerer Kommissionens holdning vedrørende valget af de sager, den påtænker først og fremmest at forfølge, og Kommissionens forvaltningspraksis ikke er bindende for de nationale konkurrencemyndigheder og retter."¹⁴⁷ Selvom Vejledningen ikke er bindende, er det anførte analysegrundlag alligevel blevet brugt i retspraksis i et vist omfang, hvilket eksempelvis ses i *Post Danmarks individuelle og generelle rabatter for magasinpost*.¹⁴⁸ Her er vurderingskriterierne i Vejledningen blevet anvendt som rettesnor i forbindelse med vurderingen af Post Danmarks anvendte rabatter.¹⁴⁹ Derudover har AEC-testen, jf. mere herom i afsnit 3.1.3., haft en central

¹⁴¹ Kommissionens Vejledning, pkt. 2

¹⁴² Etro, Frederico og Kokkoris, *Johannis, Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford University Press, 2010, s. 48

¹⁴³ Bergqvist, 2017, s. 41

¹⁴⁴ Jones, Alinson & Sufirin, Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 5. udgave, 2011, Oxford University Press, s. 290

¹⁴⁵ Kommissionens Vejledning, pkt. 3

¹⁴⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_08_761, spørgsmål 9

¹⁴⁷ C-23/14, *Post Danmark II*, præmis 52

¹⁴⁸ 4/0120-0204-0153/AWF/SUPO, *Post Danmarks individuelle og generelle rabatter for magasinpost*, 22-12-2010

¹⁴⁹ 4/0120-0204-0153/AWF/SUPO, *Post Danmarks individuelle og generelle rabatter for magasinpost*, 22-12-2010, pkt. 12

og betydelig rolle i bl.a. *Intel*-sagen, hvor der dog har været stor uenighed omkring betydningen og vigtigheden af testen.

3.1. Afgørende faktorer ved vurderingen af misbrug

I sag 85/76, *Hoffmann La-Roche*, blev det af Domstolen fastslået, at loyalitetskabende rabatter, som tilskynder køberen udelukkende at foretage indkøb hos den dominerende virksomhed, er “uforenelige med målsætningen om, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke må for drejes, idet disse forpligtelser eller ydelser, ikke beror på en økonomisk ydelse som retfærdiggør forpligtelsen eller fordelene, men har det formål at gøre det umuligt for køberen eller at lægge køberen hindringer i vejen for at kunne vælge sine forsyningskilder samt på at spærre adgangen til markedet for andre producenter.”¹⁵⁰ Såfremt en virksomhed med en dominerende stilling på markedet tilbyder rabatter, der er betinget af, at kunden foretager hele eller det meste af dets indkøb af den pågældende vare hos den dominerende virksomhed, vil det have formodning for sig, at adfærden vil udgøre en overtrædelse af TEUF art. 102. Dette vil fortsat være tilfældet, selvom kunden selv har anmodet om den pågældende rabat. Denne formodningsregel kan primært tilskrives, at denne form for rabatter fratager eller begrænser køberens mulige valg af forsyningskæder, samtidig med at øvrige konkurrenters adgang til markedet reduceres eller afskærmes. Da nogle kunder tilmed opnår en mere fordelagtig pris end andre til gengæld for eksklusivitet (på trods af samme produkt og samme mængde), er det tilmed blevet vurderet, at denne form for rabatter kan resultere i forskelsbehandling.¹⁵¹ Det kan dog konkluderes ud fra retspraksis, at det ikke er det diskriminerende forhold, der er afgørende for, om der er tale om et misbrug af en dominerende stilling og dermed en overtrædelse af TEUF art. 102.¹⁵²

Med henblik på at vurdere, om der foreligger et misbrug omfattet af TEUF art. 102, er det således nødvendigt at foretage en samlet vurdering af samtlige relevante forhold i den konkrete sag. Dette indebærer, at et forhold i sig selv ikke altid vil kunne udgøre et misbrug, men det vil kunne få stor betydning ved at indgå som ét af flere momenter i en konkret afvejning, jf. bl.a. *Michelin I*.¹⁵³ Ydermere kan der også foreligge misbrug i situationer, hvor en dominerende virksomhed udelukkende truer en kunde eller konkurrent med af udvise en misbrugende adfærd, uden at denne adfærd egentlig iværksættes, jf. sag C-62/86, *AKZO Chemie* (herefter *AKZO*), præmis 147.¹⁵⁴ Den samlede konkrete vurdering af øvrige relevante forhold kan tilmed omfatte de subjektive forhold, selvom misbrugsbegrebet er objektive, jf. afsnit 3.1.2.5. Disse subjektive forhold kan fx bestå i den dominerende virksomheds eliminerings- eller konkurrencebegrænsende hensigt, som begge vil kunne tages i betragtning med henblik på at konstatere et misbrug. Det er dog ikke en betingelse for anvendelsen af TEUF art. 102, at en sådan hensigt kan fastslås.¹⁵⁵ En vurdering af de øvrige forhold vil ofte udføres ved at sammenligne den aktuelle eller potentielle situation på markedet, som følge af en dominerende virksomheds adfærd, med en velegnet referencesituation, hvor den pågældende adfærd fx ikke er til stede.¹⁵⁶

Et vigtigt element ved den effektbaserede tilgang er, at det skal undersøges, om graden af afskærmning er betydelig. Dette vil afhænge af graden af dominans, formen og designet af den

¹⁵⁰ 85/76, *Hoffmann La-Roche*, præmis 90

¹⁵¹ C-95/04 P, *British Airways*, præmis 58 og 85/76, *Hoffmann La-Roche*, præmis 90

¹⁵² T-219/99, *British Airways*, præmis 248 og 249 samt T-203/01, *Michelin II*, præmis 65

¹⁵³ T-203/01, *Michelin I*, præmis 111

¹⁵⁴ Levinsen, s. 611

¹⁵⁵ C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mod Europa-Kommissionen*, præmis 20-21

¹⁵⁶ Meddelelse fra Kommissionen, 2008, pkt. 20

pågældende praksis og antallet af distributører eller kunder, der effektivt afskærmes.¹⁵⁷ En dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter indebærer dog ikke nødvendigvis en konkurrencebegrænsende adfærd. Loyaltetskabende rabatter kan medvirke til, at produkterne fra den virksomhed, som anvender rabatten, kan forekomme mere attraktive for kunderne og dermed gøre det vanskeligere for konkurrenterne at sælge. Dette er dog imidlertid ikke nødvendigvis ensbetydende med, at adfærden er til skade for konkurrencen. Det er derfor vigtigt at overveje de forskellige motiveringer og formål, som en virksomhed har for at anvende de loyalitetsskabende rabatter.¹⁵⁸

Det kan ud fra ordlyden i *Hoffmann-La Roche* præmis 91 udledes, at misbrugsvurderingen kan opdeles i følgende to led: i) hvorvidt den dominerende virksomheds udviste adfærd er egnet til at påvirke strukturen på markedet negativt, således at den udgør et misbrug og ii) hvilke virkninger den udviste adfærd har på konkurrencen. Disse to led vil blive behandlet i de følgende afsnit.

3.1.1. Vurderingen af adfærdens egnethed

Som tidligere nævnt har en dominerende virksomhed, som følge af sin stærke markedsposition, en særlig forpligtelse til ikke at udvise en adfærd, der er egnet til at skade konkurrencen.¹⁵⁹ TEUF art. 102 indeholder derfor et forbud mod handlinger, der er egnet til at begrænse den effektive konkurrence, hvilket gælder uanset om den dominerende virksomhed formår dette eller ej.¹⁶⁰ Forbuddet omfatter både de tilfælde, hvor adgangen til markedet forhindres for konkurrenter til den dominerende virksomhed, samt de tilfælde, hvor den dominerende virksomheds adfærd udelukkende er egnet til at vanskeliggøre adgangen hertil.¹⁶¹ ¹⁶² Da en dominerende virksomheds tilstedeværelse på et pågældende marked medfører en svækket konkurrencestruktur, er det ved vurderingen af, om TEUF art. 102 er overtrådt, ikke nødvendigt at fastlægge, hvorvidt det konstaterede misbrug har haft en mærkbar virkning.¹⁶³ Dette skyldes, at enhver anden begrænsning af denne konkurrencestruktur, vil kunne udgøre et misbrug.¹⁶⁴ En sådan svækkelse af konkurrencestrukturen kan forekomme, hvor en dominerende virksomhed anvender "andre midler" end dem, der forekommer i en normal konkurrence. Dette medfører, at graden af konkurrencen på markedet samt væksten i konkurrencen ikke kan opretholdes.¹⁶⁵

For at kunne fastslå, hvorvidt en virksomheds adfærd, qua sin markedsdominans, udgør et misbrug, skal der foreligge en konkurrencebegrænsende virkning på markedet. Det er dog ikke nødvendigt, at denne virkning er konkret, da det er tilstrækkeligt, at den udviste adfærd er egnet til eller med sandsynlighed vil kunne begrænse konkurrencen på det indre marked, jf. *Hoffmann-La Roche*.¹⁶⁶ Dette er tilmed blevet fastslået i *British Airways*, hvor Retten har udtalt, at "den adfærd fra den dominerende virksomheds side, som udgør et misbrug, har til formål at begrænse konkurrencen, eller, med andre ord, at adfærden vil eller kan

¹⁵⁷ Niels, s. 225

¹⁵⁸ Konkurrenceverket, s. 70

¹⁵⁹ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 90, 120 og 123

¹⁶⁰ T-321/05, *AstraZeneca*, præmis 347, stadfæstet i C-457/10 P, *AstraZeneca*, præmis 109 og 111.

¹⁶¹ C-52/09, *TeliaSonera Sverige AB*, præmis 63.

¹⁶² Godik, pkt. 404

¹⁶³ C-23/14, *Post Danmark II*, præmis 74

¹⁶⁴ Levinsen, s. 614

¹⁶⁵ COMP/C-3/37.990 – *Intel*, pkt. 914

¹⁶⁶ Godik, pkt. 405

have en sådan virkning.”¹⁶⁷ På baggrund heraf er det af Kommissionen i *Intel* blevet konkluderet, at et bevis for faktisk afskærmning ikke er påkrævet.¹⁶⁸

Wahl påpegede i sit forslag til Domstolens afgørelse af *Intel*, at Retten i sin bedømmelse har lavet en retlig fejl, da de har misfortolket den tidligere afgørelse *Hoffmann-La Roche*, omhandlende eksklusivitetsrabatter.¹⁶⁹ I denne sag blev det af Domstolen konstateret, at de omtvistede loyalitetsskabende rabatter havde til formål at besværliggøre, eller endda umuliggøre, kundens valg af forsyningskilder samt hindre adgangen til markedet for konkurrenter. På baggrund heraf fastslog Domstolen, at “en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som [...] binder købere til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, misbruger [...] sin dominerende stilling som nævnt i artikel [102 TEUF]”.¹⁷⁰ Retten i *Intel mod Kommissionen* har fortolket *Hoffmann-La Roche* således, at en dominerende virksomheds anvendelse af eksklusivitetsrabatter per se udgør et misbrug, hvorfor det ikke er nødvendigt med en analyse af samtlige omstændigheder med henblik på at fastlægge rabattens egentlige virkning. Da behovet for en mere dybdegående undersøgelse af den konkrete sag ikke fremgår af det ovennævnte uddrag, og der således ikke stilles et direkte krav om inddragelse af samtlige omstændigheder, er Rettens manglende vurdering af samtlige omstændigheder i *Intel mod Kommissionen* måske ikke så overraskende, da der ikke er opstillet et direkte krav i *Hoffmann-La Roche* om, at disse skal tages i betragtning.

3.1.2. Vurderingen af samtlige omstændigheder

Analysen af samtlige omstændigheder har ifølge Wahl til formål at sikre, at der er tilstrækkelige beviser for, at en virksomhed med en dominerende stilling har misbrugt denne. Selv, hvor der umiddelbart foreligger en klar konkurrencebegrænsende adfærd, eksempelvis hvor der tilbydes en rabat, som medfører en pris, der er lavere end de gennemsnitlige undgåelige omkostninger (AAC), skal samtlige omstændigheder fortsat tages i betragtning, jf. afsnit 3.1.3.1.¹⁷¹ Wahl mener, at en adfærd, som i nogle tilfælde ikke ville kunne begrænse konkurrencen, ellers ville kunne risikere at blive fanget af det generelle forbud i TEUF art. 102 baseret på en formbaseret tilgang. Dette forbud vil således kunne ramme en adfærd, som ellers vil være gavnlige for konkurrencen, jf. mere herom i afsnit 3.3.¹⁷² Sådanne relevante omstændigheder kan bl.a. bestå i den dominerende virksomheds markedsposition, herunder markedsandel, markedsdækning samt varigheden af den udviste adfærd.

Som nævnt i forrige afsnit er det af *Hoffmann La-Roche* ikke påkrævet, at samtlige omstændigheder skal påvises, da det er tilstrækkeligt, at den omtvistede adfærd er egnet til at skade konkurrencen. Et sådant krav om vurderingen af samtlige omstændigheder er imidlertid senere blevet fastslået af Domstolen i *Michelin I*.¹⁷³ Wahl påpeger i denne relation, at domstolene efterfølgende konsekvent har taget hensyn til “samtlige omstændigheder”, når der skal tages stilling til, om en adfærd udgør et misbrug af en dominerende stilling i strid med art. 102.¹⁷⁴ Dette ses bl.a. i *British Airways*, hvoraf det fremgår, at Domstolen har “fastslået, at man skal vurdere samtlige omstændigheder, navnlig kriterierne og reglerne for tildeling af rabatter”. I

¹⁶⁷ T-219/99, *British Airways*, præmis 293

¹⁶⁸ COMP/C-3/37.990 – *Intel*, pkt. 922-923

¹⁶⁹ Generaladvokat N. Wahl, pkt. 75

¹⁷⁰ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 89

¹⁷¹ Sag C-209/10, *Post Danmark I*, præmis 44

¹⁷² Generaladvokat N. Wahl, pkt. 78-79

¹⁷³ *Ibid.*, pkt. 88

¹⁷⁴ *Ibid.*, pkt. 68

relation hertil må kriterierne og reglerne for tildelingen af rabatterne undersøges, samt om den udviste adfærd har begrænset eller fjernet kundernes valgfrihed og dermed hindret adgangen til markedet for konkurrenter. Denne tilgang er tilmed fastslået i sagerne C-549/10 P, *Tomra Systems ASA* (herefter *Tomra Systems ASA*), *Michelin I* og *Michelin II*.¹⁷⁵ I praksis er de retlige og økonomiske sammenhænge af adfærdens således blevet vurderet, hvor der har været formodning for en ulovlig adfærd, da den omtvistede adfærd som minimum skal kunne udelukke konkurrenter fra markedet for at være omfattet af TEUF art. 102.^{176 177 178}

Intel henviste i sin appel til Domstolen derfor til, at Retten ikke havde undersøgt samtlige af Intels argumenter, og at de i stedet havde benyttet sig af abstrakte betragtninger i deres vurdering.¹⁷⁹ Appellen giver således Domstolen mulighed for at uddybe sin praksis på området for misbrug af en dominerende stilling efter TEUF art. 102.¹⁸⁰ Intel har gjort gældende, at det ikke er muligt at kvalificere loyalitetsskabende rabatter som misbrug, før der er foretaget en undersøgelse af samtlige relevante omstændigheder i forbindelse med vurderingen af, om deres tildeling af rabatter har været egnet til at begrænse konkurrencen. For at understøtte dette argument, henviser de bl.a. til *Tomra Systems ASA*¹⁸¹, præmis 70 og 71, hvoraf det fremgår, at der skal foretages en undersøgelse af samtlige omstændigheder, uanset om der er tale om en eksklusivitetsrabat eller andre prisnedslag med en loyalitetsskabende virkning.¹⁸²

De følgende afsnit indeholder en analyse af loyalitetsskabende rabatters påvirkning af markedet, hvilket tilmed skitserer de omstændigheder, som Kommissionen i deres Vejledning har vurderet relevante i forbindelse med en fyldestgørende misbrugsvurdering efter den effektbaserede tilgang.

3.1.2.1. Påvirkning af markedsstrukturen

En koncentreret markedsstruktur vil kunne svække den effektive konkurrence, hvorfor det er relevant at tage dette forhold i betragtning i forbindelse med misbrugsvurderingen. Strukturen på markedet kan påvirkes som følge af flere forskellige forhold, hvor adgangsbarrierer og markedsconcentration, er to af de primære.

3.1.2.1.1. Påvirkning af markedsstrukturen som følge af adgangsbarrierer

Adgangsbarrierer kan antage forskellige former¹⁸³ og kan bestå i retlige hindringer såsom kvoter, told eller andre fordele, som kan komme den dominerende virksomhed til gode, eksempelvis i form af stordriftsfordele¹⁸⁴ eller et etableret distributions- og salgsnet.¹⁸⁵ Er den dominerende virksomhed i besiddelse af stordriftsfordele, hvorved de afskærmer en væsentlig del af det relevante marked, vil dette indebære en mindre sandsynlighed for, at potentielle konkurrenter får adgang til markedet, og at aktuelle konkurrenter bliver på markedet.¹⁸⁶ Adgangsbar-

¹⁷⁵ C-95/04 P, *British Airways*, præmis 67, C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mod Europa-Kommissionen*, præmis 71 og 322/81, *Michelin I*, præmis 73 og T-203/01, *Michelin II*, præmis 60

¹⁷⁶ Generaladvokat N. Wahl, pkt. 73-74

¹⁷⁷ T-336/07, *Telefónica og Telefónica de España*, præmis 272.

¹⁷⁸ Godik, pkt. 405

¹⁷⁹ https://ec.europa.eu/denmark/news/intel-170906_da

¹⁸⁰ Generaladvokat N. Wahl, pkt. 3.

¹⁸¹ C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mod Europa-Kommissionen*.

¹⁸² T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, præmis 109

¹⁸³ Kommissionens Vejledning, pkt. 17

¹⁸⁴ Der forekommer stordriftsfordele når omkostningerne pr enhed falder i takt med at produktionen stiger

¹⁸⁵ Se 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 48

¹⁸⁶ Kommissionens Vejledning, pkt. 20

rierer kan også bestå i en dominerende virksomheds egen adfærd og kan eksempelvis forekomme, hvis virksomheden har foretaget betydelige investeringer, som konkurrenter eller nyttilkomne virksomheder skal kunne matche for at forblive på markedet.¹⁸⁷ Virksomheden kan også have indgået årelange kundekontrakter, som kan have afskærmende virkninger for konkurrenterne.¹⁸⁸ En dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter, kan tilmed udgøre en væsentlig adgangsbarriere på et givent marked, da det vil kunne vanskeliggøre adgangen til markedet for potentielle konkurrenter. Dette skyldes bl.a., at incitamentet til at indtræde på det pågældende marked vil være mindsket, såfremt det ikke vil være muligt for en konkurrent at opnå en økonomisk fordel grundet den rabat, som den dominerende virksomhed tilbyder, og konkurrenten dermed kan være nødsaget til at matche.¹⁸⁹ Dette vil ydermere kunne resultere i en større markedsconcentration, da antallet af konkurrenter til den dominerende virksomhed som følge heraf vil kunne reduceres.¹⁹⁰

I *Kommissionens afgørelse af Intel* blev der foretaget en analyse af bl.a. adgangs- og ekspansionsbarrierer.¹⁹¹ I Kommissionens analyse fremgik det, at der som følge af Intels tilstedeværelse og udviste adfærd, var betydelige barrierer for adgangen samt ekspansion på markedet for x86-cpu'er. Kommissionen var af den opfattelse, at barriererne stammede fra Intels investeringer i forskning, udvikling og produktionsfaciliteter, der var nødvendige for at kunne levere x86-cpu'er. De høje barrierer for adgangen og ekspansionen på markedet, kunne aflæses i den observerede markedsstruktur, hvor alle konkurrenterne til Intel, med undtagelse af AMD, enten havde forladt markedet eller kun besad en meget lille markedsandel. Indtil 2000 producerede en række andre virksomheder (såsom Rise Technology, IDT, SGS-Thomson, Texas Instruments og IBM) ligesom Intel, x86-cpu'er.¹⁹² Intel bestred ikke Kommissionens konklusioner vedrørende de høje adgangsbarrierer, hvilket var medvirkende til, at Kommissionen konkluderede, at Intel i perioden fra oktober 2002 til december 2007, havde misbrugt deres dominerende stilling på markedet for x86-cpu'er.¹⁹³

Såfremt det kan konstateres, at strukturen på et marked, hvor en dominerende virksomhed har benyttet sig af loyalitetsskabende rabatter, er påvirket af bl.a. høje adgangsbarrierer samt en høj markedsconcentration, vil både aktuelle og potentielle konkurrenter påvirkes negativt.¹⁹⁴ En konstatering af disse faktorer vil tale i retning af, at den dominerende virksomheds udviste adfærd udgør et misbrug.

3.1.2.1.2. Loyalitetsskabende rabatters påvirkning på downstream-markedet

En dominerende virksomheds brug af loyalitetsskabende rabatter vil kunne påvirke konkurrencen på bl.a. downstream markedet og dermed også markedsstrukturen, grundet en potentiel økonomisk fordel hos mellemløbet.¹⁹⁵ I tilfælde, hvor der ikke tilbydes en rabat af den dominerende virksomhed, vil dette afspejle sig i prisen til slutforbrugeren, og der kan således opstå et såkaldt dobbelt marginaliseringsproblem. Dette skyldes, at en producent vil fastsætte prisen på det pågældende produkt ud fra kostprisen, samt den ønskede profit, hvilket ligeledes vil gøre sig

¹⁸⁷ Se 27/76, *United Brands*, præmis 91

¹⁸⁸ Kommissionens Vejledning, pkt. 17

¹⁸⁹ Bergqvist, 2010, s. 4

¹⁹⁰ Kommissionen Vejledning, pkt. 17

¹⁹¹ COMP/C-3/37.990 – *Intel*, pkt. 853-882

¹⁹² *Ibid.*, pkt. 881-882

¹⁹³ *Ibid.*, pkt. 912

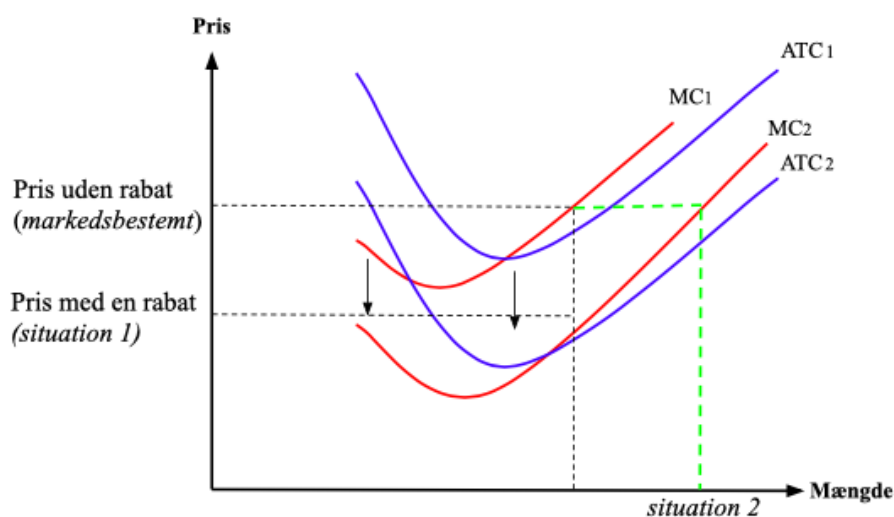
¹⁹⁴ Faull, Jonathan og Nikpay, Ali, *The EU Law of Competition*, 3. udgave, Oxford University Press, 2014, s. 6, pkt. 1.10

¹⁹⁵ Mellemløbet: Kan fx være distributører eller forhandlere (ikke slutforbrugere).

gældende hos mellemedet¹⁹⁶, og begge led på downstream markedet påvirkes dermed. Denne stigning i videresalgspriserne vil resultere i for høje priser for slutforbrugeren og dermed medføre en nedgang i kundens køb. En sådan situation vil hverken være optimal for virksomhederne på downstream markedet eller forbrugeren, hvorfor branchen som helhed vil påvirkes negativt som følge heraf.¹⁹⁷

For at undgå dette, vil den dominerende virksomhed i modsætning hertil kunne vælge at tilbyde rabatter, således at der gives et procentvis nedslag i prisen på enheder over en vis mængde. Hvis mellemedet indvilliger i at købe nok enheder til at opnå den konkurrencemæssige fordel i form af rabatten, får denne som følge heraf sænket sine marginalomkostninger (MC). Herved bevæger MC kurven sig fra MC1 til MC2, hvilket illustreres i *figur 1* nedenfor. Som følge af tildelingen af rabatten til mellemedet, vil der kunne opstå to situationer. Den første situation vil kunne bestå i, at såfremt mellemedet fastholder sit udbud, vil prisen til slutforbrugeren være lavere, da mellemedet vil sætte sin pris til slutforbrugeren baseret på, hvad denne betaler hos den dominerende virksomhed.¹⁹⁸ Kunderne til en dominerende virksomhed vil kunne have et stærkere incitament til at handle ved netop denne virksomhed, såfremt den tilbyder en loyalitetsskabende rabat som nævnt i første situation ovenfor. Dette vil kunne skabe en såkaldt "sugeeffekt", og når en sådan situation opstår, bliver det dyrt for kunden at købe fra flere leverandører, hvilket kan resultere i en afskærmning af aktuelle eller potentielle konkurrenter på markedet. Jo større en markedsandel en virksomhed besidder og jo større en andel af potentielle kunder rabatten dækker, jo højere en risiko vil der være for denne "sugeeffekt". Den dominerende virksomhed får således mulighed for at styrke sin position, da adgangen til markedet hindres for potentielle konkurrenter, mens eksisterende konkurrenter afskærms.¹⁹⁹ Dette scenarie vil kunne resultere i en overtrædelse af TEUF art. 102.²⁰⁰

Figur 1 - Mellemedets sænkede marginaleomkostninger qua rabatten



Kilde: Egen tilvirkning

Den anden situation vil kunne opstå, hvor mellemedet qua rabatten i stedet for at sænke prisen, vil fokusere på at tiltrække flere kunder, herunder også fra de konkurrerende virksomheder

¹⁹⁶ Fra den dominerende virksomhed til mellemedet, og derefter fra mellemedet til slutforbrugeren.

¹⁹⁷ Hjelmeng, s. 340

¹⁹⁸ Ibid. s. 340

¹⁹⁹ Bergqvist, 2017 s. 29

²⁰⁰ Ibid., s. 29-30

til mellemeleddet. Såfremt mellemeleddet vælger at øge sit udbud frem for at sænke prisen, når det antages, at prisen uden rabat er markedsbestemt, vil mellemeleddet samt konkurrenterne hertil alle sælge til en pris der svarer til "pris uden rabat". Virksomheden som har opnået rabatten, vil dog have en mere gunstig position end konkurrenterne, da de grundet deres øgede udbud og højere producer surplus²⁰¹, vil kunne tilbyde en større mængde end konkurrenterne. Dette vil medføre en nedgang i konkurrenternes salg og i værste fald tvinge dem ud af markedet.

En kendt sag i EU omhandlende loyalitetsskabende rabatter er Kommissionens beslutning i Michelin i 2001, som i 2003 blev stadfæstet af Retten i *Michelin II*. Michelin tilbød en rabatordning, hvor en dækforhandler ville komme i betragtning til en række stigende rabatter, såfremt dækforhandleren købte en samlet mængde produkter hos Michelin. Det blev af Kommissionen fastslået, at disse rabatter havde en loyalitetsskabende effekt og som følge heraf afskærmede konkurrenter fra markedet. Kommissionen konkluderede mere generelt, at dominerende virksomheders anvendelse af loyalitetsskabende rabatter kun er acceptable i tilfælde, hvor disse er omkostningsrelaterede.²⁰² Ifølge den effektbaserede tilgang er dette synspunkt for restriktivt, da loyalitetsskabende rabatter muligvis ikke altid har betydelige konkurrencebegrænsende virkninger, selvom de tilbydes af en dominerende virksomhed og ikke er omkostningsrelaterede. Vurderingen heraf indebærer to centrale hovedtrin. For det første er det relevant at bestemme styrken samt effekten af den loyalitetsskabende rabat, som bliver tilbudt af den dominerende virksomhed. Her fokuseres der på selve rabatordningen, og om der er stærke incitamenter for kunden til at reagere på rabatten ved at opretholde eller øge sin loyalitet over for den dominerende virksomhed. Uden stærke incitamenter fra kunden, vil de konkurrerende virksomheder kunne overvinde den loyalitetsskabende rabat tilbudt af den dominerende virksomhed ved at tilbyde mindst lige så fordelagtige rabatter. Det andet trin vurderer, om afskærmningseffekten, som følge af rabatten, er betydelig. Dette indebærer en analyse af markedsstyrken hos den dominerende virksomhed, hvor graden af afskærmning skal være betydelig og i høj grad hindre konkurrenters adgang til markedet.²⁰³

3.1.2.1.3. Betydningen af rabat- og prisgennemsigtighed

For at kunne vurdere hvorvidt en rabat er tilstrækkeligt loyalitetsskabende til at kunne udgøre et misbrug i strid med TEUF art. 102, er det relevant at se på rabatsystemets gennemsigtighed, da dette tilmed vil kunne påvirke markedsstrukturen negativt. Et rabatsystem uden gennemsigtighed kan medvirke til, at der opstår en loyalitetsskabende effekt fra kundens side, hvilket kan resultere i en markedsafskærmning for potentielle konkurrenter. Dette skyldes, at nedsat rabat- og prisgennemsigtighed kan gøre det vanskeligt for kunden at sammenligne tilbud fra flere virksomheder men også at gennemskue selve rabatten, hvilket dermed kan styrke rabatternes ekskluderende og loyalitetsskabende virkninger. Rabatter er ofte en del af et loyalitetsprogram, hvor kunderne står over for en kombination af faste og variable betalinger. Dette gør det ofte vanskeligt for kunderne at vurdere den nøjagtige pris, som de betaler pr. enhed og derfor også vanskeligt at sammenligne med pristilbud fra alternative leverandører. Resultatet kan være mindre aktive kunder, der lægger mindre vægt på prisen, hvilket igen kan gøre det vanskeligere for nye konkurrenter at komme ind på markedet. En løsning på dette problem kunne være at tvinge virksomheder til at offentliggøre deres rabatter og beskrive, hvad rabatterne helt præcist indebærer, så kunderne dermed ville blive bedre rustet til at sammenligne tilbud fra konkurre-

²⁰¹ Producer surplus: Gevinst en virksomhed opnår ved at fremstille og sælge varer på et marked

²⁰² Niels, s. 226-227

²⁰³ Ibid., s. 227

rende virksomheder. Et sådant tiltag har dog den afledede udfordring, at øget prisgennemsigtighed kan have en negativ effekt på konkurrencen. Ifølge økonomisk teori er der en tvetydig holdning til prisgennemsigtighed, da det både kan være en fordel og en hindring for en effektiv konkurrence. Øget gennemsigtighed kan styrke konkurrencepresset på markedet, men kan i visse tilfælde således også have den modsatte effekt.²⁰⁴

I *Michelin I*, henviste Domstolen til en række faktorer, der medførte, at Michelins rabatorgning udgjorde et misbrug af deres dominerende stilling, idet Domstolen bl.a. lagde vægt på, at der forelå en uigennemsigtig rabatstruktur. Dette betød, at hverken rabatskalaen eller salgsmålene blev meddelt skriftligt til forhandlerne, hvilket bl.a. medførte usikkerhed og uvished hos disse, da forhandleren ikke kunne gennemskue, hvornår de præcist opfyldte rabatbetingelserne.²⁰⁵ Rabatorgningens gennemsigtighed kan derfor være et moment ved vurderingen af, om en dominerende virksomhed misbruger dennes stilling.

3.1.2.2. Påvirkning af forbrugervelfærd samt valgfrihed

Virksomheders anvendelse af loyalitetsskabende rabatter kan både have positive og negative effekter på forbrugervelfærden. Som udgangspunkt forsøger TEUF art. 102 at etablere et integreret indre marked, hvor både erhvervslivet og forbrugere tilgodeses, såfremt bestemmelsen håndhæves effektivt. Generelt vil en effektiv konkurrence komme forbrugerne til gode i form af lavere priser, hvorfor der er særlig opmærksomhed på adfærd, herunder dominerende virksomheders anvendelse af loyalitetsskabende rabatter, som kan resultere i en forvridding af konkurrencen. En sådan adfærd vil kunne bestå i en afskærmning af den dominerende virksomheders konkurrenter, hvilket vil kunne påvirke forbrugervelfærden negativt i form af højere priser, dårligere kvalitet eller færre valgmuligheder, og samtidig styrke den dominerende virksomheds markedsposition.²⁰⁶ Kommissionens Vejledning fokuserer tilmed på forbrugervelfærd og understreger, at de former for adfærd, der er mest skadelige for forbrugere, er dem, der har højest prioritet. Dermed er en stigning i forbrugervelfærden gennem beskyttelse af den effektive konkurrence mere betydelig end beskyttelse af konkurrenterne til den dominerende virksomhed.²⁰⁷

Vejledningen har fokus på de former for adfærd, som har den største skadelige effekt på forbrugerne. Dette skyldes, at konkurrencen generelt kommer forbrugerne til gode gennem lavere priser, større udvalg af nye og bedre varer og tjenester, men samtidig også en højere kvalitet. Kommissionens Vejledning er derfor målrettet til at sikre, at markederne fungerer tilfredsstillende samtidig med, at forbrugerne kan drage fordel af den effektivitet og produktivitet, som den effektive konkurrence medfører.²⁰⁸ Ifølge Vejledningen skal Kommissionen gribe ind overfor dominerende virksomheder, hvis adfærd har en afskærmende effekt, som i sidste ende er til skade for forbrugerne.²⁰⁹ Vejledningen blev ikke anvendt i *Intel*, da sagen på tidspunktet for Vejledningens offentliggørelse allerede var indledt.²¹⁰ Forbrugervelfærdsbegrebet blev alligevel nævnt i sagen, idet Kommissionen gjorde gældende, at Kommissionen ikke fandt det for påkrævet at vurdere de skadelige virkninger på forbrugervelfærden.²¹¹ Til trods herfor valgte Kommissionen at foretage en yderligere vurdering af Intels anvendelse af rabatter blot

²⁰⁴ Bergqvist, 2017, s. 33

²⁰⁵ 322/81, *Michelin I*, præmis 83

²⁰⁶ Kommissionens Vejledning, pkt. 5 og 19

²⁰⁷ *Ibid.*, pkt. 5

²⁰⁸ *Ibid.*, pkt. 4

²⁰⁹ *Ibid.*, pkt. 19

²¹⁰ COMP/C-3/37.990 – *Intel*. pkt. 916

²¹¹ T-286/09, *Intel mod Kommissionen*, præmis 105

for at understrege, at disse havde en konkurrencebegrænsende virkning. I sagerne AT.39985, *Motorola* (herefter *Motorola*)²¹², AT.39740, *Google* (herefter *Google*)²¹³ og AT.39984, *OPCOM* (herefter *OPCOM*)²¹⁴ blev en supplerende vurdering af virkningerne på forbrugervelfærden ikke foretaget, og det kan således konkluderes, at Kommissionen ikke anser sig for værende forpligtet til at vurdere dette. Det skal dog understreges, at forbrugervelfærden alligevel ofte inddrages i forbindelse med selve misbrugsvurderingen.²¹⁵ Det er således fortsat uklart, hvorvidt en påvisning af en sandsynlig skade på forbrugervelfærden i retspraksis er påkrævet. Som tidligere nævnt har tilgangen til dominerende virksomheders anvendelse af loyalitetsskabende rabatter gradvist bevæget sig fra en formbaseret tilgang til en mere effektbaseret tilgang, hvilket kunne tale herfor. Henset til at den effektbaserede tilgang primært fokuserer på rabat-ternes virkning, og dermed ikke på den formelle rabatkategorisering, må maksimering af forbrugervelfærden antages at få større betydning fremadrettet.²¹⁶

3.1.2.3. *Betydningen af dominans for misbrugsvurderingen*

Domstolen har i sag C-95/09, *TeliaSonera*, udtalt, at en dominerende virksomheds markedsstyrke har betydning for graden af adfærdens mulige konkurrencebegrænsende effekter på markedet, som følge af den dominerende virksomheds tilstedeværelse. Det er således relevant at inddrage dominans i misbrugsvurderingen som en øvrig relevant omstændighed.²¹⁷ I dette tilfælde er det ikke væsentligt at konstatere, hvorvidt der er tale om dominans eller ej (da det er en forudsætning for overhovedet at være omfattet af art. 102), men derimod graden heraf som bl.a. omfatter en dominerende virksomheds markedsdækning samt konkurrerende virksomheders respektive markedsandele. Dette element er fremhævet i *Post Danmark II*, hvoraf det fremgår, at graden af dominans er relevant som en del af de relevante, øvrige momenter ved vurderingen af, om en adfærd udgør et ekskluderende misbrug. Ydermere blev det fremhævet, at den omstændighed, at et rabatsystem dækker størstedelen af kunderne på et pågældende marked kan "(...) udgøre en nyttig indikation af virkningerne af denne praksis og dens betydning for markedet, som kan styrke sandsynligheden for en konkurrencebegrænsende ekskluderende virkning".²¹⁸ I Intel indtog Domstolen det samme synspunkt ved at påpege, at Kommissionen ikke blot var forpligtet til at undersøge betydningen af Intels dominerende stilling men også var forpligtet til at undersøge markedsdækningen, betingelserne og regler for tildelingen af rabatterne, samt disses størrelse og varighed.²¹⁹ Denne forpligtelse sker som følge af de af Intel fremlagte beviser, som taler i modsatte retning af en adfærd, der er egnet til at begrænse konkurrencen.²²⁰ Det kan ud fra ovenstående retspraksis således konkluderes, at en dominerende virksomheds markedsstyrke kan have betydning for både virkningerne samt eksistensen af et misbrug.

Hvor stor en andel af det relevante marked, der skal være bundet af den dominerende virksomheds rabatordning for, at denne adfærd vil kunne udgøre et misbrug, er ikke defineret i retspraksis. Det kan dog konstateres, at jo større den dominerende virksomheds markedsdækning er, jo større sandsynlighed vil der være for en negativ virkning på konkurrencen, i form af

²¹² Sag AT.39985 — *Motorola* — *Enforcement of GPRS standard essential patents*

²¹³ Sag AT.39740 — *Google Search (Shopping)*

²¹⁴ Sag AT.39984 — *OPCOM/Romanian Power Exchange*

²¹⁵ Bergqvist, 2019, s. 86

²¹⁶ Bergqvist, 2017, s. 38

²¹⁷ C-95/09, *TeliaSonera Sverige AB*, præmis 81

²¹⁸ C-23/14, *Post Danmark II*, præmis 50

²¹⁹ C-413/14 P, *Intel mod Kommissionen*, præmis 139

²²⁰ *Ibid.*, præmis 138

markedsafskærmning.^{221 222} Wahl understreger i denne forbindelse, at Domstolen ikke er indstillet på at fastlægge en fast tærskel for, hvornår der kan konstateres et misbrug udelukkende på baggrund af en virksomheds markedsdækning, hvilket tilmed er anerkendt i *Tomra Systems ASA*.^{223 224}

Wahl fremhævede i sit forslag til afgørelsen i *Intel*, at Rettens vurdering af markedsdækningen samt varigheden af rabatorningen ikke har været fyldestgørende, da de vurderede, at markedsdækningen i denne sag var uden betydning.²²⁵ I *Intel* var den bundne del af markedet på 14%, og Intel gjorde derfor gældende til støtte for deres sag, at dette var relativt lavere end i sagerne *Tomra Systems ASA* og sag C-549/10 P, *Van den Bergh Foods*.^{226 227} Wahl påpegede, at EU's konkurrenceregler er rettet mod virkningerne af den pågældende adfærd og dermed ikke selve formen, hvorfor størrelsen af den bundne del (markedsdækningen) er relevant som et moment i den samlede vurdering.²²⁸ Intels markedsdækning på 14% kan således have betydning for misbrugsvurderingen, da denne potentielt kan begrænse konkurrencen. Det kan dog ikke med sikkerhed fastslås, at en markedsdækning af denne størrelse hverken har eller ikke har en konkurrencebegrænsende virkning, hvilket understreger vigtigheden af vurderingen af samtlige relevante omstændigheder.²²⁹ Wahl understregede derfor, at Rettens vurdering ikke kan godtgøre, hvorledes den markedsandel, som er berørt af betalinger og rabatter, er tilstrækkelig til at føre til en konkurrencebegrænsende udelukkelse.²³⁰ I forhold til varigheden af rabatorningen, fremhævede Wahl i *Intel*, at Retten i sin vurdering kun havde taget det samlede tidsrum i betragtning, hvilket tilmed ikke var fyldestgørende. Grundet den manglende vurdering af bl.a. disse forhold, mente Wahl ikke, at Rettens vurdering var tilstrækkelig til at kunne fastslå, om adfærden med en vis sandsynlighed havde en konkurrencebegrænsende virkning.²³¹

3.1.2.4. Udelukkelse af konkurrenter

I forbindelse med misbrugsvurderingen er der særlig fokus på den dominerende virksomheds evne til at udelukke konkurrenter fra markedet, og det er dermed relevant at behandle, hvorvidt de loyalitetsskabende rabatter kan udgøre en trussel mod både aktuelle og potentielle konkurrerende virksomheder. Denne vurdering er også relevant i forhold til at kunne fastslå, hvorvidt et misbrug kan have karakter af ekskluderende adfærd. Kommissionen lægger i Vejledningen stor vægt på, at konkurrencen på det indre marked beskyttes, og at det samtidig sikres, at virksomheder med en dominerende stilling ikke udelukker konkurrenter med midler, som ikke er en del af en fair konkurrence. Risikoen for en konkurrenceskadelig afskærmning af konkurrenter er større, når konkurrenter, som følge af den dominerende virksomheds tilstedeværelse, ikke har mulighed for at konkurrere på lige vilkår om den enkelte kundes samlede efterspørgsel.²³²

I forhold til de aktuelle konkurrenter må den omtvistede rabataftales reelle indvirkning på det pågældende marked undersøges med henblik på at fastslå, om konkurrenterne har lidt skade

²²¹ Godik, pkt. 457

²²² Generaladvokat N. Wahl, pkt. 140

²²³ Ibid. 141

²²⁴ C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mod Europa-Kommissionen*, præmis 46

²²⁵ Generaladvokat N. Wahl, pkt. 146 og 157

²²⁶ T-65/98, *Van den Bergh Foods* samt C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mod Europa-Kommissionen*, præmis 34

²²⁷ Generaladvokat N. Wahl, pkt. 137

²²⁸ Ibid., pkt. 140

²²⁹ Ibid., pkt. 143

²³⁰ Ibid., pkt. 146

²³¹ Ibid., pkt. 157

²³² Meddelelse fra Kommissionen, pkt. 38

som følge af den dominerende virksomheds adfærd. I den forbindelse er det bl.a. relevant at se på rabattens omfang, efterspørgselskurven samt de aktuelle konkurrenters økonomiske styrke og markedsposition, da disse momenter er afgørende for, at konkurrenterne har mulighed for at konkurrere med den dominerende virksomhed. Såfremt en konkurrerende virksomhed har mulighed for at tilbyde en tilsvarende eller mere fordelagtig rabat end den dominerende virksomhed, vil denne være lige så effektiv, hvorfor den loyalitetsskabende rabat, som tilbydes af den dominerende virksomhed, ikke vil have en ekskluderende virkning. Ønsker den dominerende virksomhed at ekskludere konkurrenten fra markedet, er det derfor en forudsætning, at bl.a. omkostningsstrukturen hos de to virksomheder er forskellige.²³³

Er der derimod ikke tale om en lige så effektiv konkurrent men en mindre effektiv konkurrent, vil en dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter ofte have en effekt på den konkurrerende virksomhed. Da der her fortsat er tale om en eksisterende konkurrent, har denne som udgangspunkt mulighed for at konkurrere med den dominerende virksomhed ved at tilbyde tilsvarende rabatter, hvorfor den ekskluderende effekt ikke vil have den store betydning på kort sigt. Dog vil den dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter kunne have en konkurrencebegrænsende effekt på længere sigt, da den mindre effektive konkurrent ikke vil have mulighed for at opretholde sit indtjeningsniveau, hvis virksomheden fortsat skal matche den dominerende virksomheds rabat. De mindre effektive konkurrenternes markedsandele og markedsposition vil således som følge heraf med stor sandsynlighed blive reduceret.²³⁴ Med udgangspunkt i AEC-testen i afsnit 3.1.3., kan der etableres en indikation for, om en dominerende virksomheds udviste adfærd har udelukket en lige så effektiv konkurrent.

Ser man på effekterne af de loyalitetsskabende rabatter på lang sigt, vil disse i højere grad negativt kunne påvirke de eksisterende konkurrenters mulighed for at konkurrere, hvorfor en dominerende virksomhed i denne situation vil kunne udgøre en reel trussel. Her er det dog afgørende, at den dominerende virksomhed har formået at "vinde" konkurrenternes tidligere kunder gennem loyalitetsskabelse. En konkurrent vil i dette tilfælde være nødsaget til at forsøge at konkurrere med den dominerende virksomhed, hvilket vil indebære meget lave priser og dermed et utilstrækkeligt indtjeningsniveau. Den dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter vil som følge heraf i sidste ende enten tvinge den konkurrerende virksomhed ud af markedet eller fratage dennes mulighed for at investere i forskning og innovation, som er en forudsætning for at bevare konkurrencedygtigheden.²³⁵

I forhold til de potentielle konkurrenter, som endnu ikke er indtrådt på et pågældende marked, kan dominerende virksomheders anvendelse af loyalitetsskabende rabatter tilmed have en negativ effekt. I en situation, hvor en virksomhed, som er en potentiel konkurrent til den dominerende virksomhed, vil forsøge at trænge ind på markedet, vil adgangsbarrierer være en af de forhold, som vil kunne vanskeliggøre adgangen hertil. Som nævnt i afsnit 3.1.2.1.1. kan en adgangsbarriere eksempelvis bestå i anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter, hvorfor sådanne rabatter, hvis de er tilbudt af en dominerende virksomhed, kan udgøre en trussel mod en potentiel konkurrent. Den dominerende virksomhed vil grundet sin store markedsandel og fordelagtige pris (qua rabatten) allerede stå stærkt på markedet, og det vil således ofte være særdeles vanskeligt for en ny potentiel konkurrent at konkurrere ved at tilbyde en tilsvarende pris, da omkostningerne forbundet hermed ofte vil være for høje til at kunne overleve på markedet.

²³³ Spector, David, Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason, Volume 1(2), Journal of Competition Policy International, 2005 (herefter Spector), s. 105-108

²³⁴ Spector, s. 105-108

²³⁵ Spector, s. 105-108

Det er udover den dominerende virksomheds egen ageren og position på markedet også relevant at tage konkurrenternes stilling i betragtning, da dette kan have en betydning for opretholdelsen af en effektiv konkurrence. En dominerende virksomheds ellers misbrugende adfærd vil således kunne opvejes af den adfærd, som en konkurrent udviser, herunder hvis konkurrenten er særligt innovativ. Dette moment kan få betydning og vil være væsentligt at inddrage i den samlede vurdering af, om en given adfærd udgør et misbrug omfattet af TEUF art. 102, også selvom konkurrenten kun måtte have en beskedent markedsandel.²³⁶

Det fremgår af Kommissionens Vejledning, at det ikke kun er den dominerende virksomheds konkurrenter, der kan udøve et konkurrencemæssigt pres men også kunderne hertil, hvorfor modstående købermagt kan have en betydning for misbrugsvurderingen. Har kunderne eksempelvis en tilstrækkelig stor størrelse eller mulighed for hurtigt at kunne skifte leverandør, kan dette forhindre eller afskrække en virksomhed fra at udøve en vis form for prisførelse. Sandsynligheden for at en virksomhed, qua dens store markedsandel, betragtes som værende dominerende, vil mindskes på markeder med stor købermagt, da den ellers dominerende virksomhed ikke vil være i stand til at handle uafhængigt af sine kunder.²³⁷ I *Kommissionens afgørelse af Intel* blev det af virksomheden selv påpeget, at de ikke kunne besidde en så stor markedsstyrke, at de udgjorde en dominerende stilling, da deres kunder besad en tilstrækkelig købermagt.²³⁸ Kommissionen var uenig heri, og konkluderede således, at der ikke forelå købermagt, hvilket talte for, at Intel var dominerende i den omtvistede periode.²³⁹

3.1.2.5. *Subjektive forhold*

Selvom en dominerende virksomhed ikke bevidst har haft til hensigt at misbruge sin stilling, som følge af anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter, vil denne adfærd alligevel kunne være omfattet af forbuddet i TEUF art. 102. Er den dominerende virksomhed derimod bevidst om de konkurrencebegrænsende virkninger ved denne adfærd, eller har virksomhedens direkte haft til hensigt at skade den effektive konkurrence, vil dette kunne tages i betragtning i forbindelse med misbrugsvurderingen. Det er således relevant at undersøge de subjektive forhold hos den dominerende virksomhed for at kunne styrke eller afkræfte formodningen for ekskluderende misbrug.

Når en dominerende virksomhed anvender loyalitetsskabende rabatter, kan dette være et udslag af en række strategiske overvejelser, som kan påvirke markedet. Såfremt en virksomhed med en dominerende stilling på et pågældende marked vælger at tilbyde en rabat til kunden, hvorved prisen kommer under kostprisen, vil den dominerende virksomhed ofte have mulighed for at tiltrække flere kunder end konkurrenterne, grundet deres lavere priser. Dette scenarie vil på kort sigt have en positiv virkning på forbrugerne og ofte medføre en loyalitetsskabende effekt. Herved binder den dominerende virksomhed kunden, hvilket hindrer en effektiv konkurrence mellem konkurrenterne på markedet. En sådan prisstrategi vil ofte resultere i et potentielt tab på den korte bane, hvorfor det må antages, at hensigten bag en sådan strategi er at eliminere konkurrenter eller vinde markedsandele. Der vil således være en formodning for, at der er tale om et misbrug, da den dominerende virksomhed ved denne strategi er villig til at lide et tab for at kunne stå stærkere på markedet. En dominerende virksomhed vil kunne få dækket dette tab, når potentielle konkurrenters adgang til markedet er mindsket ved at opkræve højere priser fra

²³⁶ Kommissionens Vejledning, pkt. 20

²³⁷ Kommissionens Vejledningen, pkt. 18

²³⁸ COMP/C-3/37.990 – *Intel*, pkt. 885

²³⁹ *Ibid.*, pkt. 911

de kunder, der oprindeligt er blevet tilbudt rabatten. Den ellers gavnlige situation for forbrugerne vil således på lang sigt i stedet resultere i højere priser og dermed resultere i mindre eller ingen valgfrihed, da konkurrenterne som følge heraf vil kunne ekskluderes fra markedet.²⁴⁰ Det blev i *Kommissionens afgørelse af Intel* fastslået, at virksomheden havde været involveret i to separate typer af ekskluderende misbrug i form af betingede rabatter og betalinger, som havde en loyalitetsskabende effekt samt de såkaldte "naked restriction".²⁴¹ Det blev konstateret, at disse to former for misbrug havde været med til at styrke hinandens ekskluderende virkninger, og derudover fandt Kommissionen tilmed, at Intel havde engageret sig i en kontinuerlig og enkel strategi med det formål at udelukke konkurrenten AMD fra markedet.²⁴²

Hvor der ikke blot er tale om en formodning for en elimineringsplan men derimod et direkte bevis på, at den dominerende virksomhed har haft til hensigt at ekskludere konkurrenterne fra markedet, vil dette forhold være særdeles relevant at inddrage i en misbrugsvurdering.²⁴³

3.1.3. "As-Efficient-Competitor"-testen

I forbindelse med vurderingen af en dominerende virksomheds anvendelse af bl.a. rabatordninger, samt konsekvenserne herved, foreslår Kommissionen i Vejledningen en mere effektbaseret tilgang til prisbaseret adfærd gennem en AEC-test. Denne test kan anvendes som rettesnor, når der skal tages stilling til, i hvilken udstrækning den dominerende virksomheds udviste adfærd enten kan forhindre en lige så effektiv konkurrent i at komme ind på markedet, eller udelukke en lige så effektiv konkurrent fra markedet ved at anvende priser, som er lavere end omkostningsniveauet og dermed gøre det vanskeligere for konkurrenterne at dække en del af kundernes efterspørgsel.²⁴⁴ Kommissionen skitserer herved en økonomisk analytisk ramme, hvorefter en rabat kun er ulovlig, hvis den afskærmer lige så effektive konkurrenter som den dominerende virksomhed selv.

Hvis det ved brug af testen kan konkluderes, at en lige så effektiv konkurrent har mulighed for at konkurrere med rabatten, som tilbydes af den dominerende virksomhed, vil dette ikke resultere i negative konsekvenser for markedet og dermed heller ikke for forbrugervelfærd. Dette vil tale i den modsatte retning af et misbrug efter TEUF art. 102.²⁴⁵ Baggrunden for testen er at fastslå, at den dominerende virksomhed sandsynligvis ikke udelukker konkurrenter fra markedet, hvis den effektive pris²⁴⁶, der kræves for den konkurrencedygtige mængde, dækker produktionsomkostningerne for en lige så effektiv konkurrent.²⁴⁷

Den prisbaserede adfærd kan have forskellige ekskluderende virkninger afhængigt af, hvor effektive konkurrenterne er på det pågældende marked. Dette skyldes, at en meget effektiv konkurrent muligvis vil kunne trives på det pågældende marked, hvor den dominerende virksomhed anvender en prisbaseret adfærd, hvorimod en mindre effektiv konkurrent vil kunne risikere at blive udelukket fra markedet. En effektiv konkurrent er altså her en hypotetisk konkurrent,

²⁴⁰ Niels, s. 226

²⁴¹ Naked Restrictions: En dominerende virksomheds betalinger til deres kunder, for at forsinke, annullere eller på anden måde begrænse markedsføringen af en konkurrents produkt og sandsynligvis gøre markedsadgangen vanskeligere for denne konkurrent samt undergrave konkurrencestrukturen, jf. T-286/09 (offentliggørelse som uddrag), *Intel Corp. mod Europa-Kommissionen*, pkt. 8

²⁴² COMP/C-3/37.990 – *Intel*, pkt. 917

²⁴³ Kommissionens Vejledning, pkt. 20

²⁴⁴ Kommissionens Vejledning, pkt. 25

²⁴⁵ *Ibid.*, pkt. 23-27

²⁴⁶ Den effektive pris: den normale pris (listepri) minus den rabat, kunden mister ved at skifte leverandør, beregnet for den relevante mængde og i den relevante periode.

²⁴⁷ Bergqvist, 2017, s. 42

der har de samme omkostninger som den dominerende virksomhed.²⁴⁸ Testen er således ikke relevant i tilfælde, hvor en dominerende virksomhed har en så høj markedsstruktur, at det i sig selv gør det umuligt at have lige så effektive konkurrenter.²⁴⁹ I situationer, hvor der hersker tvivl om, hvorvidt en dominerende virksomheds brug af rabatter udelukker en lige så effektiv konkurrent som den pågældende virksomhed selv og der dermed er tale om et misbrug, kan AEC-testen således med fordel anvendes som vejledning. AEC-testen bygger på en sammenligning af de af den dominerende virksomhed anvendte priser, afholdte omkostninger samt en vurdering af virksomhedens strategier.^{250 251}

3.1.3.1. AEC-testens fire faser

AEC-testen kan overordnet inddeles i fire faser, hvor det første trin fokuserer på beregningen af den konkurrencedygtige mængde, altså mængden af produkter, som kunden hos den dominerende virksomhed reelt vil kunne købe hos en konkurrent i stedet. Hvor stor den konkurrencedygtige mængde præcis er, kan være vanskelig at afgøre, da størrelsen ifølge Kommissionen kan variere alt afhængig af flere faktorer. Et "must-have-brand" kan være medvirkende til at reducere den konkurrencedygtige mængde, da det i visse tilfælde vil være nødvendigt for en kunde at købe netop dette brand (uanset prisen). Den konkurrencedygtige mængde vil således kun omfatte den mængde som ikke er berørt af must-have-brandet, og dermed ikke den totale efterspurgte mængde.²⁵² En anden faktor, som kan påvirke konkurrencemængdens størrelse, er kapacitetsbegrænsninger. Selvom kunden måske både er villig og i stand til at skifte til en konkurrerende virksomhed, har den konkurrerende virksomhed muligvis ikke den nødvendige kapacitet til at levere den ønskede mængde. Eksisterer der sådanne kapacitetsbegrænsninger bevirker dette, at den dominerende virksomhed med sikkerhed vil få afsat en del af kundens efterspurgte mængde af en bestemt vare, da den dominerende virksomhed her vil være en uundgåelig handelspartner.^{253 254} Et tredje forhold kan være, at kunden kun vælger at købe fra én virksomhed. I tilfælde, hvor besparelserne i transaktionsomkostningerne har afgørende betydningen, vil kunden netop foretrække kun at købe fra en enkelt virksomhed, som er i stand til at levere den fulde mængde af produkter, som denne har brug for (switching costs).²⁵⁵ Det kan dermed være en hindring for en virksomhed med et smalt udbud at kunne tilfredsstille sådanne kunder.²⁵⁶ Hvis kunderne står overfor høje "switching costs" vil dette være medvirkende til at fastlåse kunderne hos den dominerende virksomhed, hvilket vil kunne påvirke kunderne på samme måde som et stærkt "must-have-brand".²⁵⁷

Ved det andet trin beregnes den gennemsnitlige effektive pris for den konkurrencedygtige mængde, som er den pris en konkurrent skal tilbyde for at kunne matche med den rabat, som tilbydes af den dominerende virksomhed. Jo lavere den effektive pris er, sammenlignet med den dominerende virksomheds normale pris, jo stærkere vil virkningen af rabatten være.²⁵⁸ Beregningen af den effektive pris kan illustreres ved et hypotetisk eksempel, som vist nedenfor

²⁴⁸ DG Competition discussion paper, pkt. 63

²⁴⁹ Levinsen, s. 292

²⁵⁰ Jessen, s. 256

²⁵¹ C-23/14, *Post Danmark II*, præmis 53 og 54, samt C-209/10, *Post Danmark I*, præmis 28.

²⁵² Bergqvist, 2017, s. 42

²⁵³ Den dominerende virksomhed er sikret denne mængde: Den samlede efterspørgsel - den maksimale tilgængelige kapacitet hos den konkurrerende virksomhed

²⁵⁴ Bergqvist, 2017, s. 42

²⁵⁵ Switching cost: er her de omkostninger som kunden står overfor ved at skifte fra den dominerende virksomhed til en anden virksomhed

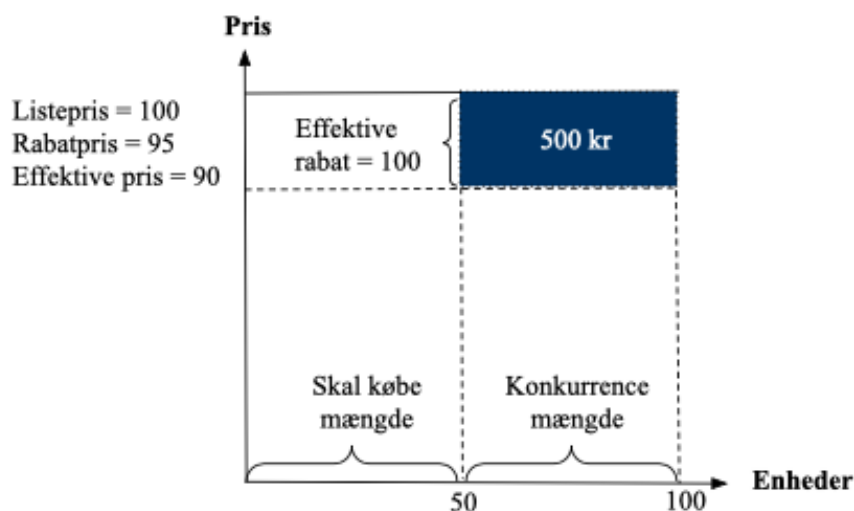
²⁵⁶ Ibid., s. 43

²⁵⁷ Bergqvist, 2017, s. 43

²⁵⁸ Ibid., s. 43

i figur 2. Det antages, at en dominerende virksomhed sælger et produkt til en listepris²⁵⁹ på 100 kr., og tilbyder kunden en rabat på 5 kr. pr. enhed, såfremt kunden køber minimum 100 enheder. Det antages endvidere, at den dominerende virksomhed har et produkt med et stærkt brand (must-have-brand), og at kunderne derfor vil købe en minimumsmængde på 50 enheder. Konkurrenterne til den dominerende virksomhed har således mulighed for at konkurrere om de resterende 50 enheder²⁶⁰, som er den konkurrencedygtige mængde. Denne mængde kan den konkurrerende virksomhed vinde ved at tilbyde en større rabat end den dominerende virksomhed. Såfremt en kunde køber alle 100 enheder fra den dominerende virksomhed, vil den effektive pris, som en konkurrent ville skulle matche, være 90 kr. I en situation som denne vil der for en køber være to fordelagtige muligheder, hvoraf den første ville være at købe alle enhederne fra den dominerende virksomhed, hvilket ville resultere i en samlet købspris på 9500 kr.²⁶¹ Den anden mulighed ville være at opdele købet lige mellem den dominerende virksomhed og en konkurrent hertil. Dette vil indebære en samlet betaling på 5000 kr.²⁶² for de 50 enheder købt hos den dominerende virksomhed, da kunden i denne situation ikke opnår rabatten. For at være mindst lige så fordelagtig som den dominerende virksomhed, vil den konkurrerende virksomhed således skulle tilbyde de resterende 50 enheder til en samlet pris på 4500 kr. Dette indebærer, at konkurrenten må tilbyde en enhedspris på højst 90 kr., da det ellers vil være billigere for kunden at købe samtlige enheder fra den dominerende virksomhed.²⁶³

Figur 2 - Beregning af den effektive pris



Kilde: Bergqvist, Christian, m.fl., *Where Do We Stand on Discounts? - A Nordic Perspective*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2017 s. 44

Konkurrencemængdens størrelse vil kunne variere fra situation til situation og dermed ikke altid være 50 som illustreret ovenfor. Nedenstående graf i figur 3 viser, hvordan en konkurrerende virksomhed må tilpasse sine rabatter, såfremt en dominerende virksomhed på markedet vælger at sætte minimumsmængden op, så den konkurrencedygtige mængde dermed bliver mindre, men fortsat tilbyder en samlet rabat på 500 kr., for alle 100 enheder. Grafen illustrerer således, hvordan en mindre konkurrencemængde, som følge af den dominerende virksomheds

²⁵⁹ Listepris: pris som står i en vejledende prisliste

²⁶⁰ $100 - 50 = 50$ enheder

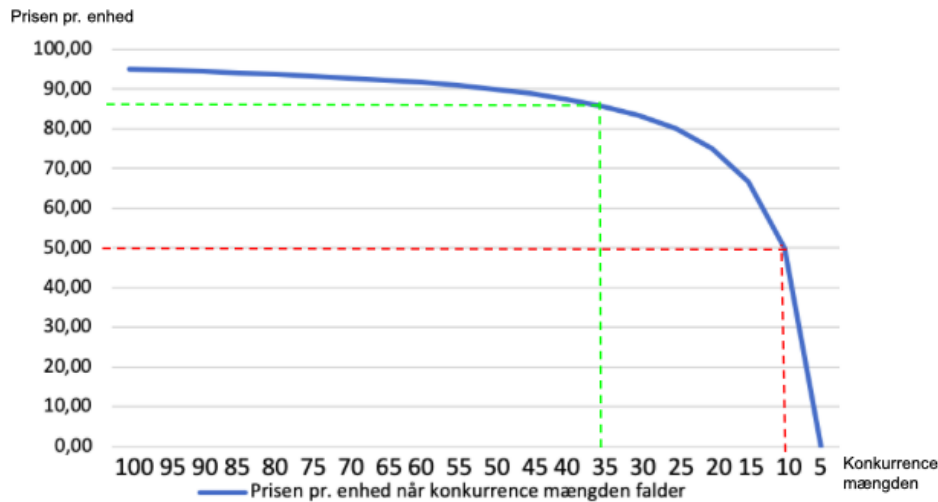
²⁶¹ $(100 - 5) * 100 = 9500$

²⁶² $50 * 100 = 5000$

²⁶³ Bergqvist, 2017, s. 43-44

adfærd, vil tvinge den konkurrerende virksomhed til at tilbyde en lavere enhedspris, hvis det skal være fordelagtigt for køberen at splittet sine køb op og få dækket sit købsbehov hos begge virksomheder. Jo lavere den konkurrencedygtige mængde er, jo lavere vil den konkurrerende virksomhed være nødsaget til at sætte prisen.

Figur 3 - Pris pr. enhed for konkurrenten ved forskellige størrelser af konkurrencemængden



Kilde: Hjelmeng, Erling J. & Sørgard, Lars, *Konkurrensepolitik, Fagbokforlaget, 2014. s. 345 samt egne beregninger.*

Enhedsprisen på den konkurrerende virksomheds produkter vil kunne beregnes ud fra følgende formel: $100 - (500/x)$, hvor de 100 er prisen pr. enheden uden rabat, de 500 er den totale rabat som gives af den dominerende virksomhed ved køb af alle 100 enheder, og x er konkurrencemængden. I nedenstående to eksempler anvendes denne formel.

I det første eksempel antages det, at den dominerende virksomhed har en minimumsmængde på 65, og den konkurrencedygtige mængde vil dermed være 35. Ved at anvende ovenstående formel, vil enhedsprisen som den konkurrerende virksomhed maksimalt kan tage, for at være fordelagtigt for kunden, således være $100 - (500/35) = 85,71$ kr. Såfremt den konkurrerende virksomhed sætter prisen pr. enhed højere end dette, vil det for køberen ikke kunne betale sig at handle ved begge virksomheder og kunden vil i stedet få dækket hele sit behov hos den dominerende virksomhed alene. I det andet eksempel antages den konkurrencedygtige mængde i stedet at være 10, og prisen som den konkurrerende virksomhed kan tage pr. enhed, vil i stedet være $100 - (500/10) = 50$ kr.

Det kan ud fra ovenstående udledes, at både størrelsen på den konkurrencedygtige mængde, men også rabatten har betydning, da den konkurrerende virksomhed skal have dækket sine gennemsnitlige totale omkostninger (ATC), for at kunne opnå en profit. Såfremt den konkurrerende virksomhed ikke opnår en profit, grundet den lave enhedspris som følge af den dominerende virksomheds rabatordning, vil den konkurrerende virksomhed ikke kunne konkurrere lige så effektivt som den dominerende virksomhed og vil således blive afskærmet fra markedet.

Det tredje trin i AEC-testen fokuserer på at beregne de omkostninger, som en lige så effektiv konkurrent vil kunne pådrage sig ved at levere den konkurrencedygtige mængde, som nævnt ovenfor under første trin. Da der netop er fokus på omkostningerne for en lige så effektiv konkurrent, er de relevante omkostninger baseret på den dominerende virksomheds omkostninger. Dette sammenligningsgrundlag omfatter de gennemsnitlige undgåelige omkostninger (AAC), og de langsigtede, gennemsnitlige meromkostninger (LRAIC).^{264 265} AAC dækker over alle de omkostninger, som en virksomhed kunne have undgået, hvis den ikke havde produceret den relevante produktion. LRAIC omfatter alle de gennemsnitlige omkostninger, både variable og faste, som en virksomhed har i forbindelse med fremstillingen af et bestemt produkt. I modsætning til AAC, inkluderer LRAIC også omkostningerne i forbindelse med udviklingen af et nyt produkt eller service, samt andre produktspecifikke faste omkostninger, foretaget inden perioden for misbruget.²⁶⁶

Det fjerde og sidste trin i testen omhandler sammenligningen af den effektive pris og den dominerende virksomheds omkostninger, hvilket ses i *Tabel 2*. Det skal herudfra vurderes, om rabatten (tilbudt af den dominerende virksomhed) potentielt er i stand til at udelukke en lige så effektiv konkurrent fra markedet.²⁶⁷ Ud fra Kommissionens Vejledning samt retspraksis såsom sag C-62/86, *AKZO* og sag C-209/10, *Post Danmark I*, er en rabat ikke i stand til at afskærme konkurrenter, og dermed begrænse konkurrencen, hvis den effektive pris er højere end de gennemsnitlige totale omkostninger (ATC). Dette skyldes, at priser over ATC giver effektive konkurrenter mulighed for at dække både de inkrementelle, men også de fælles omkostninger på lang sigt, jf. kriterierne i *AKZO*.^{268 269} Ligger den effektive pris derimod under AAC, vil en lige så effektiv konkurrent ikke med fordel kunne tilbyde en pris, svarende til den effektive pris, hvorfor en sådan rabat vil være i stand til at udelukke en lige så effektiv konkurrent.²⁷⁰ Opstår en situation, hvor den effektive pris er mellem AAC og ATC, befinder man sig i en "grå zone", hvor det vil være nødvendigt at undersøge yderligere faktorer for at kunne konkludere, om en lige så effektiv konkurrent vil kunne påvirkes af den dominerende virksomheds misbrug gennem anvendelsen af rabatter. Det er i denne sammenhæng relevant at undersøge, hvorvidt de konkurrerende virksomheder har realistiske og effektive modstrategier til rådighed. Såfremt dette ikke er tilfældet, vil det nøje skulle overvejes om rabatordningen er i stand til at udelukke en lige så effektiv konkurrent.²⁷¹

²⁶⁴ Langsigtede, gennemsnitlige meromkostninger: gennemsnittet af alle de (variable og faste) omkostninger, som en virksomhed afholder for at kunne fremstille et bestemt produkt

²⁶⁵ Bergqvist, 2017 s. 44

²⁶⁶ *Ibid.*, s. 44-45

²⁶⁷ *Ibid.*, s. 45

²⁶⁸ *Ibid.*, s. 45-46

²⁶⁹ C-62/86, *AKZO*

²⁷⁰ Bergqvist, 2017 s. 46

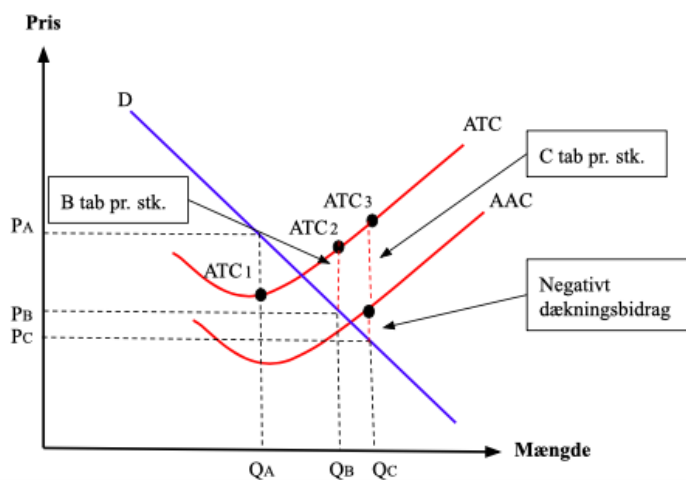
²⁷¹ *Ibid.*, s. 46

Tabel 2 - Fortolkning af "As-efficient-competitor test"

Pris	Testresultat	Fortolkning	Konkurrence effekt
	$P > ATC$	Rabatten har ikke afskærmende virkninger på lige så effektive konkurrenter	Positiv
	$AAC < P < ATC$	Andre faktorer, skal undersøges for at kunne konkludere, at lige så effektive konkurrenter påvirkes	Grå zone
	$P < AAC$	Rabatten har afskærmende virkninger på lige så effektive konkurrenter	Negativ

Kilde: Bergqvist, Christian, m.fl., *Where Do We Stand on Discounts? - A Nordic Perspective*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2017 s. 47

Figur 4 - Fortolkning af "As-efficient-competitor test" som figur



Kilde: Egne tilvirkning

Ovenstående situationer i Tabel 2 kan ligeledes illustreres som vist i figur 4. I situationen, hvor $P > ATC$, vil den konkurrerende virksomhed opnå en positiv profit ($P > ATC_1$), og dermed være lige så effektiv som den dominerende virksomhed. Sidstnævntes anvendelse af loyalitetsskabende rabatter vil derfor ikke have en afskærmende virkning, hvilket vil tale i den modsatte retning af et misbrug omfattet af art. 102. Prisen vil her være P_A og mængden Q_A . Såfremt den effektive pris er lavere end de gennemsnitlige totale omkostninger, men større end de variable omkostninger ($AAC < P < ATC$), vil der være et positivt dækningsbidrag, da $AAC < P_B$. Denne situation indebærer dog også at $P_B < ATC_2$, og den konkurrerende virksomhed lider dermed et tab pr. stk. Det er i *AKZO* fastslået, at denne situation må anses for at udgøre et misbrug,

når omkostningerne fastsættes som en led i en elimineringsplan.²⁷² Det vil her være nødvendigt at undersøge øvrige faktorer i den konkrete sag, for at kunne konkludere hvorvidt rabatten, tilbudt af den dominerende virksomhed, er i stand til at udelukke en lige så effektiv konkurrent. I dette tilfælde er prisen PB og mængden QB. Den sidste situation der kan opstå som følge af en dominerende virksomheds anvendelse af rabatter, er hvor $P < AAC$. Her vil den konkurrerende virksomhed hverken få dækket sine gennemsnitlige undgåelige omkostninger (AAC), hvilket vil resultere i et negativt dækningsbidrag, eller de samlede totale omkostninger ATC3. Dette illustreres ved prisen PC og mængden QC. Såfremt den dominerende virksomhed tilbyder priser, der er lavere end de gennemsnitlige variable omkostninger, vil dette generelt betragtes som et misbrug, da en sådan ageren må formodes udelukkende at have til formål at ekskludere konkurrenter fra markedet, jf. *AKZO*, præmis 71. Figuren illustrerer tilmed, at den konkurrerende virksomhed i denne situation lider et tab pr. producerede enhed. Rabatten vil således have en afskærmende virkning på den konkurrerende virksomhed, og dermed en lige så effektiv konkurrent, hvilket vil have en negativ påvirkning på konkurrencen.

3.1.3.2. AEC-testens betydning i retspraksis

Som tidligere nævnt kan AEC-testen anvendes som et redskab i tilfælde, hvor der hersker tvivl om, hvorvidt en dominerende virksomheds brug af rabatter indebærer et misbrug af deres stilling ved at udelukke lige så effektive konkurrenter som den pågældende virksomhed selv. På trods heraf har både Kommissionen, Retten, Domstolen samt fællesskabsdomstolene²⁷³ taget en række forbehold over for testen som grundlag for en misbrugsanalyse.²⁷⁴ Det er bl.a. i *British Airways* blevet vurderet, at de avancerede beregninger, som AEC-testen indeholder, ikke er relevante, da det i denne sag i stedet var virksomhedens udviste adfærd og evne til at virke fortrængende for kunderne, der var relevant. Ydermere er det i Konkurrencerådets afgørelse af *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*²⁷⁵ direkte fastslået af Konkurrencerådet, at anvendelsen af testen vil kunne resultere i forkerte resultater, hvorfor man ikke har anset sig for værende bundet heraf.²⁷⁶ Uvisheden omkring AEC-testens relevans fremgår tilmed af afgørelserne i *Intel*, hvor både Domstolen, Retten og Kommissionen har indtaget forskellige holdninger til testens betydning.

I *Kommissionens afgørelse af Intel* fandt Kommissionen, at anvendelsen af de loyalitetsskabende rabatter efter deres art kan være konkurrencebegrænsende, hvorfor det ikke blev fundet nødvendigt at undersøge de øvrige omstændighederne i sagen. Dog valgte Kommissionen alligevel at foretage en AEC-test med henblik på at vurdere, om Intels anvendelse af de loyalitetsskabende rabatter, alligevel var egnet til at udelukke en lige så effektiv konkurrent.²⁷⁷ I sin analyse kom Kommissionen frem til, at en lige så effektiv konkurrent, ville have været nødsaget til at tilbyde sine x86 cpu'er, til kunderne Dell, HP, NEC og Lenovo, til en pris, der ville være under den lige så effektive konkurrents gennemsnitlige undgåelige omkostninger AAC. I forhold til detailhandleren MSH, som Intel havde betalt for udelukkende at sælge computere med Intels egne cpu'er i, ville en lige så effektiv konkurrent have været nødsaget til at tilbyde kompensationsbetalinger for at kunne matche Intels betingelser, hvilket ville have resulteret i

²⁷² C-62/86, *AKZO*, præmis 72

²⁷³ På EU-regulerede områder er nationale domstole også fællesskabs-domstole efter art. 4, stk. 3 TEU om pligt til loyalt samarbejde.

²⁷⁴ Bergqvist, 2019 s. 745

²⁷⁵ 4/0120-0100-0411, *Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem*, Konkurrencerådet 24. juni 2009, pkt. 482, note 96.

²⁷⁶ Bergqvist, 2019 s. 745

²⁷⁷ <https://www.jurainfo.dk/intel-sagen-eu-domstolen-hjemviser-sagen-fornyset-behandling/>

en nettopris under dens AAC.²⁷⁸ Som *Tabel 2* og *Figur 4* viser, ville en pris under AAC have negative effekter på konkurrencen, hvorfor Kommissionen konkluderede, at Intels adfærd kunne have eller sandsynligvis havde haft konkurrencebegrænsende afskærmningsvirkninger, da en selv lige så effektiv konkurrent ville være forhindret i at levere x86 cpu'er til ovennævnte kunders krav eller sikre, at MSH ville sælge pc'er baseret på dets x86 cpu'er.²⁷⁹

Ifølge Retten var Kommissionen ikke forpligtet til hverken at påvise rabattens mulige udelukkelsesevne, ved bl.a. at gennemføre en AEC-test, eller påvise, at rabatten var egnet til at begrænse konkurrencen.^{280 281} På trods heraf havde Kommissionen i den appellerede dom alligevel godtgjort, at de af Intel anvendte rabatter kunne begrænse konkurrencen på markedet. I forhold til AEC-testen understregede Retten, at denne var overflødig i dette tilfælde, da den kun er relevant i forbindelse med prismisbrug, og at det ved eksklusivitetsrabatter er eksklusiviteten, og ikke prisen, der medfører konkurrencebegrænsende virkninger.²⁸² Det var derfor også irrelevant, om Kommissionen, som på trods af Rettens konstateringer, havde udført en AEC-test, og om testen var gennemført korrekt. Retten anså således Intels rabatter for per se at udgøre et misbrug, såfremt eksklusivitet blev påvist. Retten fastslog, at Intels rabatter til de fire største computerproducenter Dell, Lenovo, HP og NEC var eksklusivitetsrabatter, da de var betingede af, at producenterne købte alle eller størstedelen af deres køb hos Intel selv.²⁸³

I forhold til Rettens vurdering af AEC-testens betydning, og hvornår denne test skal anvendes, er dette spørgsmål sidenhen blevet revurderet i *Post Danmark II*. Domstolen har i denne sag fastslået, at AEC-testen er et redskab, som bl.a. kan anvendes ved vurderingen af, hvorvidt der foreligger misbrug af en dominerende stilling i forbindelse med en rabatordning, og det er således ikke et krav, at testen gennemføres.^{284 285} Domstolen vurderede i denne sag, at en udførelse af AEC-testen var unødvendig, da Post Danmarks høje markedsandel resulterede i en markedsstruktur, der gjorde det umuligt at have en lige så effektiv konkurrent.²⁸⁶ Afgørelsen i *Post Danmark II*, skal dog ikke tolkes således, at AEC-testen ikke kan anvendes i andre sager omhandlende rabatsystemers overtrædelse af TEUF art. 102, da testen kan være relevant at inddrage i den konkrete vurdering.²⁸⁷

Dog har Domstolen med den seneste afgørelse i *Intel* fra september 2017 konkluderet, at Rettens manglende hensyntagen til bl.a. AEC-testen, kan have haft en reel betydning for vurderingen af rabatternes evne til at udelukke konkurrenter.²⁸⁸ Da Retten ikke undersøgte Intels rabatter samt virkningerne heraf, var der ifølge Domstolen begået en retlig fejl, hvorfor Domstolen ophævede dommen og sendte den tilbage til Retten til en revurdering. Retten er således forpligtet til at undersøge alle Intels argumenter samt gennemføre en AEC-test for at kunne konstatere, om de omtvistede rabatter reelt har haft en negativ indflydelse på den effektive konkurrence på markedet.²⁸⁹ Det står fortsat uklart, om Domstolens behov for en nærmere analyse

²⁷⁸ COMP/C-3/37.990 – *Intel*, pkt 1574

²⁷⁹ *Ibid.*, pkt 1575

²⁸⁰ Sag T-286/09, *Intel*, præmis 143

²⁸¹ *Ibid.*, præmis 80

²⁸² *Ibid.*, præmis 152

²⁸³ *Ibid.*, præmis 79

²⁸⁴ Bergqvist, 2017 s. 48

²⁸⁵ C-23/14, *Post Danmark II*, præmis 59

²⁸⁶ *Ibid.*, præmis 59

²⁸⁷ *Ibid.*, præmis 58

²⁸⁸ Bergqvist, 2017 s. 48

²⁸⁹ Press Release No 90/17

af effekten af de omtvistede rabatter alene kan begrundes i Kommissionens mulige fejlantagelser i AEC-testen, eller om det i stedet skyldes et ønske om at vurdere misbruget i lyset af dets effekt, jf. Kommissionens Vejledning fra 2009.²⁹⁰ Domstolens afgørelse bekræfter således den mere effektbaserede tilgang til rabatter, hvor den tiltalte dominerende virksomhed, såfremt denne har mulighed for det, kan forelægge et virkningsbaseret bevis på, at de anvendte rabatter ikke har en konkurrencebegrænsende effekt.²⁹¹

Retten har endnu ikke revurderet afgørelsen i *Intel*, så spørgsmålet om hvorvidt brugen af de loyalitetsskabende rabatter samt “naked restrictions” udgør et misbrug omfattet af TEUF art. 102, står fortsat åbent, og betydning af AEC-testen er derfor stadig uklar.

3.2. Kan loyalitetsskabende rabatter omfattes af “Competition on the merits”?

Som tidligere nævnt har EU’s konkurrenceregler til formål at indføre et system, hvor konkurrencen som en del af det indre marked ikke forvrides.²⁹² Reglerne er således rettet mod beskyttelse af selve konkurrenceprocessen og dermed ikke konkurrenterne.²⁹³ Udtrykket “competition on the merits” indebærer, at en dominerende virksomhed som udgangspunkt har ret til at konkurrere på fx pris eller kvalitet med de øvrige aktører på markedet, hvorfor det ikke er utænkeligt, at der opstår situationer, hvor konkurrerende virksomheder tvinges ud af et marked som følge af en hård konkurrence. Såfremt en konkurrent er nødsaget til at forlade markedet, er det ikke nødvendigvis et tegn på misbrug, men det kan derimod være et tegn på en aggressiv, men også sund og effektiv konkurrence.²⁹⁴ ²⁹⁵ Dette kommer tilmed til udtryk i Kommissionens Vejledning, hvoraf det kan udledes, at formålet ikke kun er at beskytte konkurrenterne til den dominerende virksomhed men helt overordnet at beskytte og opretholde den effektive konkurrence.²⁹⁶ Er der tegn på en potentiel eller faktisk afskærmning, kan den dominerende virksomheds markedsadfærd således ikke altid betragtes som misbrug, medmindre det er klart, at den uretmæssigt udelukker forretningsmuligheder for sine konkurrenter.²⁹⁷ Dominerende virksomheder kan således frit styrke deres markedsposition på bekostning af deres konkurrenter, så længe de “competes on the merits”.²⁹⁸ Det er derimod fastslået i sag T-228/97, *Irish Sugar* (herefter *Irish Sugar*), at art. 102²⁹⁹ forbyder en dominerende virksomhed at udelukke konkurrenter, og dermed styrke sin markedsposition, ved at anvende andre midler end dem, der indgår i en almindelig konkurrence.³⁰⁰ Anvender den dominerende virksomhed sådanne midler, vil dette være til skade for konkurrencen og forbrugerne, hvorfor en sådan adfærd ikke vil udgøre “competition on the merits”. Hvorvidt en given adfærd udgør “competition on the merits” vil altid bero på en konkret vurdering.³⁰¹

²⁹⁰ Bergqvist, 2019, s. 724

²⁹¹ Bergqvist, 2017 s. 48-49

²⁹² C-52/09, *TeliaSonera*, præmis 22

²⁹³ C-209/10, *Post Danmark I*, præmis 21 og 22

²⁹⁴ *Ibid.*, præmis 21 og 22

²⁹⁵ Generaladvokat N. Wahl, pkt. 41

²⁹⁶ Kommissionens Vejledning, pkt. 6

²⁹⁷ Gyselen, Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, 2003 (herefter Gyselen), pkt. 21

²⁹⁸ Gyselen, pkt. 11

²⁹⁹ På det tidspunkt art. 86

³⁰⁰ T-228/97, *Irish Sugar*, præmis 111

³⁰¹ 18/04542, Konkurrencerådets afgørelse, Falcks ekskluderende misbrugsadfærd på det danske marked for ambulancetjenester, 30. januar 2019, pkt. 38

I *Post Danmark I* er det blevet fastslået, at ikke enhver ekskluderende adfærd nødvendigvis skader den effektive konkurrence i tilfælde, hvor en mindre effektiv konkurrent til den dominerende virksomhed udelukkes fra markedet. Dette skyldes, at en mindre effektiv konkurrent også vil være mindre interessant for forbrugerne, hvorfor en udelukkelse af disse blot vil være en del af en naturlig konkurrence.³⁰² Domstolen accepterer således en ekskluderende adfærd, såfremt denne kan omfattes af begrebet “competition of the merits”, hvor konkurrenten, der udelukkes som følge heraf, ikke er lige så effektiv, som den dominerende virksomhed selv.³⁰³ Dette er blandt andet fastslået i sag T-65/89, *BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen*, hvor Kommissionen understreger, at en dominerende virksomheds ekskluderende adfærd kun kan accepteres med henvisning til “competition on the merits”.³⁰⁴

Det er i retspraksis endnu ikke direkte fastslået, hvorvidt en loyalitetsskabende rabat kan omfattes af begrebet “competition on the merits”. Domstolen har gentagne gange fastslået, at en dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter omfatter anvendelsen af andre midler end dem, der indgår i en almindelig konkurrence, hvilket kan tyde på, at en sådan adfærd ikke vil kunne omfattes af begrebet.³⁰⁵ Dette fremgår bl.a. af *Michelin II*, hvori det er konstateret, at “en markedsdominerende virksomhed må således ikke bruge andre midler end en konkurrence på ydelser (competition on the merit)”,³⁰⁶ samt *Irish Sugar*, jf. ovenfor. Det er dog ligeledes fastslået i retspraksis, at udelukkelse af en mindre effektiv konkurrent, som følge af den udviste adfærd, ikke vil udgøre et misbrug, hvorfor det fortsat er uklart, om loyalitetsskabende rabatter kan forsvares med “competition on the merits”. Da man i forbindelse med vurderingen af, om loyalitetsskabende rabatter kan udgøre et misbrug, er begyndt at anvende en mere effektbaseret tilgang, vil det i fremtidige sager være nærliggende at se på de konkurrencemæssige fordele ved sådanne rabatter. Det vil her være relevant at undersøge, om den dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter vil kunne udelukke en lige så effektiv konkurrent, som nævnt i afsnit 3.1.3. I de tilfælde, hvor den effektive pris er over omkostningsniveauet, vil der kunne argumenteres for, at en dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter blot er en del af den almindelige konkurrence (competition on the merits), da lige så effektive konkurrenter ikke udelukkes fra markedet som følge heraf. I sådanne tilfælde vil det således kun være mindre effektive konkurrenter der vil risikere at blive ekskluderet, hvilket ikke er omfattet af forbuddet i TEUF art. 102. Fastsættes den effektive pris derimod under omkostningsniveauet, vil dette kunne resultere i en udelukkelse af lige så effektive konkurrenter, og dermed udgøre et ekskluderende misbrug. Ydermere er der ingen økonomisk formodning for, at anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter ikke kan udgøre “competition on the merits”, hvilket tilmed taler for at loyalitetsskabende rabatter kan omfattes af begrebet.³⁰⁷

3.3. Objektiv begrundelse samt effektivitetsgevinster

I modsætning til TEUF art. 101, indeholder TEUF art. 102 ingen undtagelsesbestemmelse, og retspraksis har derfor generelt været afvisende over for en undtagelse til denne regel.³⁰⁸ Dom-

³⁰² C-209/10, *Post Danmark I*, præmis 22

³⁰³ *Ibid.*, præmis 25

³⁰⁴ T-65/89, *BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen*, præmis 113

³⁰⁵ Zenger, Hans, *Loyalty Rebates and the Competitive Process*, *Journal of Competition Law & Economics*, 2012, (herefter Zenger) s. 5

³⁰⁶ T-203/01, *Michelin II*, præmis 97

³⁰⁷ Zenger, s. 46

³⁰⁸ Beyer, s. 148

stolen har dog fastslået, at der i TEUF art. 102 alligevel kan indfortolkes et såkaldt effektivitetsforsvar.³⁰⁹ Dette princip blev for alvor slået fast af Domstolen i 2007 i *British Airways*, men blev allerede anerkendt inden da i en række af Kommissionens afgørelser efter 2004, heriblandt sag COMP/C-3/37.792, *Microsoft I*³¹⁰ og sag COMP/E-1/38.133, *Prokent-Tomra*.³¹¹ ³¹² Det er dermed muligt for virksomheder med en dominerende stilling at retfærdiggøre en potentiel konkurrencebegrænsende adfærd, såfremt det kan påvises, at den udviste adfærd skaber betydelige effektivitetsgevinster eller kan begrundes objektivt, jf. *Post Danmark I*^{313 314} og *Hoffmann-La Roche*.³¹⁵ Selv en adfærd, der har resulteret i en afskærmning af konkurrenter fra markedet, vil kunne begrundes, såfremt effektivitetsgevinsterne som følge heraf er så store, at de ikke påvirker forbrugerne i en negativ retning. En dominerende virksomheds ellers ekskluderende adfærd vil således kunne forsvares, såfremt fordelene som følge heraf opvejer ulemperne ud fra en samfundsmæssig betragtning. Denne afvejning kan først foretages efter en undersøgelse af, om den dominerende virksomheds anvendelse af rabatten, har været egnet til at udelukke lige så effektive konkurrenter fra markedet. Kommissionen vil herefter, på baggrund af faktorer, som den dominerende virksomhed ikke selv har indflydelse på, fastslå, om den udviste adfærd er absolut nødvendig, samt om den stemmer overens med den dominerende virksomheds påstand.³¹⁶

Både i forhold til effektivitetsgevinsterne og den objektive begrundelse gælder det, at den dominerende virksomhed med stor sandsynlighed skal kunne bevise og dokumentere, at en række kumulative betingelser er opfyldt.³¹⁷ I henhold til effektivitetsgevinsterne skal følgende betingelser alle kunne besvares bekræftende: i) effektivitetsgevinsterne realiseres eller vil sandsynligvis realiseres som et resultat af den pågældende adfærd, ii) den pågældende adfærd er uundværlig for at kunne realisere disse effektivitetsgevinster, iii) den udviste adfærd opvejer eventuelle sandsynlige negative virkninger for konkurrencen og forbrugernes velfærd, og iv) konkurrencen om en væsentlig del af de pågældende produkter opretholdes på trods af den udviste adfærd.^{318 319} Det fremgår dog også, at såfremt en ekskluderende adfærd er medvirkende til at opretholde, skabe eller styrke en markedsstilling, der nærmer sig en monopolstilling, vil denne sjældent kunne skabe de nødvendige effektivitetsgevinster.³²⁰ Dette forhold er således relevant at tage med i vurderingen af, hvorvidt en dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetskabende rabatter reelt udgør et misbrug i henhold til TEUF art. 102.

Muligheden for at retfærdiggøre en konkurrencebegrænsende adfærd er tilmed inddraget i Kommissionens Diskussionsoplæg samt i Vejledningen. Heraf fremgår det, at der generelt findes to forskellige objektive begrundelser. Den første type begrundelse, også kaldet "objective necessity defence", forekommer, hvor den dominerende virksomhed selv er i stand til at påvise, at den ellers misbrugende adfærd faktisk er en nødvendighed grundet objektive faktorer. En

³⁰⁹ Levinsen, s. 627

³¹⁰ Kommissionens afgørelse af 24. marts 2004 i sag COMP/C-3/37.792 - *Microsoft I*

³¹¹ Kommissionens afgørelse af 29. marts 2006 i sag COMP/E-1/38.113 *Prokent-Tomra*

³¹² Witt, Anne C., *The more Economic Approach to EU Antitrust Law*, London: Bloomsbury Publishing Plc, 2016, s. 187

³¹³ C-209/10, *Post Danmark I*, præmis 41

³¹⁴ Kommissionens Vejledning, pkt. 28-29

³¹⁵ 85/76, *Hoffmann-La Roche*, præmis 89-90

³¹⁶ Meddelelse fra Kommissionen, 2008, pkt. 28

³¹⁷ Kommissionens Vejledning, pkt. 30

³¹⁸ DG Competition discussion paper, pkt. 84

³¹⁹ Meddelelse fra Kommissionen, 2008, pkt. 29

³²⁰ Kommissionens Vejledning, pkt. 30

objektiv begrundelse af denne type kan fx bestå i tekniske eller handelstekniske krav.³²¹ Den anden mulighed, kaldet “meeting competition defence”, omhandler den situation, hvor den dominerende virksomhed kan bevise, at den ellers misbrugende adfærd efter TEUF art. 102 er sket som følge af en konkurrents udviste markedsadfærd. Dette kan fx ske i form af lavere priser eller nye konkurrenters indtræden på markedet. Den dominerende virksomhed vil i en sådan situation kunne retfærdiggøre sin ændrede markedsstrategi, hvis den tilmed kan bevise, at den efter TEUF art. 102 ellers ekskluderende adfærd er sket for at minimere sit tab.³²² Det skal dog bemærkes, at “meeting competition defence” ikke er medtaget i Kommissionens Vejledning. I *Post Danmark I* argumenterede Post Danmark for, at deres individuelle målrabatter kunne begrundes i et meeting the competition defence. Konkurrencerådet fandt dog ikke, at den dominerende virksomheds udviste adfærd kunne forsvares med henvisning hertil, da Post Danmarks tilbudte rabatter var betinget af en vis købsmængde. Ydermere kunne Post Danmark ikke kunne påvise, at deres udviste adfærd skabte effektivitetsgevinster.³²³

Det er bl.a. i sag T-83/91, *Tetra Pak* (herefter *Tetra Pak*), samt *British Airways* blevet undersøgt, om den omtvistede udviste adfærd kunne begrundes objektivt.³²⁴ *Tetra Pak* omhandlede den dominerende virksomhed Tetra Paks salg og udlejning af maskiner på betingelse af, at kunderne købte kartoner hos virksomheden selv, og udelukkende brugte disse kartoner Tetra Pak argumenterede for, at deres forhandling af komplette emballeringssystemer var objektivt begrundet i hensynet til den offentlige sundhed. Her henviste de bl.a. til, at deres kartoner var langt mere sofistikerede end de almindelige emballager, som fx flasker, der vil kunne resultere i tekniske fejl og alvorlige problemer, hvorfor deres adfærd var berettiget.³²⁵ Kommissionen fandt ikke, at den af Tetra Paks udviste adfærd kunne begrundes i objektive hensyn, da de havde til formål at styrke virksomhedens dominerende stilling ved at øge kundernes økonomiske afhængighed af virksomheden selv og dermed fratage dem den frie valgfrihed af leverandører.³²⁶ Både Retten og Domstolen har efterfølgende opretholdt denne afgørelse.³²⁷ I *British Airways*, påpegede Retten, at det står en virksomhed frit for at kunne godtgøre, at dennes adfærd kan begrundes økonomiske og objektivt.³²⁸ Rettens konstaterede i denne sag, at British Airways’ provisioner ikke var økonomiske objektivt begrundede, hvilket British Airways var uenige i. British Airways gjorde gældende, at belønninger til rejsebureauer, der gav mulighed for et øget salg samt hjælp med at få dækket de høje faste omkostninger grundet tilføjelsen af flere passagerer, var en objektiv begrundelse.³²⁹ Domstolen påpegede, at bonusser og præmier, som ikke er objektivt økonomiske begrundede, anses for misbrug jf. *Hoffmann-La Roche*, præmis 90 og *Michelin I*, præmis 73.³³⁰ Det blev af Retten undersøgt, om der forelå en økonomisk objektiv begrundelse, hvilket ikke var tilfældet.³³¹ Domstolen erklærede sig enig i denne konklusion, hvorfor de ikke fandt det nødvendigt at foretage en yderligere vurdering af oplysningerne vedrørende markedet og konkurrencesituationen.³³²

³²¹ 311/84, *CBEM mod CLT og IPB*, præmis 26

³²² DG Competition discussion paper, pkt. 78

³²³ 4/0120-0204-0153/AWF/SUPO, Post Danmarks individuelle og generelle rabatter for magasinpost, 22-12-2010, pkt. 21

³²⁴ C-95/04 P, *British Airways*, præmis 69 og T-83/91, *Tetra Pak*, præmis 126, 170 og 207

³²⁵ T-83/91, *Tetra Pak*, præmis 126

³²⁶ *Ibid.*, præmis 140

³²⁷ C-333/94 P, *Tetra Pak mod Kommissionen*, præmis 37

³²⁸ C-95/04 P, *British Airways*, præmis 69

³²⁹ *Ibid.*, præmis 81

³³⁰ *Ibid.*, præmis 84

³³¹ *Ibid.*, præmis 87

³³² *Ibid.*, præmis 88

Intel påstod i *Kommissionens afgørelse af Intel*, at deres adfærd skabte effektivitetsgevinster. Ifølge Intel medførte deres krav til kunderne om eksklusivitet flere forskellige typer af effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinsterne bestod i lavere priser, skalaøkonomier, andre omkostningsbesparelser, produktionseffektivitet, risikodeling samt markedsføringseffektivitet. Intel påpegede endvidere, at betingelserne knyttet til rabatterne var nødvendige for at kunne opnå disse effektivitetsgevinster.³³³ Denne påstand blev afvist med henvisning til, at virksomheden ikke havde fremlagt tilstrækkelige beviser for, at deres udviste adfærd var egnet til at opnå disse gevinster.³³⁴ Intel hævdede, at den intense priskonkurrence mellem Intel og konkurrenten AMD, samt de rabatter som blev ydet af Intel, var en del af en effektiv konkurrence. Endvidere gjorde Intel gældende, at dette frembragte meget betydelige forbrugerfordele i form af lavere forbrugerpriser. Kommissionen fandt dog, at det ikke kunne påvises, at disse fordele forelå som et resultat af Intels anvendelse af rabatbetingelserne. Ovennævnte betingelse ii) var således ikke opfyldt, hvorfor en effektivitetsgevinst ikke kan forsvare Intels adfærd. Kommissionen konstaterede derved, at Intel ikke kunne fremlægge bevis for, hvorfor netop disse rabatbetingelser ville give yderligere "lavere priser" sammenholdt med en rabat, som ikke havde haft en loyalitetsskabende effekt.³³⁵ Afvisning grundet manglende bevis gjorde sig tilsvarende gældende i *Motorola* og *Google*,³³⁶ og det tyder derfor på, at Kommissionen stiller store krav til den dominerende virksomheds bevisbyrde.³³⁷

Det er endnu ikke lykket for en dominerende virksomhed i en sag om loyalitetsskabende rabatter at bevise, at dennes adfærd er objektivt begrundet eller til gavn for forbrugerne.³³⁸ Da Retten endnu ikke har foretaget en revurdering af Domstolens afgørelse af *Intel*, står det fortsat uklart, om Intels adfærd potentielt set kan begrundes objektivt eller forklares i effektivitetsgevinster.

4. Konklusion og perspektivering

EU-konkurrenceretten har til formål at beskytte den effektive konkurrence, hvorfor der i TEUF art. 102 er nedsat et forbud mod, at virksomheder med markedsdominans misbruger deres stilling. Det kan ud fra ordlyden af bestemmelsen udledes, at en række kumulative betingelser skal være opfyldt, før en given adfærd kan omfattes af TEUF art. 102. Formålet med nærværende afhandling har været at analysere, i hvilket omfang loyalitetsskabende rabatter kan indebære et ekskluderende misbrug omfattet af TEUF art. 102, samt disse rabatters påvirkning af markedet.

EU-domstolen har traditionelt anvendt den formbaserede tilgang på den konkurrenceretlige vurdering af rabatter, og en dominerende virksomheds adfærd er blevet anset for at udgøre et misbrug i strid med TEUF art. 102, såfremt rabatten/adfærden har været egnet til at begrænse konkurrencen. Kvantumsrabatter er således per se blevet anset for at være en lovlig adfærd, hvorimod anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter, herunder eksklusivitets og retroaktive rabatter, per se har været anset som et misbrug omfattet af TEUF art. 102. Den formbaserede tilgang har således udelukkende taget udgangspunkt i rabattens form uden, at der samtidig er foretaget en yderligere vurdering af de faktiske eller potentielle økonomiske virkninger på markedet. De positive samfundsmæssige effekter, der kan være en konsekvens af anvendelsen af

³³³ COMP/C-3/37.990 – *Intel*, pkt. 1632

³³⁴ *Ibid.*, 1633-1639

³³⁵ *Ibid.*, 1633-1634

³³⁶ AT.39985 — *Motorola* — *Enforcement of GPRS standard essential patents* og AT.39740 — *Google Search (Shopping)*

³³⁷ Bergqvist, 2019, s. 88

³³⁸ Friend, s. 25

rabatter, såsom mere fordelagtige priser for forbrugeren, nye produkter eller reduceret sandsynlighed for dobbeltmarginalisering, er heller ikke blevet taget i betragtning. EU-konkurrenceretten er af denne grund blevet mødt med en del kritik, da den manglende vurdering af markedsforholdene bl.a. har kunnet resultere i, at ikke-konkurrencebegrænsende rabatsystemer er blevet omfattet af det generelle forbud. Ydermere har kritikken også gået på, at tilgangen ikke stemmer overens med TEUF art. 102, da denne bestemmelse har til formål at beskytte forbrugere og konkurrencen og ikke konkurrenterne til den dominerende virksomhed. Konkurrencemyndighederne har bl.a. med Kommissionens offentliggørelse af Vejledningen gradvist åbnet op for en mere økonomisk og effektbaseret tilgang til vurderingen af rabatter, hvorefter de egentlige virkninger, som følge af rabattens tilstedeværelse, skal vurderes. Dette paradigmeskifte indebærer, at rabatter ikke kan antages at udgøre et misbrug, før det på baggrund af en nærmere konkret undersøgelse kan konstateres, at adfærden har resulteret i en begrænsning af den effektive konkurrence. Det er således den sandsynlige eller faktiske konkurrencebegrænsende effekt af en anvendt rabat, der er i centrum, når det skal vurderes, hvorvidt den udviste adfærd udgør et misbrug i henhold til TEUF art. 102.

Det har i relation til nærværende afhandling været relevant at vurdere, hvorvidt loyalitetsskabende rabatter kan have karakter af en konkurrenceretligt ulovlig ekskluderende adfærd. I konkurrencemæssig henseende er rabatter som udgangspunkt uproblematisk, da de blot er en del af en almindelig priskonkurrence, men såfremt rabatter anvendes af en virksomhed med en dominerende stilling, kan adfærden resultere i en forvridning af konkurrencen. Virksomheder med markedsdominans skal derfor være særligt påpasselige i deres ageren, da deres adfærd let vil kunne resultere i en hindring af den effektive konkurrence i henhold til TEUF art. 102. For at kunne vurdere, om en virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter udgør et ekskluderende misbrug omfattet af TEUF art. 102, er det derfor nødvendigt at foretage en misbrugsvurdering af de retlige og økonomiske aspekter, som indebærer en egnethedsvurdering samt en undersøgelse af samtlige omstændigheder. En vurdering af samtlige omstændigheder kan enten styrke eller mindske formodningen for ekskluderende misbrug i tilfælde, hvor dominerende virksomheder benytter sig af loyalitetsskabende rabatter. I relation hertil må kriterierne og reglerne for tildelingen af rabatterne til kunderne undersøges, samt om den udviste adfærd har begrænset eller fjernet kundernes valgfrihed og dermed ekskluderet eller hindret adgangen til markedet for konkurrenter. Faktorer som den dominerende virksomheds markedsandel, markedsdækning, rabatsystemets gennemsigtighed og varighed, kan tillige inddrages i vurderingen af en sags samtlige omstændigheder, med henblik på at klarlægge, om den loyalitetsskabende rabat har været egnet til at begrænse konkurrencen.

Et misbrug kan bl.a. have karakter af ekskluderende adfærd, hvilket dækker over den situation, hvor en dominerende virksomhed udnytter sin stærke markedsposition til at ekskludere konkurrenter fra markedet. Det kan konkluderes, at loyalitetsskabende rabatter kan indebære et ekskluderende misbrug, såfremt betingelserne i TEUF art. 102 er opfyldt, og at der derudover er foretaget en vurdering af samtlige omstændigheder, hvorudfra det kan konstateres, at den udviste adfærd er egnet til at ekskludere konkurrenter fra markedet. Det er ifølge retspraksis dog fortsat uklart, hvorvidt det er tilstrækkeligt blot at konstatere et misbrug på baggrund af rabattens form, eller om det er nødvendigt at foretage en vurdering af rabattens egentlige effekter på markedet. Domstolens seneste afgørelse i *Intel* tyder på, at det ikke længere er nok blot at fastslå, at en loyalitetsskabende rabat er egnet til at begrænse konkurrencen og dermed per se udgør et ekskluderende misbrug, men at en vurdering af den faktiske markedspåvirkning ved bl.a. en inddragelse af AEC-testen kan være nødvendig i forbindelse med en fyldestgørende misbrugsvurdering. Kommissionens Vejledning, hvori AEC-testen fremgår, er dog ikke bindende, hvorfor vigtigheden samt betydningen af denne test fortsat ikke er fastlagt i retspraksis.

Det kan ydermere konkluderes, at en dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter både kan have positive og negative effekter på markedet. Loyalitetsskabende rabatter kan som udgangspunkt medføre øget forbrugervelfærd, da forbrugerne som følge heraf kan opnå en besparelse. Grundet de loyalitetsskabende rabatters bindende effekt, vil forbrugernes incitament til at skifte til konkurrerende virksomheder reduceres, hvorfor disse konkurrerende virksomheder vil kunne blive ekskluderet fra markedet. En sådan konsekvens på markedet vil være medvirkende til at styrke den dominerende virksomheds markedsposition, da udelukkelsen af konkurrenterne vil resultere i mindre valgfrihed, og den dominerende virksomhed vil herefter kunne forhøje prisen. Det kan dog konstateres, at den ekskluderende effekt som følge af anvendelsen af en loyalitetsskabende rabat vil afhænge af flere forskellige forhold, da rabatterne ikke altid vil udgøre en trussel mod konkurrenterne, hvis disse er lige så effektive som den dominerende virksomhed selv. Derudover er det også afgørende, at den loyalitetsskabende rabat binder kunden, så dennes valgfrihed blandt andre konkurrenter mindskes, da dette vil have en ekskluderende effekt. Er der tale om en lige så effektiv konkurrent som den dominerende virksomhed selv, vil konkurrenten have mulighed for at tilbyde en tilsvarende eller lignende rabat til kunden, hvorfor konkurrenten ikke vil blive ekskluderet fra markedet på kort sigt. Er der derimod tale om en mindre effektiv konkurrent, vil udelukkelsen af denne ofte blot være et resultat af en almindelig og sund konkurrence. Selvom lige så effektive konkurrenter ikke ekskluderes på kort sigt, vil konkurrentens konkurrenceevne sandsynligvis svækkes på lang sigt, hvilket potentielt kan resultere i en ekskludering.

Såfremt den loyalitetsskabende rabat, anvendt af en dominerende virksomhed, formodes at udgøre et ekskluderende misbrug i strid med TEUF art. 102, har virksomheden mulighed for at forsvare sin anvendelse af rabatten. Udfaldet på dette eventuelle forsvar afhænger af, hvorvidt den dominerende virksomhed kan løfte bevisbyrden for, at der foreligger effektivitetsgevinster eller en objektiv begrundelse. Såfremt den dominerende virksomhed løfter denne bevisbyrde, vil den loyalitetsskabende rabat ikke udgøre et ekskluderende misbrug omfattet af TEUF art. 102. Det tyder imidlertid på, at denne bevisbyrde kan være vanskelig at løfte, idet det ifølge retspraksis endnu ikke er lykkedes en dominerende virksomhed at føre tilstrækkeligt bevis for, at den loyalitetsskabende rabat har kunne begrundes i et sådant effektivitetsforsvar.

Det kan konkluderes, at Domstolen tillader ekskluderende adfærd overfor mindre effektive konkurrenter, hvis adfærden kan betragtes som "competition on the merits". Det har i forbindelse med udarbejdelsen af denne afhandling således tilmed været relevant at vurdere, hvorvidt loyalitetsskabende rabatter kan omfattes af begrebet "competition on the merits". Retspraksis på dette område er dog tvetydig, men det må formodes, at loyalitetsskabende rabatter kan omfattes af begrebet, såfremt andre midler end dem, der indgår i en almindelig konkurrence, ikke anvendes, og at lige så effektive konkurrenter ikke ekskluderes.

Afhandlingen giver anledning til en perspektivering af, hvordan loyalitetsskabende rabatter anvendt af dominerende virksomheder i fremtiden skal behandles og vurderes. Domstolen har med sit påkrav om Rettens revurdering af afgørelsen i *Intel*, ikke taget stilling til, hvorvidt Intels rabatter egentlig har udgjort et misbrug, men specificeret de kriterier, der skal inddrages i vurderingen af, hvorvidt en rabat udgør et misbrug omfattet af TEUF art. 102. Domstolen opfordrer således til en mere konkret fortolkning af bestemmelsen i fremtidige sager og åbner dermed op for en mere effektbaseret tilgang til bedømmelsen af rabatter med loyalitetsskabende virkninger. Domstolen har ikke eksplicit afskaffet den formbaserede sondring men forholder sig dog kritisk til tidligere fortolkning af retspraksis. Ifølge Domstolen er det ikke længere tilstrækkeligt at konkludere, at en loyalitetsskabende rabat per se udgør et misbrug i strid

med TEUF art. 102, udelukkende med den begrundelse, at rabatten er tilbudt af en dominerende virksomhed. Domstolens afgørelse i *Intel* lægger således op til, at man i fremtiden bevæger sig væk fra den anvendte "per se"-regel i *Hoffmann-La Roche* og i stedet inddrager samtlige omstændigheder, herunder effekterne på markedet som følge af den omtvistede rabat. Dermed opnår man et bedre grundlag for med en høj grad af sandsynlighed at kunne afgøre, hvorvidt en virksomhedens anvendelse af rabatter er egnet til at begrænse den effektive konkurrence. Den hidtidige antagelse om, at anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter i sig selv er nok til at statuere et misbrug, såfremt disse tilbydes af en virksomhed med en dominerende stilling, er således blot en formodning. Det er således ikke længere sikkert, at en dominerende virksomheds anvendelse af loyalitetsskabende rabatter egentlig pr. automatik udgør et misbrug omfattet af TEUF art. 102, idet de dominerende virksomheder kan modbevise denne formodning ved at påvise, at de omtvistede rabatter ikke er egnet til at fordreje konkurrencen. Domstolene vil herved være nødsaget til at påvise de potentielle konkurrencebegrænsende virkninger ved at inddrage samtlige omstændigheder.³³⁹ Dette vil være medvirkende til at undgå, at visse virksomheder og de af dem anvendte loyalitetsskabende rabatter bliver "fanget" af det generelle forbud.

Domstolene arbejder fortsat med, hvordan retssystemet skal tilgå det forhold og dilemma, at eksklusivitet og andre former for loyalitetsskabende rabatter både kan indeholde potentielle konkurrencebegrænsende trusler men også indeholde konkurrencefremmende fordele. *Intel* efterlader tilmed en række spørgsmål, som skal afgøres i fremtidige sager, herunder bl.a. vigtigheden af AEC-testen, samt hvornår denne skal inddrages. Det er fortsat uklart, hvorvidt og under hvilke omstændigheder, en udbudspris over omkostningerne stadig kan være konkurrencebegrænsende.³⁴⁰ Retningslinjerne for, hvordan rabatter i fremtiden skal behandles i konkurrenceretlig henseende, er således fortsat ikke klart defineret, men det tyder på, jf. den seneste retspraksis, at der fremadrettet vil opleves en mere effektbaseret tilgang fra domstolenes side, hvor de anvendte rabatters reelle virkninger på konkurrencen vil være et centralt omdrejningspunkt.

Domstolen har i sin afgørelse af *Intel* fastslået, at Kommissionen, når en virksomhed kan fremlægge beviser til støtte for dens adfærd, er "*forpligtet til at undersøge dels betydningen af virksomhedens dominerende stilling på det relevante marked, dels den omtvistede praksis' markedsdækning samt betingelserne og reglerne for tildeling af de pågældende rabatter, disses varighed og størrelse, men skal ligeledes vurdere eksistensen af en eventuel strategi, der har til formål at udelukke de konkurrenter, der er mindst lige så effektive.*"³⁴¹ Domstolen fokuserer således ikke udelukkende på en adfærd bestående i anvendelsen af loyalitetsskabende rabatter, men derimod generelt på forskellige former for udelukkelsesadfærd, der kan udgøre et ekskluderende misbrug. Det er som følge heraf relevant at vurdere, hvorvidt denne retlige ramme kan anvendes på anden ekskluderende adfærd i tilfælde, hvor der hersker tvivl om, hvorvidt denne har en konkurrencebegrænsende virkning.

Nicolas Petit understreger i *The Judgement of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, at denne tilgang ikke kan anvendes på non-market strategies³⁴², men derimod på al anden ekskluderende misbrug.³⁴³ Pablo Ibáñez Colomo har tilmed

³³⁹ Sag C-413/14 P, *Intel mod Kommissionen*, præmis 138 og 139

³⁴⁰ <http://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/the-future-of-loyalty-rebates-after-intel/>

³⁴¹ Sag C-413/14 P, *Intel mod Kommissionen*, præmis 139

³⁴² Non-market strategies: Et bredt udtryk, der refererer til en virksomheds aktiviteter uden for markedet, der kan hjælpe det med at få konkurrencefordel

³⁴³ Petit, s. 16

vurderet denne mulighed i *The future of Article 102 TFEU after Intel*, hvori han antager, at Domstolens afgørelse i *Intel* bl.a. vil kunne anvendes på situationer omhandlende predatory pricing og tying.³⁴⁴ I sit forslag til afgørelsen i sagen C-123/16 P *Orange Polska S.A. mod Europa-Kommissionen*, har Generaladvokat M. Wathelet (herefter Wathelet) tilmed fundet, at den retlige ramme, fastslået af Domstolen i *Intel*, kan udvides til andre former for ekskluderende misbrug. Wathelet understreger derudover, at dette også kan have en væsentlig betydning i forhold til bedømmelsen af grovheden af en given adfærd.³⁴⁵ På baggrund heraf må det antages, at Domstolens afgørelse i *Intel* i fremtidige sager ikke kun kan anvendes i forbindelse med bedømmelse af loyalitetsskabende rabatter, men også på andre former for adfærd som kan formodes at udgøre et ekskluderende misbrug.

Med introduceringen til den effektbaserede tilgang, er det interessant at have for øje, at tidligere afgørelser omhandlende rabatter, muligvis ville have fået et andet udfald, hvis de blev vurderet i dag. Såfremt det af Retten i deres revurdering bliver fastslået, at Intels udviste adfærd alligevel ikke har udgjort et misbrug i strid med art. 102, kan der stilles spørgsmålstegn ved, hvor stor en retskildeværdi tidligere retspraksis omhandlende rabatter skal tillægges.

5. Litteraturliste

Lovgivning:

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (EUF-traktaten, TEUF)

Traktaten om Den Europæiske Union (EU-traktaten, TEU)

Domstolen:

Sag 6/72, *Continental Can*

Sag 27/76, *United Brands*

Sag 85/76, *Hoffmann-La Roche*

Sag 322/81, *Michelin I*

Sag 75/84, *Metro II*

Sag 311/84, *CEBM mod CLT og IPB*

C-62/86, *AKZO*

C-322/88, *Grimaldi*

C-41/90, *Höfner og Elser*

C-241 P og C 242/91 P, *Radio Telefís Éireann mod Kommissionen (Magillsagen)*

³⁴⁴ Ibáñez Colomo, Pablo. The future of Article 102 TFEU after Intel, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, s. 10.

³⁴⁵ Forslag til afgørelsen fra Generaladvokat M. Wathelet Fremsat den 21. februar 2018 Sag C-123/16 P *Orange Polska S.A. mod Europa-Kommissionen*, pkt. 79

C-333/94 P, *Tetra Pak mod Kommissionen*

C-95/04 P, *British Airways*

C-52/09, *TeliaSonera Sverige AB*

C-209/10, *Post Danmark I*

C-549/10 P, *Tomra Systems ASA m.fl. mod Europa-Kommissionen*

C-457/10 P, *AstraZeneca*

C-23/14, *Post Danmark II*

C-413/14 P, *Intel mod Kommissionen*

Retten:

T-30/89, *Hilti*

T-65/89, *BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen*

T-83/91, *Tetra Pak*

T-24-26/93 og 28/93, *CMB*

T-228/97, *Irish Sugar*

T-65/98, *Van den Bergh Foods*

T-219/99, *British Airways*

T-203/01, *Michelin II*

T-340/03, *France Télécom*

T-321/05, *AstraZeneca*

T-155/06, *Tomra*

T-336/07, *Telefónica og Telefónica de España*

T-286/09, *Intel mod Kommissionen*

T-286/09 (offentliggørelse som uddrag), *Intel Corp. mod Europa-Kommissionen*

Kommissionens afgørelser:

Sag COMP/C-3/37.990 – *Intel*

Sag COMP/C-3/37.792 – *Microsoft I*

Sag COMP/E-1/38.113 – *Prokent-Tomra*

Sag AT.39740 – *Google Search (Shopping)*

Sag AT.39984 - *OPCOM/Romanian Power Exchange*.

Sag AT.39985 – *Motorola – Enforcement of GPRS Standard Essential Patents*

Amerikanske afgørelser:

Masimo Corp. v Tyco Health Care Group, LP, No CV 02-4770 MRP, 2006 WL 1236666

Forslag til afgørelser:

Forslag til afgørelsen fra Generaladvokat N. Wahl. Fremsat den 20. oktober 2016 Sag C-413/14 P Intel Corporation Inc. mod Europa-Kommissionen

Forslag til afgørelsen fra Generaladvokat M. Wathelet Fremsat den 21. februar 2018 Sag C-123/16 P Orange Polska S.A. mod Europa-Kommissionen

Kommissionen beslutninger og meddelelser:

Kommissionens meddelelse om Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens TEUF art. 81 og 82 (2004/C 101/84)

Meddelelse fra Kommissionen - Vejledning i, hvordan Kommissionen prioriterer sin håndhævelse af EF-traktatens artikel 82 i forbindelse med virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, 2008

Meddelelse fra Kommissionen — Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, 2009

Kommissionens Beslutning af 9. juni 1976 om en procedure i henhold til artikel 86 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (IV/29.020 - Vitaminer)

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses

Pressemeddelelser:

Court of Justice of the European Union, Press Release no. 90/17, Judgement in case C-413/14 P, Intel Corporation Inc. v Commission

Konkurrencerådets afgørelser:

4/0120-0100-0411, Klage over Post Danmarks direct mail-rabatsystem, 24-06-2009

4/0120-0204-0153/AWF/SUPO, Post Danmarks individuelle og generelle rabatter for magasinpost, 22-12-2010

18/04542, Konkurrencerådets afgørelse, Falcks ekskluderende misbrugsadfærd på det danske marked for ambulancetjenester, 30. januar 2019

18/05184, Konkurrencerådets møde den 29. april 2020, Godiks leveringsvilkår om eksklusivitet, 29-04-2020

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vejledninger:

Konkurrence- og forbrugerstyrelsen - Vejledning om konkurrenceloven, vejledning om forbuddene mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling, 2019

Bøger:

Witt, Anne C., *The more Economic Approach to EU Antitrust Law*, London: Bloomsbury Publishing Plc, 2016

Bergqvist, Christian, m.fl., *Where Do We Stand on Discounts? - A Nordic Perspective*, 1. udgave, Ex Tuto Publishing A/S, 2017

Bergqvist, Christian, *Konkurrenceretten*, 1. udgave, DJØF, 2019

Beyer, Rasmus, *Kompendium i Konkurrenceret – EU-konkurrenceret og dansk konkurrencelovgivning*, 1. udgave, KompendieForlaget, 2011.

Blume, Peter, *Retssystemet og juridisk metode*, 3. udgave, DJØF, 2016

Etro, Frederico og Kokkoris, Johannis, *Competition Law and the Enforcement of Article 102*, Oxford University Press, 2010

Faull, Jonathan og Nikpay, Ali, *The EU Law of Competition*, 3. udgave, Oxford University Press, 2014

Heide-Jørgensen, Caroline m.fl., *Konkurrenceretten i EU*, 3. udgave, DJØF, 2009,

Hjelmeng, Erling J. & Sørgard, Lars, *Konkurranspolitik*, Fagbokforlaget, 2014.

Jessen, Pernille Wegner, m.fl., *Regulering af Konkurrence i EU*, 4. udgave, DJØF, 2016

Jones, Alinson & Sufrin, Brenda, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 5. udgave, 2011, Oxford University Press

Konkurrensverket Swedish Competition Authority, *The Pros and Cons of Price Discrimination*, Elanders Gotab AB, 2005

Levinsen, Kirsten, *Konkurrenceloven med kommentarer*, 4. udgave, DJØF, 2018

Madsen, Palle Bo, *Markedsret 1, konkurrencebegrænsningsret*, 7. udgave, DJØF, 2018

Nazzini, Renato, *The Foundations of European Union Competition Law*, Oxford University Press, 2011

Niels, Gunnar et al., *Economics for competition lawyers*, Oxford University Press, 2011

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth, *Retskilder & Retsteorier*, 4. reviderede udgave, DJØF, 2013

Tvarnø, Christina D. & Nielsen, Ruth, *Retskilder & Retsteorier*, 5. reviderede udgave, DJØF, 2017

Artikler:

Bergqvist, Christian, *Working paper vedr. rabatter, den Konkurrenceretlige regulering af rabatter*, 2010

Bergqvist, Christian, *Where Do We Stand on Discounts? - A Danish Perspective*, University of Copenhagen, 2015

Friend, Mark, *Loyalty Rebates and Abuse of Dominance*, Volume 77, The Cambridge Law Journal, 1. udgave, Cambridge University Press, 2018

Gyselen, Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, 2003

Ibáñez Colomo, Pablo, *The future of Article 102 TFEU after Intel*, Journal of European Competition Law & Practice, 2018

Petit, Nicolas, *The Judgement of the EU Court of Justice in Intel and the Rule of Reason in Abuse of Dominance Cases*, European Law Review, vol. 43(5), 2018

Spector, David, *Loyalty Rebates: An Assessment of Competition Concerns and a Proposed Rule of Reason*, Volume 1(2), Journal of Competition Policy International, 2005

Zenger, Hans, *Loyalty Rebates and the Competitive Process*, Journal of Competition Law & Economics, 2012

Hjemmesider:

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/da/sheet/82/competition-policy> besøgt d. 16. marts 2020

https://ec.europa.eu/denmark/news/intel-170906_da besøgt d. 17. marts 2020

<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-09/cp170090en.pdf> besøgt d. 19. marts 2020

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_08_761 besøgt d. 25. marts 2020

<https://www.kromannreumert.com/Nyheder/2016/12/Generaladvokat-Wahl-Misbrugssager-om-rabatter-skal-vurderes-ud-fra-en-effektbaseret-analyse> besøgt d. 29. marts 2020

[https://www.andersen-partners.dk/sites/default/files/documents/konkurrence- og udbuds- ret oktober 2014.pdf](https://www.andersen-partners.dk/sites/default/files/documents/konkurrence-og-udbud-ret-oktober-2014.pdf) besøgt d. 10. april

<https://www.jurainfo.dk/intel-sagen-eu-domstolen-hjemviser-sagen-fornyset-behandling/> besøgt d. 15. april

[https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?root_de- fault=SUM_1_CODED%3D08&locale=da](https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?root_default=SUM_1_CODED%3D08&locale=da) besøgt d. 25. april

https://europa.eu/european-union/topics/competition_da besøgt d. 25. april