

# **RABATTER SOM MISBRUK AV DOMINERENDE STILLING**

En gjennomgang i et norsk konkurranserettslig perspektiv

Kandidatnummer: 210

Veileder: Anders Ryssdal

Leveringsfrist: 25. november 2005

Til sammen 14.900 ord

27.04.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Tema til behandling	1
1.2	Avgrensning av oppgaven	2
1.3	Oversikt over den videre fremstilling	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDENE</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Innledning	4
2.2	Konkurranselovens formål	5
2.3	Forholdet mellom konkurranseloven § 11 og EØS art. 54/ EF art. 82:	6
<b><u>3</u></b>	<b><u>GRUNNLEGGENDE BETRAKTNINGER</u></b>	<b><u>10</u></b>
3.1	Det særlige ansvaret for foretak med dominerende stilling	10
3.2	Nærmere om misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11	11
3.3	Prisdiskriminering	13
<b><u>4</u></b>	<b><u>RABATTER</u></b>	<b><u>15</u></b>
4.1	Generelt	15
4.2	Kvantumsrabatter	18
4.3	Lojalitetsrabatter	19
<b><u>5</u></b>	<b><u>MISBRUKSVURDERINGEN</u></b>	<b><u>21</u></b>

<b>5.1</b>	<b>Det grunnleggende skillet mellom kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter</b>	<b>21</b>
<b>5.2</b>	<b>Rabatter som er blitt ansett å være misbruk</b>	<b>23</b>
5.2.1	Lojalitetsrabatter med samme virkning som eksklusive kjøpsavtaler	23
5.2.2	Aggregerte rabatter	25
5.2.3	”Top-slice” rabatter	27
5.2.4	Målrabatter	29
5.2.5	Standardiserte volumrabatter	33
<b>5.3</b>	<b>Tillatte rabatter</b>	<b>36</b>
5.3.1	Lovlige kvantumsrabatter	36
5.3.2	Funksjonsrabatter	38
5.3.3	Andre rabatter	40
<b>5.4</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>41</b>
<b>6</b>	<b><u>KILDER</u></b>	<b>47</b>

---

# 1 Innledning

## 1.1 Tema til behandling

I denne oppgaven søkes det å gjøre rede for bruk av rabatter som virkemiddel i konkurransen, og hvordan ulike rabatt- og bonusordninger kan utgjøre et misbruk av dominerende stilling etter norske konkurranseregler.

De norske konkurransereglene er utformet etter mønster av EØS- og EF-konkurransereglene, så en redegjørelse av de norske misbruksreglene i forbindelse med rabatter vil i stor grad være tilsvarende misbruksreglene i EF-retten.

De konkurranserettslige reglene i EU har hentet inspirasjon fra de amerikansk konkurranserettslige reglene. Det finnes imidlertid store forskjeller mellom de to regelsettene på området for rabatter og bonusordninger. Hvor amerikansk rett for det meste ser med positive øyne på reduksjon i pris fra dominerende aktører i markedet, har EF-retten inntatt en mer restriktiv holdning, der det kreves en nærmere vurdering av de konkrete rabattordningene man står overfor.

Problemene som knytter seg til rabatter og bonusordninger i den europeiske konkurranseretten er mangfoldige. Reglene er til dels vanskelige, og har også av mange blitt kritisert for å ta for lite hensyn til de økonomiske betraktninger og realiteter i næringslivet, som kritikerne mener burde kommet inn som en mer sentral del av vurderingen.

Det er nylig avsagt to dommer i EU knyttet til temaet om rabatter som er tilbudt av dominerende foretak. Disse dommene er *Michelin II*-saken,<sup>1</sup> og *British Airways*-saken,<sup>2</sup> som begge ble avsagt i 2003 av Førsteinstansretten. Disse dommene vil ha stor betydning

---

<sup>1</sup> Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*, Saml. 2003 s. II-1065

<sup>2</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, Saml. 2003 s. II-5917

for tolkningen av de norske reglene om rabatter som kan anses som misbruk av dominerende stilling.

## 1.2 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven vil i hovedsak fokusere på de norske konkurransereglene knyttet til rabatter, som kan anses som misbruk av dominerende stilling. Det vil derfor tas utgangspunkt i konkurranseloven<sup>3</sup> § 11. Det kan imidlertid tenkes at enkelte rabattordninger også kan være ulovlig etter konkurranseloven § 10. Man står da i tilfelle overfor rabattordninger inkludert i en konkret eller stilltiende avtale mellom to eller flere foretak som har til formål eller virkning at konkurransen begrenses på det aktuelle markedet, og som ikke kan forsvares etter konkurranseloven § 10, tredje ledd. De problemstillinger vedrørende rabatter som faller inn under konkurranseloven § 10 vil ikke bli nærmere behandlet.

For at det skal foreligge et misbruk som rammes av konkurranseloven § 11, må et foretak ha en dominerende stilling i markedet. At et foretak innehar en dominerende stilling, vil si at foretaket er i stand til å hindre at det opprettholdes en effektiv konkurranse på markedet, og at foretaket kan opptre uavhengig av de andre aktørene i markedet.<sup>4</sup>

For å fastslå om et foretak har en dominerende stilling eller ikke, er det først nødvendig å avgrense det relevante marked i hvert enkelt tilfelle. Det relevante marked gir også den faktiske rammen for den videre vurdering av om rabatter tilbudt av dominerende foretak kan medføre at konkurransen begrenses.<sup>5</sup> Det relevante markedet må avgjøres på grunnlag av det aktuelle produktmarkedet og det geografiske markedet.

Om et foretak har en dominerende stilling må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, og beror på en rekke momenter, hvor blant annet foretakets markedsandel vil være en viktig indikasjon på dominans. Jo større markedsandelen er, jo større sannsynlighet er det for at foretaket har en dominerende stilling i markedet.<sup>6</sup> Det er i følge EF-domstolens

---

<sup>3</sup> Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr.12

<sup>4</sup> *EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et alt]. 2. utg. Oslo 2004, s. 550

<sup>5</sup> *Ibid.* s. 510

<sup>6</sup> Whish, Richard. *Competition Law*. 5. utg. London 2003, s. 180

praksis<sup>7</sup> en presumpsjon for at foretak med markedsandeler på over 50 % er dominerende.<sup>8</sup> Markedsandelen må imidlertid også vurderes opp mot andre konkrete forhold i saken for å avgjøre om et foretak har en dominerende stilling i markedet. Den nærmere vurdering av om når et foretak kan anses å ha en dominerende stilling behandles ikke i denne fremstillingen. Det er forutsatt at et foretak har en dominerende stilling i det avgrensede markedet for å kunne komme i konflikt med konkurranseloven § 11.

### 1.3 Oversikt over den videre fremstilling

De norske konkurransereglene er i stor grad bygget opp etter mønster av de konkurranserettslige reglene i EØS- og EF-retten. Rettskildesituasjonen vil derfor være noe annerledes i konkurranseretten enn for andre rettsområder. Rettskildene på konkurranserettens område vil bli gjennomgått i punkt 2, hvor det i punkt 2.2 særlig legges vekt på forholdet mellom konkurranseloven § 11 og EØS-avtalen<sup>9</sup> art. 54 og EF-traktaten<sup>10</sup> art. 82.

En gjennomgang av misbruksreglene i forbindelse med rabatter krever en viss oversikt over konkurranseloven § 11, og dens regler om forbudet mot at et foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling i markedet til skade for konkurransen. I punkt 3.1 vil det spesielle ansvaret for foretak med en dominerende stilling behandles, før det foretas en generell gjennomgang av misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11 i punkt 3.2. Det er videre nødvendig å ta opp prisdiskriminering, som anses som en sentral del av misbruksvurderingen i forhold til rabatter. Dette behandles nærmere i punkt 3.3.

I punkt 4 redegjøres det for hva som anses å være en rabatt, og hvordan ulike rabatter kan ta form. Konkurransereglene på området for rabatter krever også en nærmere forståelse av begrepene kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter. Begrepene behandles i punkt 4.2 og 4.3.

---

<sup>7</sup> Se sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*. Saml. 1979 s. 461, avsnitt 41 og sak C-62/86 *AKZO mot Kommisjonen*. Saml. 1991 s. I-3359, avsnitt 60

<sup>8</sup> Om forholdet mellom norsk konkurranserett og EF-rett, se punkt 2

<sup>9</sup> Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Oporto 2. mai 1992

<sup>10</sup> Traktaten om opprettelse af Det Europæiske Fællesskap (EF-traktaten). Roma 15. mars 1957

Den nærmere vurderingen knyttet til om en rabatt kan utgjøre et misbruk etter konkurranseloven § 11 foretas i punkt 5, hvor det i punktene 5.1 til 5.3 fokuseres på konkurransemyndighetenes praksis rundt ulike typer rabatter, og hvilke konsekvenser disse reglene har i det praktiske liv, og for dominerende aktørers anvendelse av rabatter. I punkt 5.4 foretas det en oppsummering av de vurderinger som legges til grunn for å fastslå om en rabatt er lovlig eller ikke, samt et kritisk blick på misbruksreglene for rabatter på et generelt grunnlag.

## 2 Rettskildene

### 2.1 Innledning

Konkurransen i Norge er først og fremst regulert av konkurranseloven av 5. mars 2004 nr.12. Denne erstatter den tidligere konkurranseloven av 1993. Formålet med den nye konkurranseloven var først og fremst å harmonisere de norske bestemmelsene med EØS- og EF-reglene på konkurranserettens område.

Konkurranseloven suppleres videre av forarbeidene, som består av NOU 2003: 12,<sup>11</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004)<sup>12</sup> og Inst.O.nr.50 (2003-2004).<sup>13</sup>

Det finnes foreløpig ingen norsk rettspraksis vedrørende den nye konkurranseloven og dens syn på rabatter i forhold til den misbruksvurderingen som må foretas etter konkurranseloven § 11. Det foreligger imidlertid noe forvaltningspraksis fra Konkurransetilsynet på området.

Norge er også bundet av EØS-avtalen og dens konkurranseregler som gjelder for hele EØS-området. EØS-avtalens konkurranserettslige bestemmelser er langt på vei identiske

---

<sup>11</sup> NOU-2003-12. Ny konkurranselov

<sup>12</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven)

<sup>13</sup> Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

med de tilsvarende bestemmelsene i EF-traktaten. Det følger av EØS-avtalen art. 1, at avtalen tar sikte på å opprette et ensartet Europeisk Samarbeidsområde. Videre har art. 105 og art. 106 gitt EØS-komiteén et ansvar med å holde oppsyn med utviklingen i rettspraksis fra EF-domstolen og EFTA-domstolen, og opprette en ordning for utveksling av informasjon mellom domstolene, slik at en ensartet fortolkning bevares. Det følger også av ODA-avtalen<sup>14</sup> art. 3 at EFTA-domstolen ved fortolkning og anvendelse av EØS-avtalen skal ta tilbørlig hensyn til rettspraksis gitt av EF-domstolen både før og etter undertegningen av EØS-avtalen. EF-traktaten og EØS-avtalen skal således av hensyn til integrering i EØS-området tolkes likt.

Det foreligger omfattende praksis rundt konkurransebestemmelsene i de to traktene fra EF-domstolen og Kommisjonen. Noen avgjørelser har også blitt avsagt av EFTA-domstolen, men disse bygger i stor grad på EF-domstolens avgjørelser. Det finnes lite praksis fra EFTAs overvåkningsorgan.

## 2.2 Konkurranselovens formål

Konkurranseloven § 1 nevner at lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Lovens formål er konkurranse, men gjennom formuleringen ”derigjennom” er det klart at konkurranselovens bestemmelser kun kan nyttes når mangelfull konkurranse er årsaken til at samfunnets ressurser ikke utnyttes effektivt.<sup>15</sup>

Ved anvendelse av loven skal det videre etter annet ledd tas hensyn til forbrukerens interesser, noe som ikke uttrykkelig var nevnt i den tidligere konkurranseloven av 1993 da Ryssdalutvalget mente at avveiningen mellom effektivitetshensyn og forbrukerhensyn var et politisk valg som ikke skulle foretas innenfor rammene av loven.<sup>16</sup> Forbrukerhensynet i den nye konkurranseloven kom inn etter behandling i Familie-, kultur- og

---

<sup>14</sup> Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA). Oporto 2. mai 1992

<sup>15</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 221

<sup>16</sup> Kolstad, Olav. *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme ”forbrukernes interesser”*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr.1 2005, s. 6



administrasjonskomiteen på tross av at Graverutvalget så det som unødvendig da EØS-avtalens konkurranseregler allerede legger en konsumentvelferdsstandard til grunn. Konkurranseloven § 1, annet ledd er en presisering av at hensynet til effektiv bruk av samfunnets ressurser skal være i forbrukerens interesse.<sup>17</sup>

Forbrukerhensynet må her tolkes videre enn bare å omfatte sluttbrukeren. Det skal tas hensyn til alle etterspørrere i denne sammenheng da det her henspeiles til samfunnets økonomiske overskudd.<sup>18</sup>

Forbrukeren vil naturligvis ha interesse av et velfungerende marked som vil medføre gunstigere priser, men i følge Olav Kolstad er det ikke gitt at forbrukeren i ethvert henseende ønsker de samme markedsresultater som andre grupper i samfunnet og vil kunne omfatte andre interesser som ikke dekkes av lovens overordnede formål i konkurranseloven § 1, første ledd.<sup>19</sup> En slik forbrukerinteresse er ønsket om en rettferdig fordeling av det samfunnsmessige overskudd mellom tilbyder- og etterspørresiden, noe som vil kunne gå på tvers av ønsket om en mest mulig effektiv ressursbruk.

Kolstad konkluderer i sin artikkel, med bakgrunn i de diskusjoner som fremgår av forarbeidene, at det i formålsbestemmelsen legges en konsumentvelferdsstandard til grunn som bare grovfordeler ressursene mellom de to sider i markedet.<sup>20</sup>

### 2.3 Forholdet mellom konkurranseloven § 11 og EØS art. 54/ EF art. 82:

Konkurranseloven § 11 er en harmonisering av EØS- og EF-avtalens forbud mot at foretak misbruker sin dominerende stilling.

Konkurransetilsynet har i sine merknader til NOU 2003: 12 kommentert at innføringen av den nye konkurranseloven, tilsier en noe annen vektning av rettskildefaktorene enn det som er vanlig ved tolkningen av nye norske regler. EF-domstolens praksis må etter deres syn få stor betydning og ordlyden i konkurranseloven må

---

<sup>17</sup> Inst.O nr.50 (2003-2004) s. 31

<sup>18</sup> Kolstad. Tidsskrift for Rettsvitenskap nr.1 2005, s. 18

<sup>19</sup> Ibid. s. 3

<sup>20</sup> Ibid. s. 15-16

ikke være mer enn et formelt utgangspunkt ved løsningen av konkrete konkurranserettslige problemstillinger.<sup>21</sup>

Departementet fremhever i forarbeidene at praksis fra EF-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan vil være relevante tolkningsmomenter for fastsettelse av rekkevidden til forbudsbestemmelsene i den nye norske konkurranseloven uten å gå nærmere inn på Konkurransetilsynets merknader i denne forbindelse.<sup>22</sup>

Hans Petter Graver tar opp flere momenter i en artikkel i Lov og Rett 2004 nr.6<sup>23</sup> som taler for en lik tolkning av konkurranseloven § 11 og EØS- og EF-avtalens tilsvarende bestemmelser. Ettersom ordlyd og formål med bestemmelsen er EØS-harmonisert, er bestemmelsens materielle innhold langt på vei identisk med innholdet i EØS-avtalen. Det finnes videre en uttrykt lovgivervilje i forarbeidene om at de materielle atferdsreglene i den norske loven skal være harmonisert med EØS-reglene. En slik lovgivervilje må ha stor betydning for rettsanvendelsen. Ordlyden i konkurranselovens § 11 og EØS-avtalens art. 54 er også bortimot identisk, og dette taler også for lik anvendelse av disse bestemmelsene. Til slutt må det også nevnes at konkurranselovgivning er sterkt knyttet opp til økonomisk teori og bedømmelsen av hva som fremmer samfunnsmessig effektivitet. Graver mener at norske rettsanvendere også er bundet av den økonomiske tilnærming som til enhver tid inntas av EUs rettsanvendere ettersom den økonomiske teorien også ”utgjør del av den «gjeldende rett» slik den fastlegges av våre rettslige autoriteter”.<sup>24</sup> Det vil imidlertid alltid være uenighet av om hva som er riktige og gale økonomiske betraktninger. Homogenitetshensyn taler således for at norske rettsanvendere også følger EU-organers oppfatning av hva som er riktige økonomiske betraktninger. Disse momentene taler for en lik fortolkning av de norske og EØS-rettslige/ EF-rettslige bestemmelsene.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> Ot.prp.nr.6 (2003-2004) s. 40-41 og 64-65

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

<sup>23</sup> Graver, Hans Petter. *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Fagfelleverdert artikkel. I: Lov og Rett 2004 nr.6, s. 342-346*

<sup>24</sup> Ibid. s. 345

<sup>25</sup> Ibid. s. 346

Studerer man videre Konkurransetilsynets praksis etter vedtakelsen av den nye konkurranseloven, ser man at Konkurransetilsynet har lagt seg på en lojal linje overfor EØS- og EF-retten, hvor praksis fra Førsteinstansretten og EF-domstolen tillegges betydelig vekt.<sup>26</sup>

Det er etter dette klart at det i en misbruksvurdering av rabatter i forhold til konkurranselovens § 11 må legges stor vekt på praksis fra EØS- og EF-retten. Det kan tenkes enkelte forskjeller da konkurranseloven og EØS-avtalens konkurranseregler ikke har identisk formål. Integrasjon mellom avtalelandene er ikke et formål etter norske konkurranseregler, noe som også fremheves i departementets vurdering av konkurranseloven § 10 og § 11 i Ot.prp nr. 6 (2003-2004) på s. 68 hvor det står at

”en harmonisering i den nye loven ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett vil bli identisk med praksis fra EU og EØS. Her vil blant annet ulikheter i reglens formål, virkeområde, samt rettskildesituasjonen, kunne spille inn og føre til et noe annet resultat”.

Norske konkurransemyndigheter må videre forholde seg til EØS-avtalens regler om foretaks misbruk av dominerende stilling, som kommer til anvendelse der samhandelen mellom EØS-statene påvirkes merkbart. Etter EØS-konkurranseloven<sup>27</sup> § 6 har de norske konkurransemyndighetene fått kompetanse til å føre tilsyn med at EØS-avtalens forbudsbestemmelser overholdes.

Dersom samhandelen i EØS-området påvirkes merkbart av en konkurranseregulering etter EØS-avtalen, og reguleringen samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, kan man stå overfor den situasjon at både EØS-avtalen og konkurranseloven kommer til anvendelse.<sup>28</sup> EØS-konkurranseloven § 7 sier derfor i første

---

<sup>26</sup> Se blant annet vedtak V2004-34. Nettbuss Sør AS - *Omgjøring av konkurransetilsynets vedtak V2004-29 om pålegg om opphør av rabattordninger på Sørlandsekspressen*. 22. desember 2004 og vedtak V2005-9. SAS AB (publ) – *Vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 jf. § 11 – konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund*. 6. juni 2005.

<sup>27</sup> Lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr.11

<sup>28</sup> Ot.prp.nr. 6 (2003-2004) s. 208

ledd, annet punktum at konkurransemyndighetene må anvende regelsettene parallelt der samhandelen mellom EØS-statene blir påvirket merkbart. Bestemmelsen legger således opp til at man etter norske rett ikke kan operere med mindre restriktive regler enn hva EØS-reglene selv legger opp til i disse tilfellene.

I forhold til konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende avtaler mellom foretak, nevner EØS-konkurranseloven § 7, annet ledd, første punktum videre at man ikke kan anvende norsk konkurranselovgivning strengere i tilfellene hvor samhandelen påvirkes merkbart mellom EØS-statene enn hva EØS-reglene selv legger opp til. Av bestemmelsens annet ledd, annet punktum går det frem at dette ikke gjelder for ensidige tiltak fra foretakets side, som konkurranseloven § 11 regulerer. Det er således åpnet for å anvende strengere norske regler på området for foretaks utilbørlig utnyttelse av sin dominerende stilling der konkurranselovens regler og EØS-reglene overlapper hverandre. Adgangen til å anvende strengere norske konkurranseregler på dette området kan medføre en konflikt mellom norske konkurranseregler og EØS-avtalens konkurranseregler. Denne problemstillingen blir vurdert i Ot.prp nr.6 (2003-2004) hvor departementet viser til EØS-loven<sup>29</sup> § 2, som sier at EØS-avtalens regler som gjennomført i norsk rett skal "gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold". Departementet konkluderer med at EØS-avtalens regler skal ha forrang i en eventuell konflikt, og at det er en forutsetning for parallell anvendelse av konkurranseloven at dette ikke hindrer ensartet anvendelse og uinnskrenket virkning av EØS-avtalens konkurranseregler.<sup>30</sup>

Det følger imidlertid av det som er nevnt over at norsk lovgiver gjennom klare uttalelser i forarbeidene<sup>31</sup> til konkurranseloven om harmonisering med EØS-avtalens konkurranseregler i utgangspunktet har avstått fra å anvende mer restriktive regler for dominerende foretaks ensidige atferd i konkurranseloven. Problemstillingen blir således mer teoretisk enn praktisk.

---

<sup>29</sup> Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

<sup>30</sup> Ot.prp nr.6 (2003-2004) s. 208

<sup>31</sup> Ibid. s. 68

### 3 Grunnleggende betraktninger

#### 3.1 Det særlige ansvaret for foretak med dominerende stilling

I konkurranseloven § 11 første ledd står det at ”Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt”. I dette ligger det et forbud mot at et foretak misbruker sin dominerende stilling i markedet for å skade konkurransen. Bestemmelsen kommer bare til anvendelse der et foretak har en dominerende stilling, og det gjennom et ensidig tiltak utilbørlig utnytter denne stillingen i markedet. Det kreves ikke årsakssammenheng mellom den dominerende stilling og den utilbørlige utnyttelsen.<sup>32</sup>

Bestemmelsens ordlyd er nesten identisk med ordlyden i EØS-avtalen artikkel 54, som igjen bygger på den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktatens artikkel 82. Reglene skal, slik det er redegjort for i punkt 2, tolkes likt.

Bestemmelsen rammer ikke dominansen i seg selv, da det ikke er forbudt å inneha en dominerende stilling. EF-domstolen har lagt til grunn i sine avgjørelser, blant annet i AKZO-saken,<sup>33</sup> at foretak med en dominerende stilling i markedet i utgangspunktet har anledning til å forsvare sin posisjon ved å konkurrere på ytelse. Det ble imidlertid uttalt i Michelin I-saken at et dominerende foretak hadde et særlig ansvar for konkurransen.

“At det fastslås, at der foreligger en dominerende stilling [...] betyr blot, at denne uafhængigt af årsagerne til denne stilling, den har, er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet”.<sup>34</sup>

Uttalelsene om at et dominerende foretak har et særlig ansvar for konkurransen er senere blitt gjentatt og bekreftet i flere saker av Kommisjonen og EF-domstolen.

Det særlige ansvaret som dominerende foretak har for konkurransen blir også nevnt i konkurransetilsynets praksis når det vurderer konkurranseloven § 11. I en sak hvor SAS ble ilagt et overtredelsesgebyr på 20 millioner kroner for å ha bedrevet konkurranseskadelig

---

<sup>32</sup> Sak 6/72 *Continental Can mot Kommisjonen*, Saml. 1973 s. 215, avsnitt 27

<sup>33</sup> Sak C-62/86 *AKZO mot Kommisjonen*. Saml. 1991 s. I-3359

<sup>34</sup> Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*. Saml. 1983 s. 3461, avsnitt 57

underprising på flystrekningen Oslo-Haugesund i strid med konkurranseloven § 11, nevner konkurransetilsynet, med henvisning til EF-domstolens praksis, at dominerende aktører har et særlig ansvar for konkurransen.<sup>35</sup>

Det nærmere ansvaret for konkurransen som hviler på den dominerende aktør i markedet må sees i sammenheng med misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11.

### 3.2 Nærmere om misbrukskriteriet i konkurranseloven § 11

Konkurranseloven § 11 rammer to typer misbruk. Det første misbruket som omfattes av bestemmelsen er, som det fremgår av den ikke uttømmende listen i annet ledd, utnyttende misbruk overfor forbrukerne. I dette ligger det at et dominerende foretak ikke kan utnytte sin dominans i markedet til skade for forbrukerne. Bruk av rabatter kan regnes som slikt utnyttende misbruk der det dominerende foretaket tilbyr ulike priser til ulike kunder med den følge at enkelte kunder stilles bedre i konkurransen enn andre.

Den andre typen misbruk som omfattes av konkurranseloven § 11 er ekskluderende misbruk, som først ble regnet å være omfattet av EFT art. 82 i Continental Can-saken.

Det forhold, at en virksomhet med en dominerende stilling styrker sin stilling således, at den dominerende indflydelse, der herved opnås, i væsentlig grad hindrer konkurransen, dvs. kun lader virksomheder, der er avhengige af den dominerende, bestå, kan altså tænkes at udgøre misbrug”.<sup>36</sup>

Med ekskluderende misbruk regnes altså tiltak satt i verk av det dominerende foretaket som kan være skadelige overfor konkurransen i markedet ved at det benyttes konkurranseskadelige midler for å stenge aktuelle og potensielle konkurrenter ute av markedet. EF-domstolen har i en rekke saker blant annet kommet til at enkelte rabattordninger er å anse som ekskluderende misbruk, da de har en innlåsende effekt på kundene, og således stenger konkurrenter ute av markedet.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Vedtak V2005-9. SAS AB (publ), s. 14 og 43

<sup>36</sup> Sak 6/72 *Continental Can mot Kommisjonen*. Saml. 1973 s.215, avsnitt 26

<sup>37</sup> Se blant annet sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*. Saml. 1979 s. 461, Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*. Saml. 1983 s. 3461, Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065 og sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, Saml. 2003 s. II-5917

I Hoffmann-La Roche-saken gikk EF-domstolen nærmere inn på hva som ligger i konkurransebegrensende misbruk.<sup>38</sup> Det ble her fokusert på at den aktuelle atferden måtte kunne forklares som et ”normalt” utslag av konkurransen på markedet for å være lovlig. Det følger av dette at når et dominerende foretak gir rabatter, kan dette i enkelte tilfeller være ulovlig etter konkurranseloven § 11 med mindre slik praksis anses å være normal konkurranseatferd.

Senest i British Airways-saken ble misbruksbegrepet utdypet.

”...»misbrug« 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...”<sup>39</sup>

Det kan utledes av disse uttalelsene at EF-domstolen legger særlig vekt på å bevare den restkonkurranse som er i markedet når den skal avgjøre om en dominerende aktørs atferd er et utslag av normal konkurranseatferd. Dominerende foretak må således ikke skaffe seg fordeler på bekostning av sine konkurrenter gjennom konkurranseskadelige atferd, men må nøye seg med å anvende normale midler i konkurransen, som vil si at man bare kan konkurrere på ytelse. Målet er derfor ikke å beskytte mindre effektive bedrifter i markedet til skade for den dominerende aktør, men å sørge for at restkonkurransen i markedet fungerer slik at konkurransedyktige bedrifter også får muligheten til å tilby sine produkter.

Olav Kolstad nevner i boken ”EØS-rett” at spørsmålet om man står overfor normal eller konkurransebegrensende atferd må løses ved å fastslå om det dominerende foretaket ved å iverksette det aktuelle tiltaket ”tilpasser seg rasjonelt, men ’passivt’ innenfor gjeldende markedsstruktur, eller om det søker å redusere den risiko for svingninger i markedsmakten som konkurransen innebærer for å gjøre sin egen markedsmakt mer

---

<sup>38</sup> Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*. Saml. 1979 s.461, avsnitt 91

<sup>39</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, Saml. 2003 s. II-5917, avsnitt 241

permanent”.<sup>40</sup> Det er altså den atferd som skader restkonkurransen i markedet, som må regnes som konkurranseskadelig atferd som er ulovlig etter konkurranseloven § 11.

Dominerende foretak som kan tilby sine kunder gunstigere priser og bedre produkter, som følge av stordriftsfordeler, må kunne anses å være tillatte midler i konkurransen. Denne grensen er imidlertid ikke alltid like lett å trekke.

### 3.3 Prisdiskriminering

For å kunne skille mellom ekskluderende eller utnyttende atferd og normal konkurranseatferd i forhold til rabatter er det en forutsetning at man har en forståelse av den økonomiske teorien som ligger til grunn for konkurransereglene. Teorien har sitt utgangspunkt i en tanke om perfekt konkurranse hvor konkurransen skal bidra til lavere priser, bedre produkter, større valgfrihet og bedre effektivitet hos bedriftene. Konkurranselovgivningen bygger nok i større grad på et ønske om å ha en fungerende konkurranse, som blant annet bidrar til at samfunnsressursene utnyttes mest mulig effektivt. Dette er også uttrykkelig et mål etter konkurranseloven § 1.

Når man vurderer bruk av rabatter opp mot konkurranseloven § 11 er det videre nødvendig å ta utgangspunkt i fenomenet prisdiskriminering, som er et vanlig fenomen i det daglige liv.

Man snakker om prisdiskriminering når samme vare blir solgt til ulik pris til ulike kunder til tross for identiske kostnader, eller hvor samme vare blir solgt til samme pris til alle kunder til tross for forskjellige kostnader. Fra et økonomisk ståsted er det en fordel for bedriften å kunne prisdifferensiere mellom kunder slik at kundene betaler det maksimale av hva de er villige til å gi for en vare. Bedriften kan på denne måten hente ut det maksimale konsumentoverskuddet i markedet.

Det er en forutsetning for å kunne prisdiskriminere mellom kunder at foretaket kan sortere kundene i ulike grupper. I den konkurranserettslige teorien skilles det mellom tre ulike grader av prisdiskriminering.<sup>41</sup> I den første kategorien prisdiskriminering står man overfor det tilfellet at en monopolist vet nøyaktig hva hver enkelt kunde er villig til å betale

---

<sup>40</sup> *EØS-rett* 2004, s. 564

<sup>41</sup> Motta, Massimo *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge 2004 s. 491-511



for en vare eller tjeneste, og på denne måten kan prise varene forskjellig til hver av kundene. Foretaket vil her kunne hente inn hele konsumentoverskuddet ved at hver kunde betaler det maksimale av hva de er villige til å gi for varen eller tjenesten, og slik prisdiskriminering er ut ifra et økonomisk perspektiv således ikke å forakte. Motta nevner imidlertid at denne form for perfekt prisdiskriminering er urealistisk da det er umulig for et foretak å ha eksakte kunnskaper om kundens behov og preferanser.

Den andre kategorien av prisdiskriminering tar for seg det tilfellet at et foretak har ulike tilbud som tilbys til alle kundegrupper, og kundene selv kan velge hvilke tilbud som passer best for dem. Et eksempel her kan være de ulike tilbud Oslo Sporveier opererer med, hvor en kunde selv kan velge om han vil kjøpe billett for en enkelt tur til full pris, eller om han vil kjøpe et flexikort med 8 turer hvor hver enkelt tur da selges til en rabattert pris.

I den tredje kategorien prisdiskriminering skiller foretaket mellom ulike kundegrupper, og tilbyr hver kundegruppe en bestemt pris. Studenter og pensjonister kan for eksempel gis en gunstigere pris enn øvrige kundegrupper. En annen måte å diskriminere kundene på er å skille dem geografisk.

Det forsettes også for å kunne prisdiskriminere mellom kundegrupper at kundene seg imellom ikke kan selge varene til hverandre til gunstigere priser enn det foretaket selv vil tilby. Et slikt parallelt salg ville medført at de som kjøper produktet til den billigste prisen kan selge til en litt dyrere pris til andre kunder, men allikevel billigere enn det de samme kundene ville fått tilbud om fra foretaket. Evnen til å kunne prisdiskriminere over tid er derfor et tegn på at tilbydereren har en dominerende stilling i markedet.<sup>42</sup>

Prisdiskriminering kan både være positivt og negativt i et konkurranserettslig perspektiv. På den ene side finnes det mange former for prisdiskriminering som bidrar til effektiv allokering av ressursene. Når bedrifter for eksempel oppnår stordriftsfordeler på grunnlag av større salg, kan deler av gevinstene overføres til kundene i form av gunstigere priser. Dette vil igjen være konkurransefremmende og i overensstemmelse med den økonomiske teori. På den annen side kan også prisdiskriminering brukes til å skade

---

<sup>42</sup> Jones, Alison. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. Alison Jones og Brenda Sufrin. 2. utg. Oxford 2004 s. 409

konkurransen. Problemet for konkurransemyndighetene blir derfor å skille prisdiskriminering som er positiv for konkurransen fra den som er negativ.

Den negative prisdiskriminering kan skade konkurransen på to måter. For det første kan prisdiskriminering være skadelig for tilbyderens konkurrenter dersom tilbyderen låser kundene til sine produkter. Kunden har således mindre insitament for å oppsøke tilbyderens konkurrenter for å få sine behov dekket. Denne formen for prisdiskriminering har således en ekskluderende virkning overfor konkurrentene.

For det andre kan negativ prisdiskriminering ramme konkurransen i det tilliggende markedet hvor kunder av tilbyderen konkurrerer med hverandre. I disse tilfellene vil enkelte kunder lide av at andre får kjøpe varer til en billigere pris. På denne måten stilles konkurrentene i det tilliggende markedet ulikt og konkurransen vris.

Den siste formen for skadelig prisdiskriminering må vurderes ut fra konkurranseloven § 11 gjennom eksempelet oppstilt i annet ledd, bokstav c, som sier at utilbørlig utnyttelse ”særlig kan bestå i [...] å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen”. Det er her konkurransen i markedet handelspartnerne operer i som påvirkes. Den første formen for negativ prisdiskriminering søker konkurransemyndighetene å komme til livs gjennom sin anvendelse av konkurranseloven § 11 generelt.<sup>43</sup>

## **4 Rabatter**

### **4.1 Generelt**

Rabatter er hyppig benyttet i næringslivet, og er i utgangspunktet gode og viktige virkemidler i konkurransen mellom bedrifter da de er med på å stimulere priskonkurransen og kan bidra til å presse prisene ned. En rabatt kan vise seg på forskjellige måter, og

---

<sup>43</sup> Jones 2004, s. 411-412

innebærer i hovedsak en prisdiskriminering mellom ulike kunder eller kundegrupper. Kunden mottar gunstige priser ved kjøp av varer og tjenester i bytte mot en motytelse.

Kommersielt er bruk av rabatter vanligvis et tegn på sunn priskonkurranse hvor tilbyderen ved å gjennomføre et stort salg til den aktuelle forbruker kan utløse driftsfordeler, i form av effektivitetsgevinster og kostnadsbesparelser, som er til det beste for bedriften. Dette bidrar igjen til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Forbrukeren vil på grunnlag av de rabatter som tilbys kunne velge mellom ulike tilbydere og få fordeler i form av billigere varer og tjenester.

Rabatter kan etableres på mange forskjellige måter. Noen rabatter blir gitt samtidig som salg av vare finner sted, mens andre igjen gis forskuddsvis eller etterskuddsvis. Rabatter som beregnes etterskuddsvis på grunnlag av samlet kjøp i et bestemt tidsrom, blir ofte kalt bonus.<sup>44</sup> Noen bonusordninger kan ofte ha en lojalitetsdannende effekt, som gjør at kunden låses til det dominerende foretaket og gjør det vanskelig for konkurrenter å komme inn på markedet.

Kriteriene for om en rabatt skal gis eller ikke, kan også variere. Noen rabatter blir gitt på grunnlag av helt objektive kriterier. Slike kriterier kan for eksempel være at kunden kjøper en bestemt mengde varer, som automatisk utløser en rabatt. Andre rabatter igjen gis på grunnlag av mer skjønnsmessige kriterier fra selgerens side. Rabattene kan også være avhengig av kjøp over en kortere eller lengre periode.

Rabattene kan videre være flate eller basert på et trappetrinnsprinsipp. Man står overfor en flat rabatt der det på forhånd er avtalt et bestemt avslag i prisen, som utløses når kriteriet for rabatten er oppfylt. Trappetrinnsrabatter står man overfor i de tilfeller hvor man har avtalt en stigende prosentsats på rabatten avhengig av mengden av produktet man kjøper. Jo mer man kjøper av produktet, jo større blir rabatten.

Nedstrøms kan rabatten både være rettet mot sluttbrukere så vel som detaljhandlere og distributører. En rabatt kan også være forbrukerinitiert på den måten at kunden stiller krav om rabatten. I disse tilfellene vil det kunne være forbrukeren som sitter med

---

<sup>44</sup> Se "kvantumsrabatt" i Aschehoug og Gyldendals Store Norske Leksikon. [15.08.2005] Tilgang: [www.storenorskeleksikon.no](http://www.storenorskeleksikon.no)

markedsmakten.<sup>45</sup> Et eksempel på slik markedsrett kan man se i dagligvarebransjen, hvor man i den senere tid har sett en konsentrasjon av markedsrett ved at dagligvarebutikkene går sammen i kjeder for å kunne fremforhandle gode innkjøpspriser og betingelser hos sine leverandører. Det at mange av kjedene opererer med lavpriskonsepter med bare et begrenset antall varer i butikkene, begrenser innkjøpskapasiteten og gjør det vanskelig for enkelte leverandører å få solgt sine varer. Dette kan bidra til å øke kjøpermakten hos lavpriskjedene.

Dagligvarekjedenes økende markedsrett, kan også bidra til konsentrasjon på leverandørsiden. Et landsdekkende innkjøpssamarbeid krever i stor grad landsdekkende leverandører, og gjør det vanskelig for mindre leverandører som ikke har samme mulighet til å kunne levere i like store volum til like gunstige priser.<sup>46</sup>

Konkurranseloven § 11 sier ingenting om rabatter konkret, men i bestemmelsens annet ledd oppstilles en rekke eksempler på hva som kan anses å være misbruk. Enkelte former for rabatter passer ikke inn under disse eksemplene, men kan allikevel utgjøre et misbruk av dominerende stilling som er forbudt. Dette er tilfellet da konkurranseloven § 11 annet ledd ikke er uttømmende. Ulovlige rabatter er en form for prisdiskriminering som faller inn under reglene om indirekte prissettingsmisbruk. EF-domstolen har slått fast i flere saker at dominerende foretak har noe begrensede muligheter til å gi rabatter da man er bekymret for at dominerende foretaks rabattbruk kan bidra til en innlåsning av kunder, og en utestengende virkning overfor konkurrenter. Praksisen rundt rabatter og bonuser har av mange blitt kritisert for å være for vidtrekkende, og for formalistiske, der det tas for lite hensyn til realiteter i næringslivet og de økonomiske betraktninger. Dette vil imidlertid bli nærmere behandlet i punktene 5.2 til 5.4.

Studerer man EF-domstolens avgjørelser på området for rabatter nærmere, ser man at det går et grunnleggende skille mellom kvantumsrabatter som anses som lovlige og lojalitetsrabatter som alltid er ulovlige. Dette skillet behandles nærmere i punkt 5.1. I

---

<sup>45</sup> Retningslinjer for konkurransepolitikk overfor forenings- og grupperabatter. Pristidenende nr. 4/92, s. 5

<sup>46</sup> Rapport fra Konkurransetilsynet, Betaling for hylleplass, 2005. s. 18-19

punktene 4.2 og 4.3 vil jeg se nærmere på rene kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter for seg.

## 4.2 Kvantumsrabatter

En kvantumsrabatt er et prisavslag som gis i de tilfeller hvor kunden kjøper en vis mengde av en vare hos selgeren.

En slik rabatt skal gjenspeile de effektivitetsgevinster og kostnadsbesparelser som realiseres hos foretaket som følge av at kunden kjøper mer av samme produkt. Når kunden kjøper mer av et produkt, økes produksjonen. Bedrifter med høye faste kostnader, vil da kunne fordele disse kostnadene på de enkelte produserte enheter. Dette vil igjen bidra til lavere gjennomsnittelige produksjonskostnader, og gir bedriften mulighet til å kunne tilby gunstigere priser på sine produkter. En rabatt, som gis på grunnlag av økt salg, vil således representere den økonomiske gevinst bedriften har ved å drive mer effektivt. Forbrukeren vil her få en vis andel av den gevinst som realiseres, og det vil kunne være et insentiv for kunden til å kjøpe en større mengde av produktet. Et eksempel på en slik type rabatt kan være der kunden ved å kjøpe 10 enheter av et produkt bare betaler for 9 av dem. Den siste enheten kunden slipper å betale for representerer en del av den kostnadsbesparelsen og de effektivitetsgevinster bedriften oppnår, som følge av at den produserer og selger 10 enheter.

Man må imidlertid her være klar over at en større økning i produksjon ikke alltid bare medfører reduserte kostnader. På lengre sikt kan dette også få betydning for de variable kostnadene i enkelte næringsgrupper der økt produksjon også krever en utvidelse av bedriften. Slike kostnader kan for eksempel være lønninger til de ansatte og utgifter til råvarer, og kan igjen bidra til at den gjennomsnittelige enhetspris øker. Bedrifter kan således bare gi kvantumsrabatter der økning i produksjon resulterer i billigere produkter.

De fleste kvantumsrabatter kan ikke anses å være diskriminerende på en skadelig måte da de vil gjelde for alle kunder som handler den bestemte mengde av produktet som bedriften tilbyr. Slike rabattordninger vil være forutberegnlige for kunden når han vurderer hvilken tilbyder han skal handle hos, og har derfor ingen skadelig effekt på konkurransen. Rene kvantumsrabatter vil på denne måten være et viktig instrument i konkurransen mellom bedrifter og bør således være lovlige etter konkurranseloven § 11.

EF-domstolen har i de fleste saker om rabatter tatt utgangspunkt i at rene kvantumsrabatter er lovlige. I Portugisiske flyselskaper-saken<sup>47</sup> ble det imidlertid fastslått at for at en kvantumsrabatt skal være lovlig, må den i realiteten ikke være diskriminerende. I denne saken tilbød portugisiske flyplasser rabatter på landingsavgifter til flyselskaper avhengig av hvor mange fly de klarte å lande på flyplassene. Flyplassene hadde i denne saken stilling som monopolist i det avgrensede markedet. Rabattordningen som flyplassene tilbød flyselskapene gjaldt likt for alle da alle med tilstrekkelig antall landinger ville få rabatten. Domstolen kom imidlertid til at denne rabatten i realiteten bare var oppnåelig for to portugisiske flyselskaper, og var således diskriminerende. Dette var i strid med EF art. 82, annet ledd bokstav c da den dominerende aktør her stilte sine handelspartnere ulikt i konkurransen, og var således en ulovlig rabattordning. Det følger av harmoniseringshensynet tatt opp i punkt 2 at dette også gjelder etter konkurranseloven § 11.

#### 4.3 Lojalitetsrabatter

Lojalitetsrabatter innebærer en prisdiskriminering mellom forskjellige kunder basert på lojalitet knyttet til en dominerende tilbyders produkter. Slike rabatter ligner på kvantumsrabatter da begge typer rabatter gir insentiv til kunden om å kjøpe flere produktenheter fra den samme leverandør. EF-domstolen har lagt til grunn at en rabatt er lojalitetsskapende dersom kunden oppnår en økonomisk fordel som gir ham insentiv til å motta leveranser utelukkende eller for det alt vesentlige fra den dominerende aktør.<sup>48</sup>

Rabatter kan utformes på ulike måter, og en rekke slike rabatter tilbudt av dominerende foretak har av EF-domstolen blitt ansett å være lojalitetsrabatter, eller rabatter som har elementer i seg som kan ha lojalitetsskapende virkninger.

En ren lojalitetsrabatt kan illustreres ved at en kunde, som kjøper mesteparten eller alle sine behov av en vare fra en bestemt leverandør, premieres ved å motta en rabatt. Om kunden velger å dekke sine behov ved å handle hos en konkurrent, mister han retten til å få rabatt på de kjøpte varene hos tilbyderen. Det er således lojaliteten til det dominerende

---

<sup>47</sup> Sak C-163/99, *Portugal mot Kommisjonen*. Sml. 2001 s. I-2613

<sup>48</sup> Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065 avsnitt 56.

foretaket som her belønnes, og lojalitetsrabatter har sånn sett mange av de samme egenskapene som eksklusive kjøpsavtaler.

Domstolen har imidlertid også slått ned på rabattordninger tilbudt av dominerende aktører som ikke direkte belønner eksklusivitet, men som oppmuntrer kunden, uavhengig av kontraktsforpliktelser, til å fortsette å handle med det dominerende foretaket. Kunden er i disse tilfeller ikke forhindre fra å handle hos konkurrerende tilbydere i markedet, men dette vil mest sannsynlig svekke kundens muligheter til å oppnå rabatten hos den dominerende tilbyder.

Om man vurderer lojalitetsrabatter ut i fra et økonomisk ståsted kan slike rabatter, i motsetning til rene, ikke-diskriminerende kvantumsrabatter, i de fleste tilfeller vanskelig begrunnes i kostnadsbesparelser hos det dominerende foretaket. Rabatten vil her ikke svare til den kostnadsreduksjon bedriften oppnår ved å produsere flere enheter, men vil være et middel for å opprettholde eller styrke sin stilling i markedet ved å låse kunder til sine produkter, og ekskludere konkurrenter fra markedet.

EF-domstolen og Førsteinstansdomstolen har i en rekke saker slått hardt ned på lojalitetsrabatter som tilbys av dominerende foretak i bytte mot eksklusivitet, og rabatter som har elementer i seg som kan være lojalitetsskapende.<sup>49</sup> Slike rabatter vil således i følge EF-domstolen i utgangspunktet alltid være ulovlig etter EF-traktaten art.82. Det samme må anses å gjelde etter konkurranseloven § 11 med grunnlag i harmoniseringshensynet gjennomgått i punkt 2 ovenfor.

---

<sup>49</sup> Se blant annet sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*. Saml. 1979 s. 461, Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*. Saml. 1983 s. 3461, Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065 og sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, Saml. 2003 s. II-5917

## 5 Misbruksvurderingen

### 5.1 Det grunnleggende skillet mellom kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter

Et grunnleggende skille i EF-domstolens praksis kan trekkes opp mellom rene kvantumsrabatter, beskrevet i 4.2, og lojalitetsrabatter, beskrevet i 4.3.

For å fastslå om en rabatt som et dominerende foretak tilbyr er en lovlig kvantumsrabatt, som kan begrunnes i økte driftsfordeler og som ikke diskriminerer mellom kundene, eller en ulovlig lojalitetsrabatt, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. En rabatt, som ved første øyekast ser ut som en lovlig kvantumsrabatt, kan således etter en nærmere vurdering i realiteten anses å være en lojalitetsrabatt, som er ulovlig etter konkurranseloven § 11. Det er også i motsatt fall ikke riktig å konkludere med at en rabatt er lojalitetsskapende bare fordi en kunde foretrekker å handle hos den dominerende aktør i markedet. Et dominerende foretak har, slik det er redegjort for i punkt 3.1, mulighet til å kunne forsvare seg i markedet ved å konkurrere på ytelse, og en rabatt må således ikke anses å være ulovlig bare fordi kunden foretrekker det aktuelle produktet fremfor konkurrentenes.

EF-domstolen stilte for første gang opp et klart skille mellom rene, objektive kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter i *Suiker Unie*-saken.

”... the rebate at issue is not to be treated as a quantity rebate exclusively linked with the volume of purchases from the producer concerned but has rightly been classified by the Commission as a loyalty rebate designed, through the grant of a financial advantage, to prevent customers obtaining their supplies from competing producers.”<sup>50</sup>

I denne saken fikk kunder, som kjøpte hele sitt årlige behov for sukker fra en dominerende leverandør, en årlig rabatt basert på kjøpt mengde. Dersom kunden i løpet av perioden valgte å gå til en konkurrent, ville han gå glipp av hele rabatten det aktuelle året. Denne rabatten ble av EF-domstolen ansett å være et misbruk av dominerende stilling av to grunner. For det første diskriminerte sukkerleverandøren mellom kunder ved at de som

---

<sup>50</sup> Forente saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73 *Suiker Unie mot Kommisjonen*. Sml. 1975 s.1663, avsnitt 513



ikke kjøpte hele sitt behov for sukker hos leverandøren ikke fikk rabatt. Rabatten var således i strid med EF-traktaten art. 82 andre ledd, bokstav c. Rabatten hadde for det andre en innlåsende effekt på kundene slik at de ikke kunne gå til andre konkurrenter i markedet. Da ville de risikere å gå glipp av hele rabatten. Dette førte videre til at andre konkurrenter ble presset ut av markedet. Rabatten var således å anse som en lojalitetsrabatt som var ulovlig.

Skillet mellom rene kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter ble videre opprettholdt og videreutviklet i Hoffmann-La Roche-saken, som må anses å være den dommen som har lagt grunnlaget for vårt syn på lojalitetsrabatter i konkurranseretten i dag. Hoffmann-La Roche var leverandør av en rekke vitaminer, og kommisjonen fant at de hadde misbrukt sin dominerende stilling ved å tilby lojalitetsrabatter til sine 22 største kunder. Domstolen opprettholdt kommisjonens standpunkt, men gikk også lenger ved å antyde at rabattordninger som hadde samme effekt som eksklusive kjøpsavtaler alltid ville være et misbruk.

“An undertaking which is in a dominant position on the market and ties purchasers—even if it does so at their request—by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.”<sup>51</sup>

I BPB Industries and British Gypsum Ltd-saken<sup>52</sup> ble skillet mellom lojalitetsrabatter og kvantumsrabatter opprettholdt. Denne saken dreide det seg om to ulike rabattordninger tilbudt av et dominerende foretak i markedet for salg av gipsplater i Storbritannia og Irland. Rabattordningene ble av kommisjonen ansett å være innført av foretaket som et svar på den økende konkurransen i markedet. Kommisjonen godtok den ene rabattordningen da denne ble ansett å være en lovlig kvantumsrabatt som relaterte seg til den mengde kunden kjøpte. Kommisjonen slo imidlertid ned på den andre

---

<sup>51</sup> Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*. Saml. 1979 s. 461, avsnitt 89

<sup>52</sup> Sak C-310/93 *BPB Industries and British Gypsum Ltd mot Kommisjonen*. Saml. 1995 s. I-865

rabattordningen da den ble ansett å være en lojalitetsrabatt som hadde likhetstrekk med eksklusive kjøpsavtaler.<sup>53</sup> BPB Industries og datterselskapet British Gypsum Ltd. hevdet at rabatten var en kompensasjon til kundene for utgifter de hadde i forbindelse med markedsføring av produktet. Kommisjonens standpunkt ble allikevel opprettholdt både i Førsteinstansretten og i EF-domstolen da rabatten uansett hadde en lojalitetsskapende effekt på kundene som dermed begrenset konkurransen.

Skillet mellom rene kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter er videreført også i nyere praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten. I Michelin II-saken ble det sagt at

”Særligt for rabatter, der gives af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, gælder det ifølge fast retspraksis, at en lojalitetsrabat, der er modydelsen til, at kunden forpligter sig til udelukkende eller næsten udelukkende at få forsyninger fra den markedsdominerende virksomhed, er i strid med artikel 82 EF.”<sup>54</sup>

og

”Et system med kvantumsrabatter, der udelukkende er knyttet til de hos den markedsdominerende virksomhed indkøbte mængder, anses normalt ikke for at medføre en afskærmning af markedet i strid med artikel 82 EF...”<sup>55</sup>

Førsteinstansretten tok her utgangspunkt i skillet mellom lovlige kvantumsrabatter og ulovlige lojalitetsrabatter da den skulle vurdere lovligheten av en rekke forskjellige rabattordninger tilbudt av en dominerende aktør.

## 5.2 Rabatter som er blitt ansett å være misbruk

### 5.2.1 Lojalitetsrabatter med samme virkning som eksklusive kjøpsavtaler

EF-domstolen har slått hardt ned på de lojalitetsrabattene som er blitt tilbudt av dominerende foretak i bytte mot at kunden, helt eller delvis, ikke handler med

---

<sup>53</sup> EFT 1989 L10 s.50 *BPB Industries and British Gypsum Ltd.*, avsnitt 123 og 129

<sup>54</sup> Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065, avsnitt 56

<sup>55</sup> *Ibid.* avsnitt 58

konkurrenter. Disse rabattene hadde i følge EF-domstolen samme virkning som eksklusive kjøpsavtaler, og førte til innlåsning av kundene, og gjorde det vanskelig for konkurrentene i markedet. Slike lojalitetsrabatter vil således alltid være forbudt i følge EF-domstolen.

Slike rabatter ble blant annet nektet i Suiker Unie, Hoffmann-La Roche og BPB Industries and British Gypsum Ltd. Disse sakene ble gjennomgått over i punkt 5.1.

Man ser her at EF-domstolen i disse sakene knytter reglene om lojalitetsrabatter opp mot reglene om eksklusive kjøpsavtaler, og sier at en lojalitetsrabatt tilbudt av et dominerende foretak gir samme effekt som om kunden skulle ha inngått en kontrakt om å handle eksklusivt fra dem. Det foretas her ingen inngående analyse av den bestemte lojalitetsrabatten man står overfor med fokus på de virkninger den har for konkurransen i markedet, men fokuserer heller på rabattens form. EF-domstolen fastslår på et mer generelt grunnlag at om man står overfor en lojalitetsrabatt, så vil den alltid være forbudt etter EF-traktaten art.82 og EØS-traktaten art. 54. I engelsk juridisk litteratur er det vanlig å bruke betegnelsen ”per se”-regel for slike generelle regler. Konkurransetilsynet ser ut til å legge samme synspunkt til grunn i sine vedtak etter konkurranseloven § 11.<sup>56</sup>

Whish har stilt seg kritisk til denne innfallsvinkelen med særlig henblikk på Hoffmann-La Roche-saken. Han mener at Kommisjonen i denne saken burde ha tatt mer hensyn til de faktiske og potensielle konkurranseskadelige virkningene i markedet før man kom til at lojalitetsrabatten var ulovlig. Rabatter er etter hans syn et viktig og vanlig virkemiddel i konkurransen, som gjør ”per se”-regler spesielt uegnet. Konkurransereglene bør ta hensyn til at alle bedrifter, inkludert de dominerende, skal kunne konkurrere på pris, noe som vil føre til billigere priser for kundene og effektiv allokering av ressursene. Generelle forbudsregler mot bestemte rabatttyper kan ifølge Whish resultere i at bedrifter lar vær å tilby sine kunder gunstigere priser i frykt for å komme i konflikt med konkurransereglene. Dette vil således da stride mot det uttrykte formålet i konkurranseloven § 1 om at konkurransen skal bidra til effektiv ressursutnyttelse som også kommer forbrukeren til gode. Konkurransemyndighetene bør derfor heller slå ned på de

---

<sup>56</sup> V2004-34. Nettbuss Sør AS, s. 14

bestemte rabattene som går lenger enn å bidra til effektiv allokering av ressursene og har konkurranseskadelige virkninger.<sup>57</sup>

### 5.2.2 Aggregerte rabatter

Man står overfor en aggregert rabatt i de tilfeller hvor kunden for å få rabatt må kjøpe et vidt spekter av produkter eller tjenester. Rabattens størrelse avhenger av kundens totale innkjøp av ulike produkter. Bedriften søker her å oppnå eksklusivitet i det ene markedet gjennom å tilby en rabatt hvor kunden kjøper varer i ulike markeder. Rabatten vil således ha samme virkning som en koblingsavtale.

Slike rabatter kan ha en kostnadsbesparende effekt for leverandøren, men også en ekskluderende effekt for konkurrenter da det blir vanskeligere for dem å tilby sine produkter i markedet da kundene har bundet seg til slike ordninger.

Et eksempel på en slik rabatt så man i Hoffmann-La Roche-saken<sup>58</sup>. I denne saken tilbød selskapet Hofmann-La Roche, som hadde en dominerende stilling i markedet for salg av vitaminprodukter en rabatt som baserte seg på kundens totale kjøp av flere ulike vitaminprodukter, og ble utbetalt etterskuddsvis.

EF-domstolen slo her ned på rabattordningen som krevde at man kjøpte hele produktspekteret for å oppnå den konkrete rabatt. EF-domstolen fastslo at en slik rabattordning direkte ble rammet av EF art. 82 annet ledd, bokstav d, som tilsvarer konkurranseloven § 11, annet ledd, bokstav d. Eksempelet som her er oppstilt forbyr ”inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden”.

EF-domstolen sa videre at

”selv om køberens misligholdelse af sin købsforpligtelse som anført af Roche ikke medførte, at køberen blev u[t]sat for sagsanlæg i anledning af kontraktbrud, men kun bevirkede, at køberen mistede den tilsagte rabat,

---

<sup>57</sup> Whish 2003, s. 695-696

<sup>58</sup> Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*. Saml. 1979 s.461

indebar kontrakterne dog altid en så stærk tilskyndelse til udelukkende at indkøbe hos Roche, at de alene af denne årsag må betragtes som misbrug af den dominerende stilling.”<sup>59</sup>

Rabatten man her stod overfor hadde således potensialet til å låse kundene til Hofmann-La Roche sine produkter, og gjorde det vanskelig for konkurrentene i markedet som bare solgte enkelte av vitaminproduktene. Skulle en kunde handle enkelte vitaminprodukter hos andre tilbydere, ville han ha gått glipp av den bonusen Hoffmann-La Roche tilbød for å kjøpe hele produktspekteret av dem.

Liknende rabatter ble tilbudt i Michelin sakene.<sup>60</sup> Her tilbød Michelin rabatter til sine kunder basert på det totale kjøp av dekk over en periode på 1 år, i tillegg til de kjøp som ble foretatt i andre dekkmarkeder hos dem. Michelin ble ikke ansett å ha en dominerende stilling i de andre dekkmarkedene, men ble her ansett å bruke sin dominerende stilling i det ene markedet for å styrke sin stilling i det andre. Denne aggregerte rabattordningen ble av retten ansett å være et misbruk av dominerende stilling, som var forbudt etter EF art. 82, annet ledd, bokstav d.<sup>61</sup>

EF-domstolen har i disse sakene fastslått at aggregerte rabatter har lojalitetsskapende virkninger da slike rabattordninger gir kunden insentiv til også å handle andre produkter fra den dominerende tilbyder, til tross for at det kanskje finnes andre konkurransedyktige tilbud på markedet. Konkurrenter blir således stengt ute av markedet, da rabatten har en innlåsende effekt på kunden.

Det foreligger foreløpig ingen norsk praksis vedrørende aggregerte rabatter i forhold til konkurranseloven § 11, men på grunnlag av det som er gjennomgått i punkt 2 er det lite sannsynlig at norske konkurransemyndigheter vil fravike EF-domstolens standpunkt på dette område. Det må således antas at slike rabattordninger som tilbys av

---

<sup>59</sup> Ibid. avsnitt 111

<sup>60</sup> Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*. Saml. 1983 s. 3461 og sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065

<sup>61</sup> Se også sak T-30/89 *Hilti AG mot Kommisjonen*. Saml. 1990 s. II-163, sak T-83/91 *Tetra Pak International mot Kommisjonen*. Saml. 1996 s. II-755, EFT 1988 L 284 s. 41 *Napier Brown-Brown Sugar* og EFT 2002 L61 s. 32 *De Poste-La Poste* for andre eksempler på aggregerte rabatter som har blitt ansett å være misbruk av dominerende stilling.

dominerende foretak også vil være et misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11.

Etter den regelen EF-domstolen her har fastslått, vil aggregerte rabatter alltid være et misbruk etter konkurranseloven § 11 der disse tilbys av dominerende aktører i markedet. Regelen er her generell, og tar ikke høyde for rabatters posisjon som et viktig virkemiddel i konkurransen. I likhet med den kritikken fra Whish som ble nevnt i punkt 5.2.1 kan en slik ”per se”-regel føre til at enkelte rabatter, som nødvendigvis ikke er konkurranseskadelige, forbys. Dominerende aktører vil således kunne vegre seg for å tilby rabatter med frykt for å komme i konflikt med konkurranseloven § 11.

### 5.2.3 ”Top-slice” rabatter

Top-slice rabatter er en type rabatt som springer ut av det faktum at en kunde får mesteparten av sine behov for en vare dekket hos en leverandør, som da gjerne har en dominerende stilling i markedet, mens den overskytende del kjøpes av konkurrerende leverandører. I disse tilfellene kan det dominerende foretaket i et forsøk på å få kunden til også å kjøpe sitt overskytende behov fra dem, tilby kunden en rabattert pris på det overskytende behov.

Et slikt tilfelle stod man overfor i Soda-ash sakene hvor selskapene Solvay og ICI ble ansett å ha dominerende stillinger i markedet for salg av kjemiske produkter.<sup>62</sup>

I disse sakene handlet kunder størsteparten av sine behov for kjemiske produkter hos de dominerende aktørene i markedet. En mindre andel av behovet ble kjøpt av konkurrerende bedrifter for å minske avhengigheten til en bestemt tilbyder. De dominerende foretakene tilbød derfor rabatter på det overskytende behov for kjemiske produkter til sine kunder dersom de valgte å kjøpe også denne delen fra dem.

Kommisjonen fastslo på tross av noe forskjellig faktum i sakene at slike rabatter må anses å være et forsøk på å styrke bedriftens posisjon i markedet ved å øke salget til kundene. Kriteriene for å oppnå rabattene forsterket kundenes tilknytning til ICI og Solvay,

---

<sup>62</sup> EFT 1991 L152 s. 21, *Soda Ash-Solvay* og EFT 1991 L 152 s. 40, *Soda Ash-ICI*. Sakene ble opphevet av prosessuelle årsaker, men konklusjonen ble opprettholdt av kommisjonen i 2000: EFT 2003 L10 s. 1, *Soda Ash-Solvay* og EFT 2003 L10 s. 33, *Soda-Ash-ICI*.

og begrenset deres mulighet til å skifte leverandør i frykt for å gå glipp av den tilbudte rabatten på den overskytende del, med den følge at konkurrentene ble stengt ute fra markedet.

Videre mente kommisjonen i Soda Ash-Solvay-saken at Solvay forskjellsbehandlet kundene ved å tilby ulike vilkår til kundene. Rabattene avspeilet ikke forskjellene i omkostninger basert på den leverte mengde, men tok kun sikte på å dekke hele kundens behov. Dette var i strid med EF-traktaten art. 82 annet ledd, bokstav c.<sup>63</sup>

”Top-slice” rabattene ble ansett å være lojalitetsrabatter som var forbudt etter EF-traktaten art. 82, og kunnes således ikke forsvares med at de medførte kostnadsbesparelser og effektivitetsgevinster for bedriften. Saken venter på behandling i Førsteinstansretten, og det gjenstår å se om retten kommer til samme konklusjon som kommisjonen.<sup>64</sup>

Generelt for begge sakene kan nevnes at kommisjonen ikke går særlig i dybden når den vurderer rabattens lojalitetsskapende virkninger, men legger stor vekt på selskapenes egne interne dokumenter som tar sikte på å utelukke effektiv konkurranse.

Det finnes ingen norsk praksis som behandler spørsmålet om ”top-slice” rabatter etter konkurranseloven § 11. Det må imidlertid antas, på bakgrunn av det som ble gjennomgått i punkt 2, at kommisjonens syn enn så lenge må tillegges noe vekt også etter norske konkurranseregler. Slike rabatter som tilbys av dominerende foretak antas å være lojalitetsrabatter som alltid vil være et misbruk av dominerende stilling, og er derfor forbudt etter konkurranseloven § 11.

Problemene knyttet til slike generelle forbudsregler er behandlet i forbindelse med rabatter med virkning som eksklusive kjøpsavtaler i punkt 5.2.1 og aggregerte rabatter i 5.2.2.

Lang og O’Donoghue argumenter i sin artikkel *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82EC*, 2002<sup>65</sup> for at rabatter bør kunne tilbys for kjøp som blir gjort i tillegg til det opprinnelige behov over et visst kvantum så lenge

---

<sup>63</sup> EFT 2003 L10 s. 1, *Soda Ash-Solvay*, avsnitt 181

<sup>64</sup> Sak T-50/0 *Soda Ash-Solvay mot Kommisjonen*. (ennå ikke i saml.)

<sup>65</sup> Temple Lang, John. *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC*. John Temple Lang og Robert O’Donoghue. I: *Forham Int’l LJ Vol. 26 no. 1 2002*, s. 159-162

tilbudet er likt for alle. En slik rabatt vil etter deres syn være konkurransefremmende på den måten at kunden får tilbud om gunstigere priser, samtidig som de ikke er forhindret fra å handle hos andre tilbydere som tilbyr konkurransedyktige priser. Reglene bør således etter deres syn i større grad ta hensyn til konsumentvelferden, og mindre hensyn til konkurrentene i markedet.

#### 5.2.4 Målrabatter

I det tilfellet hvor kunder mottar en rabatt på grunnlag av at de har møtt en individualisert salgsmålsetting over en viss periode, står man overfor en målrabatt.

Målet for bedriften ved å tilby en slik rabatt kan være å få kunden til å kjøpe mer av bedriftens produkter, noe som kan gi gevinster for bedriften, og gode betingelser for kunden på kort sikt. En målrabatt vil innebære en prisdiskriminering mellom forskjellige kunder basert på om kunden oppnår målsettingen bedriften har stilt eller ikke. I utgangspunktet kan det virke som at slike rabatter har mye til felles med kvantumsrabatter da de baserer seg på den mengde av produktet som kunden kjøper. Domstolene har imidlertid sett annerledes på slike rabatter.

I Michelin I-saken<sup>66</sup> stod Førsteinstansretten for første gang overfor en målrabatt. Rabatter ble her gitt til forhandlere i det nederlandske markedet på grunnlag av årlige salgresultater i markedet for dekk til utskiftning. Kriteriene for rabattene ble bestemt skjønnsmessig for hver enkelt kunde av Michelin basert på hvor mye man klarte å selge i forhold til salgresultatene fra året før. En del av rabatten ble utbetalt på forskudd fordelt utover året, mens det resterende beløp ble utbetalt på slutten av året hvis salgsmålsettingen, som Michelin på skjønnsmessig grunnlag hadde fastsatt mot slutten av året, ble nådd. En salgskonsulent hos Michelin oppfordret forhandlere til å kjøpe mer på slutten av året dersom de lå like under kravet for å få hele rabatten.

EF-domstolen sa her at for å avgjøre om man i dette tilfelle stod overfor en rabatt som hadde en lojalitetsskapende effekt, som var ulovlig etter daværende EF-traktaten artikkel 86 (nå 82), skulle man foreta en grundig vurdering hvor alle omstendigheter i saken måtte vurderes. Man måtte her vurdere om rabatten, særlig på grunnlag av de

---

<sup>66</sup> Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*. Saml. 1983 s. 3461



kriterier som ble stilt, skulle ”fjerne eller begrense koberens muligheter for at foretage indkøb efter et frit valg”, og skulle ”spærre konkurrenterne adgang til markedet”, og som ikke ”har svaret nogen begrundet modydelse af økonomiske art”.<sup>67</sup>

Det ble i denne saken lagt vekt på at referanseperioden, som ga grunnlaget for tildeling av rabatten, var relativt lang, noe som la sterkt press på forhandlerne for å handle mer på slutten av året slik at de ville kvalifisere til hele rabatten. Konkurrentene i markedet kunne vanskelig tilby ett like bra tilbud på slutten av året for et betraktelig mindre kjøp, som kunne konkurrere med Michelins årlige rabatt.

Domstolen fant videre at rabattsystemet var svært vanskelig å forutberegne da kriteriene for å få full rabatt forandret seg i løpet av året for hver enkelt forhandler. Kriteriene var således for lite objektive. Dette skapte en usikkerhet hos forhandlerne, som også kunne anses som et pressmiddel overfor disse til å fortsette å handle med Michelin.

Rabattordningen ble av disse grunner ansett å skulle hindre kunder fra å velge fritt blant tilbydere, og gjøre det vanskeligere for konkurrenter å få tilgang til markedet. Dette var således en rabattordning som hadde lojalitetsskapende virkninger som måtte anses å være ulovlig etter EF art. 82.

Det kan se ut som at man ut i fra denne dommen kunne godtatt en målrabatt, som hadde en kortere referanseperiode, stilte mer objektive kriterier for tildeling av rabatten og var mer transparent. Dette ble imidlertid avkreftet i Irish Sugar-saken, hvor Førsteinstansretten tok en mer generell kritisk holdning til alle former for målrabatter.<sup>68</sup>

Irish Sugar hadde en dominerende stilling i markedet for salg av sukker i Irland. I denne saken stod man overfor forskjellige målrabatter som ble tilbudt av Irish Sugar til sine kunder hvis de økte sine gjennomsnittelige kjøp basert på referanseperioder på 6-12 måneder. Irish Sugar hadde i denne saken anført at målrabattene her var et utslag av rene kvantumsrabatter, men dette ble ikke godtatt av kommisjonen eller Førsteinstansretten.

”... Kommissionen [har] ikke anlagt et åbenbart fejlskøn ved at antage, at når en markedsdominerende virksomhed yder en rabat, der kædes sammen med en stigning i indkøbene over en bestemt periode, men

---

<sup>67</sup> Ibid. avsnitt 73.

<sup>68</sup> Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*. Saml. 1999 s. II-2969

uden at være en almindelig mængderabat (betragtning 153), hvilket sagsøgeren ikke bestrider, er der tale om misbrug af denne dominerende stilling, da en sådan praksis alene kan have til formål at binde de kunder, der modtager rabatten, og stille konkurrenterne ringere i konkurransen.”<sup>69</sup>

Dommen viser at der man står overfor en målrabatt, og ikke en kvantumsrabatt, må denne anses å ha lojalitetsskapende virkninger som er forbudt etter EF-traktaten art. 82 og EØS-avtalen art. 54. Det samme må antas å gjelde etter konkurranseloven § 11 med grunnlag i harmoniseringshensynet behandlet i punkt 2.

Det kan imidlertid virke som om Førsteinstansretten inntar en litt mildere holdning igjen i den nylige avsatte *British Airways*-saken.<sup>70</sup> *British Airways* saken ble avsagt bare noen måneder etter *Michelin II*-saken som behandles i neste punkt, og bygger i stor grad på denne avgjørelsen.

I denne saken behandlet Kommisjonen og Førsteinstansretten for første gang lojalitetsskapende målrabatter i tjenestesektoren og på kjøpersiden.<sup>71</sup> *British Airways* tilbød her en belønning til reiseselskaper i Storbritannia som klarte å selge et visst antall reiser med *British Airways* sine fly. Belønningen ble her gitt med tilbakevirkende kraft når salgsmålsettingen var oppnådd, slik at reiseselskapene fikk en høyere kommisjon for alle de solgte reisene i en angitt periode. En viss del av inntektene fra salg av flyreisene ble således tilbakebetalt til reisebyråene som en bonus på kommisjonen.

Førsteinstansretten uttalte igjen at vurderingen av om man stod overfor en målsetningsrabatt som hadde lojalitetsskapende virkning som var forbudt etter EF art. 82, måtte avgjøres konkret, hvor alle omstendigheter i saken måtte tas i betraktning.<sup>72</sup>

Det nevnes videre

---

<sup>69</sup> Ibid. avsnitt 213.

<sup>70</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, Saml. 2003 s. II-5917.

<sup>71</sup> Jones 2004, s. 440

<sup>72</sup> Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*, Saml. 2003 s. II-5917, avsnitt 270.

”I den foreliggende sag skal det afgøres, om de kommercielle aftaler og den nye resultatpræmieordning havde lojalitetsskabende virkninger i forhold til rejsebureauerne i Det Forenede Kongerige, og, i givet fald, om disse ordninger er basert på en modydelse, som er økonomisk begrundet...”<sup>73</sup>

Med dette presiseres uttalelsene fra tidligere saker med at lojalitetsskapende rabatter tilbudt av et dominerende foretak må anses som misbruk med mindre de kan begrunnes i økonomiske betraktninger. Uttalelsene her kan tyde på at Førsteinstansretten ikke behandler rabatter som har lojalitetsskapende virkning like formalistisk som rene lojalitetsrabatter, som i følge EF-domstolen alltid vil være forbudt etter reglene om misbruk av dominerende stilling.<sup>74</sup> Det kan således kanskje utledes av denne dommen at domstolen åpner for å vurdere økonomiske betraktninger, for å anse om en rabatt med lojalitetsskapende virkning likevel skal kunne godtas.

Førsteinstansretten fant imidlertid at British Airways ikke kunne godtgjøre at det lå tilstrekkelige driftsfordeler til grunn for å kunne akseptere resultatpræmieordningen i denne saken, og måtte således anses som en ordning med lojalitetsskapende virkning som var forbudt etter EF art.82.

Det at man i denne saken stod overfor en rabatt gitt på tjenestesektorens område ble av domstolen ikke særlig ihensyntatt ved avgjørelsen av om resultatpræmieordningen var å anse som en ulovlig rabatt med lojalitetsskapende virkning. Det kan imidlertid tenkes at man på tjenestesektorens område kan stå overfor særegne forhold som tilsier en noe annen fortolkning av reglene. I deler av tjenestesektoren kan for eksempel etableringsbarrierene være spesielt høye, slik at det dominerende foretak må være ekstra påpasselig med de rabatter de tilbyr da rabatten kanskje raskere anses å ha lojalitetsskapende virkning. Dette vil kanskje være tilfellet i bransjer hvor det kreves spesielle kvalifikasjoner for å kunne drive med den aktuelle virksomhet, eksempelvis i enkelte meglerbransjer. I motsatt fall kan det også tenkes at enkelte bransjer i tjenestesektoren har svært lave etableringsbarrierer med jevnt tilsig av nye tilbydere i markedet, som kanskje kan tale for en videre adgang for dominerende foretak til å tilby bestemte rabatter.

---

<sup>73</sup> Ibid. avsnitt 271.

<sup>74</sup> Jones 2004, s. 445.

EF-domstolens praksis med ”per se”-regler viser imidlertid at domstolen ser seg mest tjent med å ha enkle regler å forholde seg til fremfor å gå i dybden og vurdere virkningene en bestemt rabatt har for konkurransen. Om man ser på reglene for de fire friheter, har EF-domstolen i den senere tid vist en tendens til å ville harmonisere reglene i tjenestesektoren med de tilsvarende reglene på området for varer.<sup>75</sup> Det vil derfor være noe overraskende om EF-domstolen velger å gi konkurransereglene en annen anvendelse når man står overfor rabatter i tjenestesektoren enn hva som ville vært tilfelle når det gjelder rabatter gitt for varekjøp.

Det kan utledes av de overfor nevnte dommene at domstolene har inntatt en streng holdning overfor målrabatter, hvor man i utgangspunktet mener at slike rabattordninger har samme virkning som lojalitetsrabatter, og således er forbudt etter EF art. 82. Det dominerende foretak må selv bevise at den rabatten man står overfor kan forsvares i økonomiske betraktninger, slik at den går klar av forbudet i EF art. 82. Det samme må antas å gjelde etter konkurranseloven § 11 med grunnlag i harmoniseringsbetraktningene som ble gjennomgått i punkt 2.

### 5.2.5 Standardiserte volumrabatter

En standardisert volumrabatt omfatter de rabatter som i hovedsak relaterer seg til den mengden av produkter som kunden kjøper. Kriteriene for å kvalifisere til rabatten vil videre være standardiserte på den måten at alle som oppfyller kravene vil få tilbud om rabatten. Rabatten vil således ikke diskriminere mellom kundene.

En slik standardisert volumrabatt ble for først gang behandlet av Kommisjonen og Førsteinstansretten i Michelin II-saken.<sup>76</sup> Michelin ble i denne saken ansett å ha en dominerende stilling i markedet for nye dekk til utskiftning på tunge kjøretøyer i Frankrike. Michelin tilbød en rekke rabattordninger til sine kunder, blant annet en kvantumsrabatt til sine forhandlere som baserte seg på standardiserte kjøpsmålsettinger, som var like for alle. Denne kvantumsrabatten ble gitt prosentvis etter et trappetrinnsprinsipp basert på årlig salg

---

<sup>75</sup> Sak C-384/93 *Alpine Investments mot Minister van Financiën*, Sml. 1995 s. I-1141

<sup>76</sup> Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065

av nye dekk til utskiftning. Rabattskalaen var tilgjengelig for alle forhandlere slik at jo mer forhandlerne kjøpte, jo større ble prosentsatsene etter rabattskalaen.

I Kommisjonens avgjørelse ble denne rabatten ansett å være ulovlig etter EF art.82, hvor det særlig ble lagt vekt på to forhold. For det første begrunnet Kommisjonen sin avgjørelse med at EF-domstolen konsekvent forbød bruk av rabatter, som ble gitt på grunnlag av referanseperioder på over 3 måneder, da slike referanseperioder ikke var i overensstemmelse med normal konkurranseatferd.<sup>77</sup> I denne saken ble rabatten gitt på grunnlag av årlige salg, og referanseperioden på 12-13 måneder var således for lang. For det andre mente Kommisjonen at en rabatt bare var lovlig dersom den svarte til de stordriftsfordeler foretaket oppnådde gjennom de merinnkjøp kundene ble oppfordret til å foreta.<sup>78</sup>

Michelin mente Kommisjonen hadde tolket reglene feil på begge disse punktene, og anket avgjørelsen inn for Førsteinstansretten. Domstolen var enig med Michelin i at det ikke forelå noen fast praksis fra domstolens side, som sa at rabatter med referanseperioder på over 3 måneder alltid ville være et misbruk.<sup>79</sup>

Førsteinstansretten tok her det samme utgangspunkt, som i de tidligere saker vedrørende rabatter. En rabattordning som stiger i takt med den mengden kunden kjøper er i overensstemmelse med EF art.82 med mindre ordningen ikke kan begrunnes i økonomisk betraktninger, men heller er et middel for å låse kundene inne og skade konkurrentene. Om man sammenligner denne saken med British Airways-saken, antyder domstolen her at man bare skal vurdere økonomiske betraktninger for å fastslå om man står overfor en lovlig kvantumsrabatt. British Airways-saken synes å gå noe lenger.<sup>80</sup>

Domstolen gjorde det videre klart at ikke-diskriminerende rabattordninger også kunne anses som lojalitetsskapende rabatter som var i strid med EF art. 82.

---

<sup>77</sup> EFT 2002 L143 s. 1, *Michelin II*, avsnitt 216

<sup>78</sup> L.c.

<sup>79</sup> Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065, avsnitt 85

<sup>80</sup> Se punkt 5.2.4

Om den standardiserte volumrabatten i dette tilfellet var å anse som et misbruk, måtte avgjøres etter en nærmere konkret vurdering hvor alle omstendigheter måtte tas i betraktning, og da særlig de kriterier som lå til grunn for å kunne få rabatten.

Førsteinstansretten kom frem til at det var store variasjoner i prosentsatsene for de ulike trappetrinnene i rabattordningen, hvor de nedre trinnene ga mye større rabattutslag enn de øvre. Rabatten baserte seg videre på en referanseperiode på et år, hvor den samlede omsetning var avgjørende for rabattens størrelse. Rabatten ble også utbetalt etterskuddsvis. På denne måten ble forhandlerne presset til å fortsette å handle hos Michelin i hele perioden slik at de ville kvalifisere til de høyere rabattrinnene, som også ga utslag på det allerede innkjøpte kvantum.

Det ble også i denne saken lagt vekt på at den standardiserte volumrabatten inngikk i et mer komplekst rabattsystem hvor man stod overfor flere rabattordninger. Dette økte forhandlernes avhengighet til Michelin. Rabattsystemet hadde således trekk av å være lojalitetsskapende.

Michelin klarte ikke i denne saken å bevise at rabattene som ble tilbudt representerte stordriftsfordeler, som kunne føres videre til forhandlerne. Førsteinstansretten mente derfor i likhet med Kommisjonen at rabattordningen var urettferdig, var ment å låse forhandlerne inne, og hindre konkurrenters adgang til markedet. Det at man her stod overfor en forutberegnet rabattordning som ikke diskriminerte mellom forhandlerne, kunne ikke tillegges vekt når rabattordningen var lojalitetsskapende. Førsteinstansretten konkluderte på grunnlag av rabattordningens lojalitetsskapende virkninger at den standardiserte volumrabatten man her stod overfor var et misbruk av dominerende stilling etter EF art.82.

Dommen viser derfor at selv om man står overfor volumrabatter som gjelder likt for alle, og som er forutberegnet for kundene, også kan anses som misbruk dersom de har lojalitetsskapende virkninger som ikke kan forsvares konkret i stordriftsfordeler som det dominerende foretaket oppnår gjennom rabattordningen.

Brian Sher kritiserer i sin artikkel "Price Discounts and Michelin II; What Goes Around Comes Around" EF-domstolens standpunkt overfor rabatt- og bonusordninger i lys

av Kommisjonens uttalelser i Michelin II-saken.<sup>81</sup> Artikkelen ble skrevet før Førsteinstansretten bekreftet Kommisjonens beslutning. Sher argumenterer i denne artikkelen for at den misbruksvurderingen som EF-domstolen legger opp til er urealistisk i en kommersiell sammenheng. Han nevner at Kommisjonen i Michelin II-saken ikke gikk i dybden da rabattordningene man stod overfor ble vurdert. Det ble etter en overfladisk vurdering av rabattens form konkludert med at man her stod overfor rabattordninger som hadde lojalitetsskapende virkninger uten at man gikk inn på en nærmere analyse av rabattordningenes konkrete konkurranseskadelige virkninger.

Sher nevner videre at EF-domstolens vurderinger er mangelfulle og at de ikke tar hensyn til hvordan næringslivet fungerer i praksis. Det grunnleggende skillet mellom rene kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter som EF-domstolen har tatt utgangspunkt i, passer svært dårlig med realitetene i næringslivet. Det er etter hans syn urealistisk å tro at kontrakter mellom selger og kjøper forhandles på individuell basis fra gang til gang, og at det ved kontraktsinngåelse bare tas hensyn til kostnadsbesparelser for bedriften som de kan føre videre til sine kunder. Konkurransen er mer kompleks enn som så, hvor det inngås langsiktige kontrakter og hvor samarbeidet gjerne varer over lengre tid. Bedrifter vil alltid i større eller mindre grad søke å beholde kundene hos seg, og dette er også kundene inneforstått med.

### 5.3 Tillatte rabatter

#### 5.3.1 Lovlige kvantumsrabatter

Det følger av hva som er gjennomgått i punkt 3.4 at rene, ikke-diskriminerende kvantumsrabatter, som kan forsvares i økonomiske motytelser, har blitt godtatt av EF-domstolen, og således aldri kan være i strid med konkurranseloven § 11.

Senest i British Airways ble det uttalt i avsnitt 246 at

”Mængderabatordninger, der udelukkende har sammenhæng med den indkøbte mængde hos en dominerende producent, anses i almindelighed ikke for i strid med artikel 82 EF at hindre, at kunderne foretager indkøb hos

---

<sup>81</sup> Sher, Brian. *Price Discounts and Michelin II; What Goes Around, Comes Around*. European Competition Law Review nr. 10 2002

konkurrentene... Såfremt en stigning i den leverede mængde medfører lavere omkostninger for leverandøren, er denne berettiget til at give kunden fordel heraf ved en mere fordelagtig prissætning... Mængderabatter antages således at afspejle effektivitetsgevinster og stordriftsfordele for den dominerende virksomhed.”

Om man står overfor en lovlig kvantumsrabatt som utelukkende er knyttet til den innkjøpte mengde, må i følge EF-domstolens praksis avgjøres fra sak til sak på grunnlag av de konkrete omstendigheter.

Et eksempel på en kvantumsrabatt som ble godtatt så man i Konkurransetilsynets omgjøring av vedtak overfor Nettbuss Sør AS.<sup>82</sup> Nettbuss Sør AS, som driver ekspressbussrute på Sørlandet, ble med en markedsandel på 80 % i et marked med høye etableringshindringer ansett å ha en dominerende stilling på denne bussrutestrekningen. Busselskapet tilbød blant annet i denne saken en rabatt ved kjøp av tur-retur billetter til alle sine passasjerer.

Konkurransetilsynet gikk inn på en nærmere vurdering av rabattordningen etter mønster oppstilt av EF-domstolen for å undersøke om den hadde lojalitetsskapende (innlåsende) eller utestengende virkninger. Rabattordningen var i denne saken direkte knyttet til kjøp av flere reiser. Rabatten var flat, på den måten at rabatten ble trukket fra prisen direkte ved betaling. Rabattene var således forutberegnlige for kundene, som med letthet kunne vurdere disse tilbudene opp mot konkurrerende tilbud i markedet. Rabattene var videre bare tilknyttet de allerede kjøpte reisene, og kundene kunne derfor ikke risikere å miste den opptjente rabatt ved å benytte et konkurrerende busselskap senere. Konkurransetilsynet kom derfor til at denne rabatten bare var knyttet til den mengden reiser som ble kjøpte, og hadde således ingen innlåsende effekt på kundene.

Konkurransetilsynet gikk deretter over til å vurdere hvorvidt rabattordningene kunne anses å ha utestengende virkninger overfor konkurrenter i markedet. Man fant her at rabattene bare var knyttet til de enkelte reiser som ble kjøpt, og det var ingenting som forhindret kunden i å velge et annet busselskap ved neste reise. Konkurrentene ble således ikke ekskludert fra markedet. Nettbuss Sør AS tilbød også flere avganger på sine bussreiser

---

<sup>82</sup> Vedtak V2004-34. *Nettbuss Sør AS*



enn det konkurrenten her gjorde. Dette kunne derfor føre til at kundene heller ønsket å reise med den dominerende aktør fremfor konkurrenten. Konkurransetilsynet så imidlertid avgangsfrekvensen som en viktig konkurranseparameter, som heller var et uttrykk for kvaliteten på ytelsen, og konkluderte derfor med at rabatten ikke hadde tilstrekkelig ekskluderende virkning i markedet.

At konkurransetilsynet i denne saken vurderer de innlåsende og utestengende virkninger hver for seg, kan virke noe kunstig. Vanligvis vil en ekskluderende effekt nettopp følge av at det er tale om en rabatt som virker innlåsende på kundene. Konkurransetilsynet kom uansett i denne saken til at man ikke stod overfor en rabattordning med lojalitetsskapende virkning, men utelukkende var knyttet til den mengden turer som ble kjøpt.

Konkurransetilsynet så til slutt også på effektivitetsgevinstene som ble utløst av rabattene. Det ble her fastslått at Nettbuss Sør AS ikke klarte å påvise at den aktuelle rabatten utløste slike økonomiske gevinster, men var uten betydning da man tidligere hadde kommet til at rabatten ikke hadde lojalitetsskapende virkninger. Tur-retur-rabatten som det dominerende foretaket her tilbød var således en kvantumsrabatt, som ikke var å anse som utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11.

Rabatter som tilbys av dominerende aktører, som kun er knyttet til den mengden av produktet som kunden kjøper, og som ikke har lojalitetsskapende virkninger, er således lovlige kvantumsrabatter etter konkurranseloven § 11 da disse rabattene bidrar til en effektiv allokering av samfunnsressursene i form av stordriftsfordeler for bedriftene, og gunstigere priser for kundene.

### 5.3.2 Funksjonsrabatter

Man står overfor en funksjonsrabatt i de tilfellene hvor en rabatt blir gitt til kunden i bytte mot at han utfører bestemte tjenester for leverandøren. Rabatten representerer her et vederlag for den tjeneste som utføres. Slike motytelser kan blant annet bestå av markedsføringsoppdrag som kunden påtar seg å utføre i forbindelse med videresalg av produktet, videre distribusjon og transport, eller forpliktelse for kunden til å anvende bestemte hylleplasser i sine butikker for produktet. En funksjonsrabatt representerer således de kostnadsbesparelser som realiseres ved at kunden påtar seg å utføre kostnadskrevende

tjenester for leverandøren. Funksjonsrabatter vil ikke ha noen innlåsende effekt på kundene, eller ekskluderende virkning overfor konkurrenter, og kan således ikke anses å ha lojalitetsskapende virkning, som er forbudt etter konkurranseloven § 11.

En funksjonsrabatt var oppe til vurdering i Kommisjonen i en sak som gjaldt den italienske grenen av Coca-Cola.<sup>83</sup> I denne saken tilbød Coca-Cola en rekke rabatter til sine distributører. En av disse rabattene omfattet betaling for markedsføringstiltak som kundene påtok seg å utføre for Coca-Cola. Kommisjonen anså denne rabatten som en kompensasjon for de tiltak kunden påtok seg å utføre, og var således en lovlig funksjonsrabatt. En tilsvarende rabatt ble også akseptert i Plaster Board II-saken.<sup>84</sup>

I dagligvarebransjen er bruk rabatter utbredt ved salg av hylleplasser. Leverandørene forsyner her dagligvarekjedene med produkter til videresalg, som kjedene betaler et vederlag for. Den fastsatte pris kan ofte her inkludere en rekke former for rabatter, som innebærer kostnadsbesparelser for leverandøren. Enkelte av disse rabattene utgjør vederlag til dagligvarekjedene for tjenester som dagligvarekjedene yter til sine leverandører. Slike tjenester omfatter her utgifter i forbindelse med markedsføring av produkter i regi av dagligvarebutikkene, betaling for at produktene tas inn som en del av sortimentet i flest mulige butikker, distribusjon av varer til kjedenes ulike butikker og betaling for bestemte hylleplasser i butikkene. Hylleplassene har her en viktig funksjon i konkurransen mellom leverandørene i de ulike produktmarkedene.

Konkurransetilsynet offentliggjorde i februar i år sin rapport om betaling for hylleplass.<sup>85</sup> Her ble det blant annet foretatt en nærmere vurdering av de virkninger rabatter, som ledd i betaling for hylleplass, hadde på konkurransen i dagligvaremarkedet i Norge i forhold til konkurranseloven § 11. Konkurransetilsynet fokuserte på fire ulike typer rabatter, som leverandørene tilbød dagligvarekjedene som betaling for hylleplass. Disse var varelinjerabatter, årsbonuser, faste beløp og vekst- og volumbonuser.

---

<sup>83</sup> EFT 1997 L218 s. 15, *Coca-Cola Italia*

<sup>84</sup> EFT 1992 C321 s. 12, *Plasterboard II*

<sup>85</sup> Rapport fra Konkurransetilsynet, Betaling for hylleplass, 2005

I sin vurdering kom Konkurransetilsynet til at det vanskelig kunne sies noe generelt om betaling for hylleplass, men slike betalinger måtte vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle ut i fra om de hadde lojalitetsskapende virkninger eller ikke.

Konkurransetilsynet fant imidlertid at betaling for hylleplass i utgangspunktet virker konkurransefremmende, ”fordi hylleplassbetalingen gir kjedene flere virkemidler til å hente ut deler av leverandørens overskudd”, og det er først når ”hylleplassbetaling benyttes som virkemiddel til eksklusjon av konkurrenter at hylleplassbetaling er konkurransedempende”.<sup>86</sup>

Etter hva som her er gjennomgått, må utgangspunktet være at funksjonsrabatter som tilbys av dominerende aktører er lovlige så lenge rabatten representerer kompensasjon for den motytelse som kreves. Man må imidlertid også her vurdere rabatten konkret i hvert enkelt tilfelle. Viser det seg at rabatten i realiteten også omfatter noe mer enn bare kompensasjon for motytelsen, kan dette tale for at man står overfor en rabatt med lojalitetsskapende virkning, som er ulovlig etter konkurranseloven § 11.

### 5.3.3 Andre rabatter

I *British Airways*-saken uttrykte Kommisjonen at EF-domstolen hadde fastsatt et prinsipp om ”at en dominerende udbyder kan yde rabatter, der har relation til en effektivitetsgevinst...”<sup>87</sup> Andre rabatter tilbudt av det dominerende foretak som kan begrunnes i økonomiske betraktninger, som kostnadsbesparelser og effektivitetsgevinster for leverandøren, vil derfor også kunne være lovlig etter konkurranseloven § 11.

Rabatter som gis avhengig av avstand til leveringssted, vil kunne forsvares ut i fra økonomiske betraktninger. Det bør ikke være noe i veien for å tilby rabatterte priser til kunder som ønsker levering nærmere leverandøren, enn de som vil ha levering lenger unna. Prisforskjellene kan her forsvares ut i fra forskjellene i transportkostnadene i de ulike tilfellene, og kan således ikke anses å være ulovlig prisdiskriminering som er forbudt etter konkurranseloven § 11, annet ledd, bokstav c da man her ikke står overfor likeverdige ytelser.

---

<sup>86</sup> Rapport fra Konkurransetilsynet, *Betaling for hylleplass*, 2005, s. 60

<sup>87</sup> EFT 2000 L 30 s.1, *British Airways*, avsnitt 101

Rabatter som gis på grunnlag av hurtig betaling vil også kunne være objektivt forsvarlig.<sup>88</sup> For bedriften vil det være en fordel at kundene betaler så raskt som mulig, og rabatten vil her kunne begrunnes i de fortjenester bedriften har som følge av dette. Slike rabatter må også anses å være lovlig etter konkurranseloven § 11 da de ikke har lojalitetsskapende virkninger.

#### 5.4 Oppsummering

Overfor i punktene 5.1 til 5.3 er det redegjort for hvordan EF-domstolen har behandlet ulike rabattordninger, og hvorvidt disse rabattordningene kan anses å være lovlig eller ikke. Den misbruksvurderingen EF-domstolen legger opp til vil også gjelde for norske rettsanvendere etter det som er gjennomgått i punkt 2.

Det følger av EF-domstolens praksis at man står overfor en rabatt med lojalitetsskapende virkning i de tilfeller hvor rabatten gir kunden insentiv til å handle eksklusivt eller for det alt vesentlige av det dominerende foretaket. Slike rabatter vil ha en innlåsende effekt på kundene, og vil også være ekskluderende for konkurrentene i markedet. Det er ikke her nødvendig å konstatere noen reell konkurranseskadelig virkning. Det presumeres at en lojalitetsskapende rabatt har en potensiell skadelig virkning for konkurransen.

Av den praksis som foreligger fremgår det at retten har inntatt en streng holdning overfor rabatter med samme virkning som eksklusive kjøpsavtaler, aggregerte rabatter, ”top-slice” rabatter og enkelte målrabatter, og det kan således antas at det er en presumpsjon for at man i disse tilfellene står overfor rabatter med lojalitetsskapende virkninger som er ulovlige etter EF art. 82, og derfor også konkurranseloven § 11. Det dominerende foretaket må i disse tilfellene selv bevise at rabattordningen kan forsvares i stordriftsfordeler, som gjør at man faktisk står overfor en lovlig kvantumsrabatt.

Det er i punkt 5.2.4 også antydnet at British Airways saken åpner for at rabatter med lojalitetsskapende virkninger kan anses som akseptable der den dominerende aktør kan forsvare rabattordningen i økonomiske betraktninger. Foreløpig finnes det ingen praksis som faktisk har akseptert slike rabattordninger ettersom Førsteinstansretten i British

---

<sup>88</sup> Whish 2003, s. 701

Airways saken mente at British Airways ikke hadde klart å bevise at de aktuelle bonusordningene kunne forsvares i økonomiske betraktninger. Det gjenstår derfor å se om domstolen faktisk følger opp denne uttalelsen.

Om den aktuelle rabatten man står overfor representerer et misbruk av dominerende stilling som er forbudt etter konkurranseloven § 11, må videre vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, hvor samtlige omstendigheter skal tas i betraktning.<sup>89</sup>

Michelin II-saken legger særlig vekt på tre forhold som må vurderes for å kunne fastslå at man står overfor en ulovlig rabatt med lojalitetsskapende virkning, som må anses som et misbruk av dominerende stilling også etter konkurranseloven § 11.

For det første må man vurdere om rabatten har en innlåsende virkning overfor kundene. Man må her undersøke om rabatten representerer en økonomisk fordel som gir kunden insentiv til å kjøpe hele eller det alt vesentlige av sitt behov fra den dominerende aktør. Det må for det andre undersøkes om rabatten, med grunnlag i de kriterier som stilles, hindrer konkurrentene adgang til markedet.

Utgangspunktet er, som tidligere nevnt, at ikke-diskriminerende kvantumsrabatter som utelukkende relaterer seg til den mengden av varer som kjøpes, normalt ikke kan anses å være et misbruk. Det er naturligvis ikke tilstrekkelig å kalle en rabattordning en kvantumsrabatt for at den skal være lovlig, slik Michelin hadde forsøkt med sin standardiserte volumrabatt i Michelin II-saken. I vurderingen av om man står overfor en ulovlig rabattordning skal det særlig legges vekt på de kriterier og regler som ligger til grunn for å få rabatten.

Man må videre vurdere om rabattordningen er tilstrekkelig klar og forutberegnlig for kundene. Det er her nødvendig å ta i betraktning hvorvidt rabattordningen skaper en usikkerhet med hensyn til den endelige pris for produktet slik at kunden har vanskeligheter med å sammenligne de ulike tilbudene i markedet, og danner således et avhengighetsforhold til den dominerende aktøren.

Et viktig moment i denne vurderingen vil være å se på når rabatten blir gitt. I denne anledning har EF-domstolens praksis vist at man må vurdere den referanseperiode som

---

<sup>89</sup> Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065, avsnitt 60.

ligger til grunn for rabatten. Jo lengre referanseperiode, jo vanskeligere blir det for kunden å vurdere sine kjøp hos den dominerende aktør opp mot dens konkurrenter. Dette medfører at rabatten vil ha lojalitetsskapende virkninger. I et motsatt tilfelle har Konkurransetilsynet konkludert med at kvantumsrabatter som ytes samtidig med utstedelse av faktura ikke kan anses å ha lojalitetsskapende virkning.<sup>90</sup>

Førsteinstansretten tok i Michelin II avstand fra å fastslå noen bestemt referanseperiode som kunne godtas etter EF art. 82, slik Kommisjonen gjorde. Det kan imidlertid utledes av dommen at der en utbetaling av rabatt skjer i etterkant av at betaling for kjøpet finner sted, må dette kunne forsvares i økonomiske betraktninger for ikke å anses som rabatter med lojalitetsskapende virkning.<sup>91</sup>

Det er også klart etter EF-domstolens praksis at en rabattordning ikke må gis på et diskriminerende grunnlag.<sup>92</sup> Kriteriene må således være objektive, og gjelde likt for alle kundene i markedet for å kunne anses som en lovlig rabatt.

For det tredje har det blitt fastslått i Michelin II-saken at man må vurdere om rabatten kan rettferdiggjøres objektivt i stordriftsfordeler hos det dominerende foretaket, da kvantumsrabatter ”antages... at afspejle den ydede effektivitet og stordriftsfordele, som virksomheden med den dominerende stilling oppnår”.<sup>93</sup> Her må man se på de konkrete effektivitetsgevinster og kostnadsbesparelser som utløses gjennom rabatten, og om disse fordelene videreføres til kunden. Bevisbyrden for å sannsynliggjøre stordriftsfordelene hviler på det dominerende foretaket.<sup>94</sup>

Den økonomiske teori som ligger til grunn for denne vurdering tilsier at en rabatt kan øke så lenge den gjennomsnittelige enhetskostnaden synker. Dersom det dominerende foretak ikke klarer å bevise at man ved å produsere flere enheter oppnår stordriftsfordeler,

---

<sup>90</sup> V2004-34. Nettbuss Sør AS, s. 14

<sup>91</sup> Roques, Christian. *CFI Judgement, Case T-203/01, Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v Commission*. European Competition Law Review nr. 11 2004, s. 692.

<sup>92</sup> Se blant annet Sak C-163/99, *Portugal mot Kommisjonen*. Sml. 2001 s. I-2613 og Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*. Saml. 1983 s. 3461

<sup>93</sup> Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065, avsnitt 58.

<sup>94</sup> Ibid. avsnitt 107 følgende.

kan ikke rabatten aksepteres i følge EF-domstolen. Slike rabatter vil således være et middel for å låse kundene til sine produkter, og ekskludere konkurrenter fra markedet.

EF-domstolens standpunkt på området for rabatter har blitt sterkt kritisert i den juridiske teori. Felles for den kritikken som er fremsatt er at konkurransemyndighetene i altfor stor grad belager seg på å definere bestemte rabattordninger som konkurranseskadelige, fremfor å undersøke de reelle virkninger av den konkrete rabattordningen man står overfor i de ulike tilfellene. Konkurransemyndighetene har med andre ord ikke tatt tilstrekkelig hensyn til rabatters positive virkninger i konkurransen, nemlig lavere priser, men heller inntatt en negativ holdning overfor disse, hvor man fokuserer på hvilke skadelige virkninger slike rabattordninger kan ha for restkonkurransen i markedet.

Richard Whish kommenterer i sin bok "Competition Law" at problematikken rundt rabatter og bonuser er et av de minst tilfredsstillende områder i konkurranseretten.<sup>95</sup> Han nevner for det første at reglene har utviklet seg på en formalistisk måte slik at enkelte rabatttyper alltid anses å være misbruk. Etter hans syn passer slike generelle grupperinger av rabattordninger dårlig med de økonomiske betraktningene som ligger til grunn for hvordan bedrifter velger å prise sine varer. Sann sett ville det passet bedre med regler som heller valgte en mer økonomisk tilnærming til problemet. Whish mener at det er feil å klassifisere enkelte rabattordninger som direkte ulovlig før det konstateres at den konkrete rabatten man står overfor faktisk har en konkurranseskadelig effekt.

Videre nevner Whish at det største problemet med reglene på dette området er at de i svært liten grad tar utgangspunkt i kostnadsbegrepet. Kostnadsbesparelser og effektivitetsgevinster for bedriften kommer først inn i vurderingen der bedriften selv må bevise slike driftsfordeler for at rabattordningen de tilbyr, som av rettsanvenderen har blitt ansett å ha lojalitetsskapende trekk, kan anses å være lovlig.

Derek Ridyard har også presentert et liknende syn i sin artikkel "Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis"<sup>96</sup>,

---

<sup>95</sup> Whish 2003, s. 694

<sup>96</sup> Ridyard, Derek. *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*. European Competition Law Review nr. 6 2002, s. 286

hvor han sier at konkurransemyndighetene i større grad bør ta hensyn til reelle virkninger den aktuelle rabattordningen man står overfor har på konkurransen, fremfor å fastslå at bestemte rabattordninger er konkurranseskadelige i alle tilfeller. Etter hans syn kan også rabattordninger som prisdiskriminering, målrabatter og rabatter som forutsetter eksklusivitet være uttrykk for normal og positiv konkurranse, eksempelvis i næringer hvor faste kostnader kan gjenvinnes, som ikke nødvendigvis representerer noen fare for konsumentvelferden.<sup>97</sup>

Et argument mot den kritikken som har kommet kan være at mer skjønnsmessige regler vil skape vanskeligheter for den dominerende aktøren der han ønsker å fastslå om de rabattordninger han til enhver tid tilbyr sine kunder er i overensstemmelse med konkurranselovgivningen.<sup>98</sup>

Bruk av ”per se”-regler kan videre kanskje forsvares i prosessøkonomiske betraktninger. En skjønnsmessig regel som krever en nærmere vurdering av de konkurranseskadelige virkninger en rabatt har i markedet vil kunne innebære et betydelig merarbeid for konkurransemyndighetene og domstolene.

Temple Lang og O’Donoghue foreslår i sin artikkel ”Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82EC” en rekke prinsipper retten bør ta utgangspunkt i ved vurderingen av om en rabatt skal anses å være lovlig eller ikke.<sup>99</sup> Prinsippene tar utgangspunkt i de positive virkninger rabatter har i konkurransen, og at det er konsumentvelferden som må stå sentralt i vurderingen. De mener at det bør være en presumpsjon for at rabattordninger er lovlige, så lenge det ikke kan påvises at kriteriene for rabatten har konkurranseskadelige virkninger, og at ordlyden i EF-traktaten art. 82 taler for en slik forståelse.

Om man sammenligner med amerikansk rett, ser man at reglene der gir et helt annet resultat enn hva europeiske regler ville gitt. Et godt eksempel på dette er Virgin/ British Airways saken som på samme tid ble klaget inn for Kommisjonen og amerikanske

---

<sup>97</sup> Ridyrd, Derek. *European Competition Law Review* nr. 6 2002, s. 302

<sup>98</sup> Jones 2004, s. 447

<sup>99</sup> Temple Lang, John. *Fordham Int’l LJ*. Vol. 26, no. 1 2002, s. 159-162



domstoler. I motsetning til Kommisjonen og Førsteinstansretten, kom domstolene i USA til at belønningssystemet, som British Airways tilbød reisebyråer i USA for å selge sine flybilletter, var i overensstemmelse med amerikanske konkurranseregler, da Virgin ikke klarte å bevise at dette belønningssystemet skadet forbrukerne.<sup>100</sup> Det er imidlertid verd å merke seg at de amerikanske konkurransereglene på området for rabatter er kritisert for å være for liberale.<sup>101</sup>

Kritikken som er gjennomgått over viser at det fortsatt er stor usikkerhet med tanke på hvorvidt reglene som gjelder for rabattordningers lovlighet er for vidtgående, og om de pålegger dominerende foretak for store begrensinger i konkurransen. Det gjenstår å se om EF-domstolen fortsetter å fastholde sin strenge linje mot enkelte former for rabatter, eller etter hvert vil åpne for en vurdering som i større grad tar hensyn til hver enkelt rabatts konkurranseskadelige virkninger.

---

<sup>100</sup> Sak *Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways plc.* 2d Circuit, 24. juli 2001.

<sup>101</sup> Sak *3M v. LePage Inc.* The Supreme Court, 7. januar 2004. Anken ble avvist av domstolen.

## 6 Kilder

### *Bøker, artikler m.m.*

Aschehoug og Gyldendals Store Norske Leksikon. [15.08.2005]. Tilgang:

[www.storenorskeleksikon.no](http://www.storenorskeleksikon.no)

Bellamy, Christopher. *European Community Law of Competition*. Christopher Bellamy og Graham Child. 5. utg., Sweet & Maxwell Ltd., London 2001

Eide, Erling. *Rettsøkonomi for offentlig rett*. 3. utg. Oslo 1999

*EØS-rett*. Fredrik Sejersted...[et al]. 2. utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2004

Faull, Jonathan. *The EC Law of Competition*. Jonathan Faull og Ali Nikpay. Oxford University Press, Oxford 1999

Graver, Hans Petter. *Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i konkurranseloven § 11. Fagfelleurdert artikkel*. I: Lov og Rett nr.6 2004 s. 340-359

Gyselen, Luc. (23.9.2003) *Rebates: Competition on the merits or exclusionary practice?* 8<sup>th</sup> EU Competition Law and Policy Workshop, European University Institute [10.09.2005]  
Tilgang: <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2003%28papers%29.shtml>

Jones, Alison. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*. Alison Jones og Brenda Sufrin. 2. utg. Oxford University Press, Oxford 2004

Kamerling, Alexandra. (u.å.). *Transactions and practices: EC Pricing*. Practical Law Company, Competition Law [19.08.2005]. Tilgang: <http://competition.practicallaw.com/9-107-3699>

Kolstad, Olav. *Konkurranseloven som virkemiddel til å fremme "forbrukernes interesser"*  
I: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr.1 2005, s. 1-94

Motta, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press,  
Cambridge, 2004

Ridyard, Derek. *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 –  
An Economic Analysis*. I: European Competition Law Review Issue 6 2002, s. 286-303

Ritter, Lennart. *European Competition Law: A Practitioner's Guide*. Lennart Ritter og  
David W. Braun. 3. utg., Hague 2004

Roques, Christian. *CFI Judgement, Case T-203/01, Manufacture Française des  
Pneumatiques Michelin v Commission* . I: European Competition Law Review Issue 11  
2004, s. 688-693

Sher, Brian. *Price Discounts and Michelin II; What Goes Around, Comes Around*. I:  
European Competition Law Review Issue 10 2002, s. 482-489

Temple Lang, John. *Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuse  
Under Article 82 EC*. John Temple Lang og Robert O'Donoghue. I: Fordham International  
Law Journal Vol. 26, no. 1 2002, s. 83-162

Whish, Richard. *Competition Law*. 5. utg., Butterwoths, London 2003

### **Rapporter og Retningslinjer**

Prisdirektoratet. *Retningslinjer for konkurransepolitikk overfor forenings- og  
grupperabatter*. I: Pristidenende nr. 4/92, s. 3-11

Konkurransetilsynet. *Betaling for hylleplass: Virkninger for konkurransen i dagligvaremarkedet i Norge – foreløpig rapport. I: Konkurransetilsynets skriftserie 2* (2005)

### **Lovregister**

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

§2

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

§1

§10

§11

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

§6

§7

### **Forarbeider**

NOU 2003:12. Ny konkurranselov

Ot.prp.nr.6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv. s. 221

Inst.O.nr.50 (2003-2004). Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om A) Om lov om konkurranse mellom foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om

lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven) mv.

### ***Traktater***

Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskap (EF-traktaten). Roma 15. mars 1957

Artikkel 82

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen). Oporto, 2. mai 1992

Artikkel 1

Artikkel 54

Artikkel 105

Artikkel 106

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA). Oporto, 2. mai 1992

Artikkel 3

### ***Praksis***

#### **Konkurransetilsynets vedtak**

Vedtak V2004-34 Nettbuss Sør AS - *Omgjøring av konkurransetilsynets vedtak V2004-29 om pålegg om opphør av rabattordninger på Sørlandsekspressen*. 22. desember 2004

Vedtak V2005-9. SAS AB (publ) – *vedtak om overtredelsesgebyr etter konkurranseloven § 29 jf. § 11 – konkurranseskadelig underprising på ruten Oslo-Haugesund*. 6. juni 2005

#### **EF-domstolen**

Sak 6/72 *Continental Can mot Kommisjonen*, Saml. 1973 s. 215

Forente saker 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73 *Suiker Unie mot Kommisjonen*. Sml. 1975 s.1663

Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen*. Saml. 1979 s.461

Sak 322/81 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*. Saml. 1983 s. 3461

Sak C-62/86 *AKZO mot Kommisjonen*. Saml. 1991 s. I-3359

Sak C-310/93 *BPB Industries and British Gypsum Ltd. mot Kommisjonen*. Saml. 1995 s. I-865

Sak C-384/93 *Alpine Investments mot Minister van Financiën*, Sml. 1995 s. I-1141

Sak C-163/99, *Portugal mot Kommisjonen*. Sml. 2001 s. I-2613

### **Førsteinstansretten**

Sak T-30/89 *Hilti AG mot Kommisjonen*. Saml. 1990 s. II-163

Sak T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum Ltd mot Kommisjonen*. Saml. 1993 s. II-389

Sak T-83/91 *Tetra Pak International mot Kommisjonen*. Saml. 1996 s. II-755

Sak T-228/97 *Irish Sugar mot Kommisjonen*. Saml. 1999 s. II-2969

Sak T-203/01 *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*. Saml. 2003 s. II-1065

Sak T-219/99 *British Airways mot Kommisjonen*. Saml. 2003 s. II-5917

Sak T-50/0 *Soda Ash-Solvay mot Kommisjonen*. (Ennå ikke i saml.)

### **Kommisjonens avgjørelser**

EFT 1988 L 284 s. 41 *Napier Brown-Brown Sugar*

EFT 1989 L10 s.50 *BPB Industries and British Gypsum Ltd.*

EFT 1992 C321 s. 12. *Plasterboard II*

EFT 1997 L218 s. 15, *Coca-Cola Italia*

EFT 2000 L30 s. 1, *British Airways*

EFT 2001 L143 s. 1, *Michelin II*

EFT 2002 L61 s. 32 *De Poste-La Poste*

EFT 2003 L10 s. 10, *Soda Ash-Solvay*

EFT 2003 L10 s. 33, *Soda-Ash-ICI*

**Amerikanske avgjørelser**

Sak *Virgin Atl. Airways Ltd. v. British Airways plc.* 2d Circuit 24. juli 2001

Sak *3M v. LePage Inc.* The Supreme Court, 7. januar 2004