

# JURIDISKA INSTITUTIONEN



Handelshögskolan  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

## **Rabattsystems förenlighet med Artikel 82 EG-fördraget**

– en granskning av gällande rätt i ljuset av Förstainstansrättens avgörande i Michelin II samt rättsutvecklingen mot ett mer ekonomiskt förhållningssätt till Artikel 82 EG-fördraget.

**Tillämpade studier,  
Juris kandidat Programmet  
20 poäng**

**Författare**  
Matilda Larsson

**Handledare**  
Filip Bladini

**Ämnesområde**  
Konkurrensrätt

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>4</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1. INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Ämnespresentation	7
1.2 Syfte och avgränsning	7
1.3 Metod och material	9
1.4 Forskningsläge	9
1.5 Disposition	10
<b>DEL 1</b>	<b>12</b>
<b>2. BAKGRUND</b>	<b>12</b>
2.1 Artikel 82 EG-fördraget	12
2.1.1 Allmänt om Artikel 82 EG-fördraget	12
2.1.2 Allmänt om missbruk	13
2.1.3 Skyddsintresse	15
<b>3. RABATT- OCH BONUSSYSTEM</b>	<b>17</b>
3.1 Rabatt- och bonussystem	17
3.1.1 Allmänt om rabatt- och bonussystem	17
3.1.2 Varför tillämpar företag rabatt- och bonussystem?	18
3.1.3 Sammanfattning	20
3.2 Olika typer av rabattsystem	20
3.2.1 Kvantitetsrabatter och Funktionsrabatter	20
3.2.2 Trohets- eller Lojalitetsrabatter	21
3.2.3 Målrabatter och Inköpsbonus	21
3.2.4 Aggregerade rabatter	22
3.2.5 Sammanfattning	22
<b>4. OBJEKTIVT GODTAGBARA SKÄL</b>	<b>23</b>
4.1 Objektivt Godtagbara skäl	23
4.1.1 Allmänt	23
4.1.2. Bedömningsgrunder	23

4.1.3 Bevisbörda	25
4.1.4 Bevisningens omfång	27
4.1.5 Sammanfattning	28
<b>DEL 2</b>	<b>30</b>
<b>5. OTILLÅTNA RABATTSYSTEM OCH DESS KÄNNETECKEN</b>	<b>30</b>
5.1 Allmänt om disposition	30
5.2 Rabatter förenade med exklusivitetsåtagande	30
5.2.1 Allmänt	30
5.2.2 Sugar Industry och Hoffmann-La Roche	31
5.3 Individuella målrabatter	32
5.3.1 Allmänt	32
5.3.2 Michelin I	33
5.4 Lojalitetsskapande standardiserade kvantitetsrabatter	35
5.4.1 Allmänt	35
5.4.2 Michelin II	36
5.4.3 Kommissionens beslut i Michelin II	37
5.4.4 Förstainstansrättens avgörande i Michelin II	42
<b>DEL 3</b>	<b>51</b>
<b>6. SAMMANFATTANDE KOMMENTARER</b>	<b>51</b>
6.1 Sammanfattning, bedömningskriterier	51
6.1.1 Mer om beräkningsunderlaget: referenstidens längd	51
6.1.2 Mer om beräkningsunderlaget: den totala omsättningen	55
6.1.3 Att likställa effekt med syfte	55
6.2 Sammanfattning, objektivt godtagbara skäl	62
<b>SAMMANFATTANDE SLUTSATSER</b>	<b>65</b>
<b>AVSLUTANDE REFLEKTION OCH KOMMENTAR</b>	<b>68</b>
<b>BILAGA 1</b>	<b>69</b>
<b>LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>71</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>74</b>
<b>OFFENTLIGT TRYCK</b>	<b>77</b>

## Sammanfattning

I den här uppsatsen har jag haft för avsikt att utröna under vilka omständigheter ett marknadsdominerande företags rabattsystem kan utgöra missbruk av dominerande ställning enligt Artikel 82 EG-fördraget. I och med Förstainstansrättens dom i målet *Michelin II* har särskilt stor vikt lagts vid frågan om när standardiserade kvantitetsrabatter skall anses vara otillåtna. Ytterst har jag således fördjupat mig i problematiken i att fastställa när rabattsystem utgör exkluderande missbruk. dvs. när ett rabattsystem i tillräcklig utsträckning får till effekt att reducera eller eliminera befintlig effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden genom att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter.

Vid bedömningen av huruvida ett rabattsystem skall anses vara förenligt med Artikel 82 EG-fördraget, måste rättstillämparen beakta å ena sidan företagets vilja och behov av att tillämpa rabattsystem och å andra sidan konsumenternas skyddsbehov. Konstaterar beivraren att ett rabattsystem utgör missbruk, återstår det närmast för det marknadsdominerande företaget att bevisa att rabattsystemet ändå skall anses vara tillåtet med hänvisning till objektiva godtagbara skäl. Uppvisas ej sådana skäl har företaget överträtt ifrågasvarande artikel.

Av rättspraxis kan man skapa sig en relativt klar uppfattning om vilka karaktärsdrag i ett rabattsystem som föranleder anledning att befara att missbruk föreligger. För de fall ett rabattsystem är direkt beroende av att ett exklusivetsåtagande beaktas är detta sannolikt tillräckligt för att missbruk skall föreligga. För de fall det ej finns något explicit exklusivetsavtal anslutet till rabattsystemet blir det nödvändigt att utröna huruvida rabattsystemet ändå är tillräckligt lojalitetsskapande gentemot kunderna och därmed har en utestängningseffekt för andra aktörer på marknaden. Rabattsystemets beräkningsunderlag är då i stor utsträckning avgörande och särskilt viktiga kriterier att beakta är referensperiodens längd samt huruvida rabatten beräknas på den totala omsättningen eller ifall den beräknas per segment, dvs. endast på den omsättning som överstiger ett fastställt inköpsmål. Ytterst förefaller dock den sammantagna bedömningen av samtliga omständigheter vara avgörande.

Vilka åtgärder som skall anses ha en tillräcklig grad av effekt på marknaden, förefaller slutligen vara nära förknippat med vilken mening man tillmäter begreppet ”kan påverka” i Artikel 82 EG-fördraget. Efter Förstainstansrättens dom i målet i *Michelin II* kan man i dagsläget utgå från att Kommissionen inte behöver visa att en viss åtgärd har konkreta ekonomiska verkningar på marknaden, utan för att fastställa en överträdelse av Artikel 82 EG-fördraget är det tillräckligt att visa att ett agerande av ett företag i dominerande ställning, objektiva syftar till att inskränka konkurrensen.

## Förord

Förevarande uppsats utgör det sista ledet i vad som innebär erhållandet av min juris kandidat examen och behandlar missbruk av dominerande ställning genom tillämpning av otillåtna rabattsystem.

Jag riktar ett särskilt tack till Johan Karlsson och EU- och konkurrensrättsgruppen vid Advokatfirman Vinge i Stockholm för introduktion till ett intressant rättsområde och uppsatsämne samt för inspiration. Slutligen framför jag ett tack till Filip Bladini vid Juridiska Institutionen vid Handelshögskolan i Göteborg för handledning.

Öckerö, januari 2005

*Matilda Larsson*

## Förkortningar

C.M.L.R	Common market Law Review
E.C.L.R	European Competition Law Review
ECR	European Court Report
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska Gemenskapens domstol
EGT	Europeiska Gemenskapens Tidning
Fördraget	Fördraget om Europeiska Unionen
Förstainstansrätten	Europeiska Gemenskapens Förstainstansrätt
JT	Juridisk Tidskrift
KL	Konkurrenslag (SFS 1993:20)
KKV	Konkurrensverket
Kommissionen	Europeiska Gemenskapens Kommission
MD	Marknadsdomstolen
O.J	Official Journal of the European Communities
Prop.	Proposition
SFS	Svensk Författnings Samling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt

# 1. Inledning

## 1.1 Ämnespresentation

Den 30 september 2003 avkunnade Förstainstansrätten dom i ett principiellt viktigt mål för gällande och framtida konkurrensrätt, genom att ställa däcktillverkningsföretaget Michelin till svars för att ha tillämpat ett kvantitetsrabattsystem i strid med Artikel 82 EG-fördraget.<sup>1</sup> Avgörandet innebar ett avsteg från den erkända huvudregeln att kvantitetsrabatter anses förenliga med Artikel 82 EG-fördraget och banade således väg för en rad principiellt viktiga frågeställningar. Dels är det viktigt att komma till rätta med vad domstolen anser utgöra exkluderande missbruk och urskilja de omständigheter som Kommissionen och EG-domstolarna har att beakta vid missbruksbedömningen, dels är det viktigt att få klarhet i vilka omständigheter som kan rättfärdiga ett ifrågasatt förfarande.

I det aktuella målet ställdes Förstainstansrätten dock inte endast inför det juridiska spørsmålet att förbjuda ett kvantitetsrabattsystem, utan även inför den vanskliga frågan att explicit ta ställning till huruvida Kommissionen måste bevisa ett ifrågasatt förfarandes konkurrensbegränsande effekt, för att Artikel 82 EG-fördraget skall vara tillämplig. Förstainstansrätten svarade nekande. *Michelin II* är därmed utmärkande i mer än ett avseende och den andra frågan av stor rättslig relevans är således i vilken utsträckning Kommissionen fortsättningsvis måste visa att ett påstått konkurrensbegränsande förfarande, har konkurrensbegränsande effekt.

Eftersom det numera råder stor osäkerhet beträffande gränsdragningen mellan vilka rabattsystem som skall anses vara tillåtna respektive otillåtna samt hur Artikel 82 EG-fördraget skall tillämpas, är erhållandet av vägledande meddelande från Kommissionen och vägledande beslutspraxis ytterst nödvändigt. Detta gäller särskilt med hänsyn till att fri prissättning är en grundläggande princip för marknadsekonomi och eftersom den affärsmässiga kontexten onekligen kräver att företag beviljar rabatter.

## 1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med uppsatsen är att genom att granska praxis – i synnerhet Förstainstansrättens avgörande i *Michelin II*, samt rättsutvecklingen mot ett mer ekonomiskt förhållningssätt till Artikel 82 EG-fördraget – klargöra när rabattsystem i allmänhet och kvantitetsrabattsystem i synnerhet, kan angripas med stöd av

konkurrensrättens förbud mot missbruk av dominerande ställning eftersom affärsstrategin är lojalitetsskapande och därmed har en utestängningseffekt för andra aktörer på marknaden.

För att uppfylla syftet kommer jag försöka besvara en *övergripande problemställning*, nämligen under vilka omständigheter ett marknadsdominerande företags rabattsystem kan vara oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget. I den övergripande tesen inryms fyra *delproblemställningar* som jag har för avsikt att bringa klarhet i. Dessa är följande:

- Hur definieras och konstateras kvantitetsrabatter i förhållande till andra typer av rabatter?
- Vilka karaktärsdrag i ett rabattsystem föranleder tillsammans eller på egen hand, anledning att vara uppmärksam på ifall affärsstrategin i själva verket är lojalitetsskapande?
- Vilket utrymme har ett marknadsdominerande företag som tillämpar ett orättfärdigt rabattsystem att rättfärdiga desamma med objektiva godtagbara skäl?
- Är det nödvändigt för Kommissionen att visa på konkurrensbegränsande effekt för att ett lojalitetsskapande rabattsystem skall anses oförenligt med Artikel 82 EG-fördraget?

Då läsaren förutsätts vara väl insatt i konkurrensrätt kommer grundläggande teori inte redogöras för. Orientering av missbruksbegreppet, dominansbegreppet och samhandelskriteriet lämnas därmed därhän. Eftersom uppsatsen fokuserar på situationer där rabattsystem utgör missbruk av dominerande ställning, kommer flertalet övriga situationer där ett dominerande företag missbrukar sin ställning ej redogöras för. Inom ramen för förevarande uppsats blir det heller inte aktuellt att behandla frågan om tillämpning av EG-rätt eller svensk rätt och av utrymmesskäl kommer jag endast behandla EG-rätt. I sammanhanget bör det även nämnas att eftersom uppsatsen rör missbruksbeteenden på marknaden mellan enskilda dominerande aktörer, kommer följaktligen Artikel 81 EG-fördraget om otillåtna konkurrenshämmande avtalsrelationer inte att behandlas.

Beträffande fakta i målet *Michelin II*, samt Kommissionens beslut och Förstainstansrättens avgörande kommer jag endast att redogöra ingående för de delar av fakta, beslut respektive avgörande, som är nödvändigt för att få god

---

<sup>1</sup> Mål T-203/01 *Michelin mot Kommissionen* (Fortsättningsvis refereras målet som *Michelin*)



förståelse för Michelins affärsstrategi beträffande kvantitetrabattssystem. Slutligen, vad gäller debatten om ekonomiskt förhållningssätt till Artikel 82 EG-fördraget, kommer jag endast uppmärksamma den debatt som initierats till följd av rättsfallet *Michelin II*.

### 1.3 Metod och material

Som nämnts ovan syftar uppsatsen till att klargöra den konkurrensrättsliga regleringen kring främst exkluderande missbruk på marknader med dominanta aktörer. Grunden för framställningen är en rättsdogmatisk analys, dvs. en systematisk genomgång av lagstiftning, praxis och doktrin.

Uppsatsen kommer i huvudsak grundas på rättsfallsanalyser från EG-domstolarna och på beslut av Kommissionen. Dessa båda källor är av högsta relevanta betydelse då de visar hur EG-fördragets artiklar tillämpas och även om avgöranden sker i casu har de stor betydelse för att förutse framtida rättstillämpning samt företagens framtida beteendemönster. I sammanhanget är det viktigt att påtala att rättsfallen inte utgör EG-rättslig lagstiftning och att de slutsatser som uppsatsens mynnar ut i måste ses i ljuset av detta konstaterande. Utöver rättspraxis kommer jag att inhämta material från artiklar och tal som publicerades i samband med att domen avkunnades i *Michelin II*.

### 1.4 Forskningsläge

Sedan Kommissionen beslutade i *Michelin II*, har frågor om rabattsystems förenlighet med Artikel 82 EG-fördraget, samt appliceringen av densamma, särskilt beträffande exkluderande missbruk, kommit att ta betydande utrymme i debatter rörande Artikel 82 EG-fördraget. Vad som främst lyfts fram i studier är dels på vilka bedömningsgrunder Förstainstansrätten har frångått huvudregeln att standardiserade kvantitetsrabatter skall anses förenliga med Artikel 82 EG-fördraget, dels huruvida tillämpning av Artikel 82 EG-fördraget, förutsätter att beivraren kan påvisa att den ifrågasatta åtgärden har en konkurrensbegränsande effekt. Beträffande de studier som berör sistnämnda punkt kan man urskilja två distinkta förklaringsmodeller som belyser problematiken. Dels den strukturella förklaringsmodellen, dels den ekonomiska förklaringsmodellen.<sup>2</sup>

På grund av konkurrensrättens marknadynamiska karaktär, är rättsområdet inte bara av intresse för jurister, utan även inom nationalekonomiska studier spelar

---

*II*), 30 September 2003.

<sup>2</sup> Dessa båda tillämpningssätt, eller förklaringsmodeller, kommer att behandlas vidare nedan, avsnitt 2.1.3.

konkurrensrätten en väsentlig roll.<sup>3</sup> Generellt sett finns det omfattande forskning som rör mikroekonomisk teori i relation till konkurrensrätt, exempelvis Philips studie i *The Economics of Price Discrimination* och Pigous studie i *The Economics of Welfare*. I detta avseende är det även värt att nämna Bishop & Walkers *The Economics of EC Law* samt Posners *Economic Analysis of Law*. Inom svensk forskning återfinns bl.a. Henrikssons avhandling *Rätten till priskonkurrens* som behandlar relevant teori i fråga om prissättning. Viktiga frågor som är högaktuella till följd av förstainstansrättens avgörande i *Michelin II* är bland annat i vilken utsträckning ekonomiska underlag skall styra appliceringen av Artikel 82 EG-fördraget, samt vilka möjligheter ett företag har utifrån ett ekonomiskt perspektiv, att rättfärdiga ett i sig konkurrensbegränsande beteende.

## 1.5 Disposition

Den följande framställningen av uppsatsen kommer disponeras enligt följande. I **Del 1** (kapitel 2-4) kommer inledningsvis uppsatsens utgångspunkter befästas. Häri inryms två dimensioner, en affärsmässig och en juridisk. Trots att den affärsmässiga dimensionen endast behandlas övergripande anser jag ändå att den fyller en viktig funktion genom att skapa en bild av hur den affärsmässiga kontexten kan se ut är när företag utformar prissättningsstrategier, och genom att redogöra för vilka intressen företag typiskt sett har att beakta när prissättningsstrategier såsom rabattsystem utformas. Den juridiska dimensionen syftar till att kortfattat redogöra för under vilka förutsättningar Artikel 82 EG-fördraget är tillämplig. Vidare differentieras vilka former av rabattsystem som hittills ansetts vara förenliga respektive oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget. Syftet i denna del är ytterst att visa hur kvantitetsrabatter definieras och konstateras i förhållande till andra typer av rabatter samt introducera läsaren till institutet objektiva godtagbara skäl.

I **Del 2** (kapitel 5) följer en sammanfattande rättsfallsanalys av den praxis som varit vägledande avseende beviljandet av rabattsystem. Häri inryms en noggrann skildring domen i målet *Michelin II* som hösten 2003 rubbade föreställningen att kvantitetsrabatter är förenliga med Artikel 82 EG-fördraget. Michelins affärsstrategi beskrivs och analyseras således relativt detaljerat, likaså Kommissionens beslut och Förstainstansrättens avgörande.

---

<sup>3</sup> Beakta exempelvis följande uttalande: ”konkurrenspolitikens utformning och utveckling i olika länder påverkas av en rad olika förhållanden. Den akademiska forskningen inom olika delar av de ekonomiska och juridiska disciplinerna utgör en viktig källa till förändrade synsätt och värderingar.” Prop. 1999/2000:140, *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*, s. 59.

I **Del 3** (kapitel 6) sammanfattas och kommenteras de kriterier som Kommissionen respektive Förstainstansrätten lagt vikt vid i sin missbruksbedömning av rabattsystem. Förhoppningen är att läsaren vid det här laget har en god uppfattning om dels vilka karaktärsdrag i ett rabattsystem som medför anledning att vara uppmärksam på att rabattsystemet i själva verket kan vara lojalitetsskapande, dels vilket utrymme ett företag har att rättfärdiga ett i sig otillåtet rabattsystem med objektivt godtagbara skäl. Inom denna del vidareutvecklas även Förstainstansrättens förhållningssätt till Artikel 82 EG-fördraget och likaså huruvida det är nödvändigt för Kommissionen att visa på konkurrensbegränsande effekt för att ett lojalitetsskapande kvantitetrabattsystem skall anses oförenligt med Artikel 82 EG-fördraget. Framställningen kommer att utmynna i ett avsnitt där jag ämnar redogöra för var vi står i dagsläget efter avgörandet i *Michelin II*. Avslutningsvis kommer de slutsatser som studien påvisat sammanfattas och kompletterande egna reflektioner redogöras för.

# DEL 1

## 2. Bakgrund

### 2.1 Artikel 82 EG-fördraget

#### 2.1.1 Allmänt om Artikel 82 EG-fördraget

Enligt Artikel 82 i EG-fördraget är ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och därmed förbjudet.<sup>4</sup> Bestämmelsen tar således sikte på konkurrensbegränsande handlande som tillämpas ensidigt av ett företag eller av en företagsgrupp och bestämmelsens svenska motsvarighet, 19 § KL, har utformats i nära överensstämmelse med ifrågasatta Artikel.<sup>5</sup> Artikel 82 EG-fördraget lyder:

#### *Artikel 82*

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

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.<sup>6</sup>

De grundläggande förutsättningarna för att Artikel 82 EG-fördraget skall kunna tillämpas är således att ett företag eller en företagsgrupp innehar en dominerande ställning på en relevant marknad, att den ifrågasatta åtgärden har vidtagits av ett

---

<sup>4</sup> Wetter Carl, Karlsson Johan, Rislund Olle, Östman Marie, *Konkurrenslagen – en handbok*, Thomson fakta; Advokatfirman Vinge KB, 3 uppl., Stockholm 2004, s. 559.

<sup>5</sup> Ibid. Se även Bernitz Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Nordstedts Juridik AB 1996, p 54.

<sup>6</sup> För andra relevanta rättsliga texter, se Kommissionens hemsida [http://europa.eu.int/pol/comp/index\\_sv.htm](http://europa.eu.int/pol/comp/index_sv.htm).

eller flera företag, samt att den vidtagna åtgärden utgör ett missbruk. Dessutom krävs att den dominerande ställningen omfattar den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna samt att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas.<sup>7</sup>

### 2.1.2 Allmänt om missbruk

Missbruksbegreppet i sig är ett objektivt begrepp och omfattar enligt praxis ett marknadsdominerat företags beteende ”som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad till följd av det ifrågavarande företags existens och som, genom att använda andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att företaget hindrar den existerande konkurrensen på marknaden”.<sup>8</sup> Nyss citerade stycke är inte alldeles lätt att förstå. Kallaugher menar att missbruksbegreppet är objektivt eftersom ett företags onda uppsåt ej avgör huruvida ifrågavarande företag tillämpat ett förfarande som utgör missbruk, inte heller är det avgörande ifall företags intention är att utestänga sina konkurrenter.<sup>9</sup> Enligt Kallaugher är det avgörande ifall företags uppträdande utgör exempel på beteende som ej räknas till normalt konkurrensbeteende och om det ifrågasatta beteendet kan påverka marknadsstrukturen. Endast sådant beteende som ej räknas till normal konkurrens kan utgöra missbruk och för att avgöra vad som räknas till normal konkurrens fordras en marknadsanalys.<sup>10</sup>

För företag i dominerande ställning är det särskilt viktigt att inte använda andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens då dessa har ett *särskilt ansvar* att bibehålla effektiv konkurrens och att inte snedvråda konkurrensen på den gemensamma marknaden.<sup>11</sup> Det utvidgade ansvaret omfattar bland annat att dominerande företag inte får skydda sina ekonomiska intressen och vidta åtgärder inom rimliga gränser för att skydda sina intressen, om agerandet syftar till att

---

<sup>7</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 560. Inom ramen för denna uppsats finns det ej utrymme att vidare redogöra för företagsbegreppet, avgränsningen av relevant marknad, samhandelskriteriet eller för förhållandet mellan EGs konkurrensregler och svenska KL. Beträffande dessa kriterier hänvisas vidare till exempelvis Wetter Carl m fl. a.a. avsnitt II kapitel 4, avsnitt III, avsnitt II kapitel II respektive avsnitt II kapitel 2 och 3

<sup>8</sup> C-85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461, p. 91, C-322/81 *Michelin v Commission* (Fortsättningsvis refereras målet som *Michelin I*) [1983] ECR 3461, p. 70, C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359, p. 69 samt T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999], ECR II-2969, p. 111.

<sup>9</sup> Se vidare, avsnitt 6.1.3.

<sup>10</sup> Kallaugher John, Sher Brian, *Discounts as Exclusionary Abuse under Article 82*, [2004] E.C.L.R., Issue 5, Sweet & Maxwell Ltd s. 263. Se vidare Korah Valentine, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing Ltd, Oxford 8 uppl., Oxford 2004 s. 122 ff. Se även kapitel 4.

<sup>11</sup> *Michelin I* p. 57 och *Irish Sugar mot Kommissionen* p. 112. Min kursivering. För hänvisning till ytterligare rättsfall, se Wetter Carl m fl. a.a. s. 582 samt Bellamy Christopher, Child Graham, *The European Law of competition*, 5 uppl., London 2001 s. 718.

förstärka och missbruka den dominerande ställningen.<sup>12</sup> Däremot är det viktigt att poängtera att även marknadsdominerande företag har rätt att skydda sina kommersiella intressen genom att konkurrera utifrån vad deras effektivitet medgiver och efter vad som är normalt branschbeteende.<sup>13</sup> Vilka åtgärder som utgör missbruk avgörs således efter en proportionalitetsbedömning i varje enskilt fall med hänsyn tagen till bland annat marknadsansvaret.<sup>14</sup> Även omfattningen av det särskilda marknadsansvaret skall bedömas i varje enskilt fall men generellt sätt utgår man från att ju starkare det dominerande företags marknadsställning är, desto större ansvar har företaget.<sup>15</sup>

### *Exkluderade v. Exploaterande Missbruk*

Åtgärder som omfattas av förbudet i Artikel 82 EG-fördraget delas vanligtvis in i två olika kategorier beroende på vilken effekt åtgärden har. Till den första kategorin räknas åtgärder som är orättvisa eller oskäligen gentemot de aktörer som är beroende av dominanten, s.k. exploaterande missbruk.<sup>16</sup> Till den andra kategorin räknas åtgärder som får till effekt att reducera eller eliminera befintlig effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden genom att utestänga faktiska eller potentiella konkurrenter, s.k. exkluderande missbruk.<sup>17</sup> Ofta gör man även åtskillnad mellan de missbruksåtgärder som är relaterade till pris och de missbruksåtgärder som inte är relaterade till dominantens prissättning. Distinktionen är dock relativ och ofta utgör missbruksåtgärdena två olika sidor av samma sak.<sup>18</sup> I den följande framställningen kommer jag att fokusera på prissättningsstrategier som utgör exkluderande missbruk i form av rabatt- och bonussystem och i synnerhet på kvantitets- och lojalitetsrabatter.<sup>19</sup> Rabatt- och bonussystem är dock ett exempel på beteende som kan ha både exploaterande och exkluderande effekt.

---

<sup>12</sup> C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207, p. 189. Se även förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89 *BPB Industries plc. And British Gypsum Ltd. v Commission* [1993] ECR II-389 p. 69, förenade målen T-24/93-T-26/93 *Compaigne Maritime Belge Transports and others v Commission* [1996] ECR II-1201 p. 107, *Irish sugar mot Kommissionen*, p. 112.

<sup>13</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 587. Se vidare, kapitel 4.

<sup>14</sup> Ibid. s.589. Se vidare Bellamy Christopher, Child Graham, a.a. s. 717.

<sup>15</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 582.

<sup>16</sup> Ofta talar man om exploaterande missbruk genom överprissättning eller diskriminerande prissättning.

<sup>17</sup> Bellamy Christopher, Child Graham, a.a. s. 721.

<sup>18</sup> Gyselen's Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, Published in *European Competition Law Annual : What is an Abuse of Dominant Position ?* Hart Publishing of Oxford, 2003. s. 1.

<sup>19</sup> Mer om olika former om missbruk, Wetter Carl m fl. a.a. s. 590 ff, Bellamy Christopher, Child Graham, a.a. s. 721 ff. För en allmän genomgång av olika former av prissättning som kan utgöra missbruk, se t.ex. Henriksson Lars, *Rätten til priskonkurrens – I marknadsdominans*, MercurIUS, Stockholm 2003, Kon, Turnbull, *Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Commission Appeal Tribunal's Judgement in the Napp Case [2003] 2 ECLR s 70* Lang John Temple & O'Donoghue Robert, *Defining*

Vad som förstås med exkluderande missbruk rent allmänt är som framgått inte svårt att förstå och hantera. Frågan blir dock ytterst problematisk när man fördjupar sig i vilka beteenden som skall anses *tillräckligt* exkluderande för att utgöra missbruk enligt Artikel 82 EG-fördraget. Vad man anser utgöra exkluderande missbruk förefaller således vara nära förenat med vad som skall förstås med "kan påverka" enligt Artikel 82 EG-fördraget och jag får anledning att återkomma till denna problematik i den senare framställningen.<sup>20</sup>

### 2.1.3 Skyddsintresse

Enligt EG-domstolens avgörande i målet *Continental Can mot Kommissionen*<sup>21</sup> är Artikel 82 EG-fördraget inrättad för att tillgodose att effektiv konkurrens ej hämmas och att hinder undanröjs och motverkas.<sup>22</sup> Jag anser att det ytterst är konsumenternas skyddsintresse som skall beaktas när konkurrensreglerna tillämpas och att det därför är konsumenternas intressen som skall gynnas av att konkurrensen ej hämmas och att konkurrenshämmande hinder undanröjs och motverkas. Således instämmer jag med Mario Monti som menar att syftet bakom inrättandet av Artikel 82 EG-fördraget och all konkurrensrätt, är "to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation, all in the interest of the consumer."<sup>23</sup> Även Philip Lowe framhåller att "Articles 81 and 82 share the same basic objective, to protect competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring efficient allocation of resources".<sup>24</sup> Uttalandena från de båda Kommissionärerna är av stor vikt eftersom

---

*legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*, Fordham International Law Journal, 2002. s. 83.

<sup>20</sup> Se avsnitt 6.1.3.

<sup>21</sup> C-6/72 *Continental Can v Commission* [1973] ECR 215.

<sup>22</sup> *Continental Can v Commission*, p. 25.

<sup>23</sup> Mario Monti, 1999-2004 EU-kommissionär för direktoratet för konkurrens. Se vidare, [http://europa.eu.int/comm/commissioners/monti/cv\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/commissioners/monti/cv_en.html) Mario Monti, "The Future for Competition Policy in the European Union" Merchant's Taylor's Hall, London, 9 Juli 2001, SPEECH/01/340. Se även Mario Monti's tal "Competition for consumers' benefit" framfört på "European Competition Day", Amsterdam, 22 oktober, 2004 och Mario Monti's tal "A reformed competition policy: achievements and challenges for the future", Bryssel 28 oktober 2004, SPEECH/04/477.

<sup>24</sup> Philip Lowe, Director General of Competition on 1st September 2002. Se vidare, [http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/people/philip\\_lowe.htm](http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/people/philip_lowe.htm). Tal framfört på Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Washington 23 Oktober, 2003, Fordham Corporate Law Institute. (2004) kapitel 10. s. 5. [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html). Se även [EU competition policy and the consumer - a new brochure describing the basic concepts of European competition policy](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/consumer_en.pdf). [http://europa.eu.int/comm/competition/publications/consumer\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/consumer_en.pdf)

Även Konkurrensverkets generaldirektör Claes Norgren framhåller att "Väl fungerande konkurrens innebär att konsumenterna kan få lägre priser, ett mer varierat utbud av varor och tjänster och en anpassning till kundernas behov. Ytterst bidrar en väl fungerande konkurrens

Kommissionen sedan avgörandet i *Michelin II* vid flertal tillfällen klandrats för att de inte handlat i konsumenternas intresse, utan snarare i konkurrenternas intresse. Eftersom appliceringen och utveckling av Artikel 82 EG-fördraget sannolikt har varit och kommer att vara stark påverkad av vilket skyddsintresse som ytterst beaktas, anser jag att det är nödvändigt att belysa den (åtminstone föreställda) motsättning, som finns mellan strukturalister och ekonomer i detta sammanhang något mer.

Som nämnts inledningsvis finns det i huvudsak två olika förhållningssätt till Artikel 82 EG-fördraget, ett strukturellt och ett ekonomiskt och dessa ”skolor” kan förefalla särskilt motsägelsefulla beträffande vilket skyddsintresse man anser att ifrågavarande artikel skall tillgodose. I doktrin finns nämligen en antydning att de som förespråkar det strukturella tillämpningssättet, anklagas av dem som förespråkar ett mer ekonomiskt förhållningssätt, att felaktigt premiera konkurrenternas skyddsintresse framför konsumenternas. Ett viktigt argument härför synes vara, att man vid tillämpning av ett strukturellt förhållningssätt, så som det som Förstainstansrätten tillämpade i *Michelin II*, inte är lika benägen att göra en ekonomisk analys av ett visst förfarandes konkurrenshämmande effekt, vilket i sin tur hävdas gynna i första hand konkurrenter och inte konsumenter.<sup>25</sup>

I detta sammanhang är dock viktigt att nämna att de båda ”skolorna” ej nödvändigtvis måste förstås som varandras motsatser, utan möjligen är det mer korrekt att beskriva dem som två kompletterande förklaringsmodeller. Som allttjämt beskrivits är konkurrensrätt i allra högsta grad ett rättsområde av intresse för såväl jurister som ekonomer och mot bakgrund av att man inom dessa olika professioner generellt använder sig utav olika förklaringsmodeller är följaktligen inte den ena modellen nödvändigtvis mer rättvisande än den andra. Problemet med det ekonomiska tänkandet är att det inte alltid är begripligt för jurister och vice versa, varför det ibland egentligen bara är fråga om att beskriva samma sak på två sätt.<sup>26</sup>

---

till att den framtida välfärden kan tryggas.” Se vidare Konkurrensverkets rapport *Konkurrensen i Sverige 2004*, 4 januari 2005. Rapporten kan erhållas på följande länk, <http://www.kkv.se/bestall/rapporter.asp>

<sup>25</sup> Se exempelvis Kallaughan John, Sher Brian, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82* [2004] E.C.L.R., Issue 5. Sweet & Maxwell Ltd, s. 265, samt Sher Brian, *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, [2004] E.C.L.R., Issue 5 Sweet & Maxwell Ltd, s. 245.

<sup>26</sup> Märk dock att vid vissa tillfällen är inte de ekonomiska verktygen (t.ex. ekonometriska analyser) ändamålsenliga, i den meningen att de är utvecklade och används för att analysera potentiella effekter. Med andra ord, ofta används de ekonomiska verktygen för att fastställa prognoser utifrån utvalda parametrar. Jurister är mindre benägna att göra desamma då det inte går att basera ett juridiskt resonemang utifrån valda omständigheter, utan samtliga omständigheter i en faktisk situation spelar ofta en viktig roll.



Märk exempelvis att Luc Gyselen<sup>27</sup>, som jag uppfattar som en förespråkare för det strukturalistiska tillämpningssättet, i sin studie som behandlar exkluderande missbruk, på tal om problemet med exkluderande missbruk, framhåller att "the trouble with ... exclusionary pricing practices is that it may artificially foreclose business opportunities for the dominant company's competitors and that – as a consequence – they may harm the competitive process".<sup>28</sup> Gyselen fortsätter att understryka att "[t]he antitrust enforcer's intervention ... is inspired by faith in competition as a process of rivalry between competitors *and* in this process' contribution to customer and consumer welfare in the longer run ... This "faith" should ... have sound economic underpinnings. If not, the enforcer might end up protecting one or more competitors in rivalry rather than the structural *process* of rivalry between all of them".<sup>29</sup> Bot bakgrund av det nyss citerade stycket förefaller det således felaktigt att hävda att alla strukturalister ej anser att det är konsumenterna som yttersta skall skyddas av konkurrensreglerna och möjligen förankras meningsskiljaktigheterna i *hur* man skall skydda konsumenterna på bästa sätt. Med andra ord strävar man mot samma mål men förespråkar olika vägval.

Efter denna grundläggande introduktion till Artikel 82 EG-fördraget kommer jag i det närmaste ge en bakgrund till förekomsten av rabatt- och bonussystem.

## 3. Rabatt- och bonussystem

### 3.1 Rabatt- och bonussystem

#### 3.1.1 Allmänt om rabatt- och bonussystem

Som bekant är det mycket vanligt förekommande att företag beviljar rabatt och bonus till sina kunder och förekomsten av rabatter är ofta ett positivt tecken på en gynnsam priskonkurrens. Rabatten ger vanligen slutkonsumenten ett lägre pris och rabattgivarens affärsverksamhet gynnas då denne tjänar pengar till följd av att ett lojalitetsförhållande, som principiellt inte är felaktigt, etableras.<sup>30</sup> Rabatter kan dock även ge upphov till indirekt prisdiskriminering eftersom de gynnar de kunder som

---

<sup>27</sup> Head of Unit at the Directorate General for Competition of the European Commission. 2003.

<sup>28</sup> Gyselen's Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice* s. 5. p. 9.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 10.

<sup>30</sup> Se exempelvis Förstainstansrättens dom i mål T-65/98, *Van den Bergh Foods mot Kommissionen*, 23 Oktober 2003, p. 159. Här refererar Förstainstansrätten till uttalandet i *British Gypsum* att exklusivitetsavtal "are concluded in the interest of the two parties and cannot be prohibited as a matter of principle". Observera dock efterföljande passus; "business conduct which contributes to an improvement in production or distribution of goods and which has a beneficial effect on competition" may be problematic in the case of dominant companies.

erhåller rabatten men inte övriga kunder. För de fall ett marknadsdominerande företags rabatt- och bonussystem innebär att dominanten binder upp sina kunder på ett från konkurrenssynpunkt skadligt sätt genom att utestänga andra företag från marknaden, utgör affärsstrategin således ett exkluderande missbruk och är därmed förbjudet enligt Artikel 82 EG-fördraget. Huvudproblematiken ligger således i att göra en väl avvägd gränsdragning.<sup>31</sup>

I den fortsatta framställningen kommer jag inledningsvis kortfattat redogöra för delar av den affärsrättsliga kontexten för rabatt- och bonussystem. Därefter följer en beskrivning av de huvudsakliga kategorier rabatt- och bonussystem som kan urskiljas i dagsläget.

### 3.1.2 Varför tillämpar företag rabatt- och bonussystem?

Trots att det inte finns utrymme att gå in på detalj i detta avseende, anser jag att det är av stor vikt att uppmärksamma i vart fall vissa delar av den affärsrättsliga kontexten, då den utgör grunden till varför företag tillämpar rabattsystem. Förhoppningen är att läsaren skall se Kommissionens och domstolarnas bedömningar i ljuset av följande påpekanden, samt att kommentarerna skall initiera en förståelse hos läsaren till varför företag inte bara *vill* tillämpa rabattsystem utan varför de har ett *behov* att tillämpa rabattsystem.<sup>32</sup>

En anledning till att företag erbjuder sina kunder rabatt är att det kan vara problematiskt att på förhand förutse vilken efterfråga det råder på den aktuella marknaden. Följden härav blir att företaget inte kan fördela sina kostnader på ett lämpligt sätt. Visar det sig exempelvis att ett företag gjort effektivitetsvinster under en given referensperiod skulle detta kunna innebära att företaget tidigare tagit ut ett för högt pris för den ifrågasatt produkt av sina kunder. Genom att låta kunderna ta del av de kostnadsfördelar som företaget vunnit i form av rabatter bibehåller företaget således ekvivalens i prissättningsystemet. Motsatsvis kan man anta att effekten av att företaget ej hade möjlighet att ge kunderna återbäring när kostnader och intäkter fastställts, skulle kunna vara att företaget blev anklagad för

---

<sup>31</sup> Se vidare, Jones Alison, Sufrin Brenda EC, *Competition Law, Text, Cases and Material*, Oxford University Press Inc., New York, 2 uppl., New York 2004. s. 419.

<sup>32</sup> Se vidare, Grogan Niamh, SJ Berwin, Comment: David Melville Head of Legal and Regulatory Policy Wanadoo International, Brussels, *Pricing and the Dominant Firm: Some practical implications for sales and marketing: a risk assessment*, Material från IBC Global Conference, Abuse of Dominance – Where Next?, Bryssel 24 September 2004. Läsaren uppmanas även att relatera det som framkommer till vilka val företag står inför och vilka faktorer de har att ta hänsyn till vid framställandet av prissättningsstrategier. Ytterligare frågeställningar som läsaren uppmanas att reflektera över är vilken den potentiella effekten blir om företag ej får använda rabattsystem i sin prissättningsstrategi samt varför ett företag med en marknadsandel överstigande 40 procent har ett särskilt ansvar med beaktande av hur företagets rabattsystem skall utformas.

överprissättning. Ytterligare en orsak till varför företag använder sig utav rabattsystem är således att det utgör en prissättningsmekanism som tillåter att företaget bibehåller ett pris utåt sätt, men samtidigt åstadkommer en faktisk produktprissänkning.

Ännu ett skäl till varför företag tillämpar rabattsystem är att det finns en efterfrågan av rabatter på marknaden och denna köpkraft kan ibland vara mycket stark. I själva verket är möjligheten att erhålla rabatt i flera fall normalt branschbeteende och därmed standard inom många marknader, vilket givetvis bidrar till att kunderna efterfrågar rabatter samt att företagen blir angelägna om att tillgodose denna efterfrågan.

Beakta slutligen följande utdrag från the OECD Report on Fidelity Rebates, som jag anser summera vad som just sagts på ett bra sätt. "Standard volume rebates tend to be a comparatively blunt instrument for encouraging customers to increase their purchases. Their existence is as much a reflection of large buyer power rather than any seller objective or initiative. Large buyers expect to obtain better terms than smaller buyers, and they can often recognise that the seller's fixed cost recovery problem translates to a negotiating weakness when it comes to large buyers. For suppliers, even those who enjoy significant market power, who have low marginal costs of supply and high fixed costs, any threat of withdrawal of purchases or goodwill by a large buyer carries a significant business risk. Volume discounts are often a reaction to this risk"<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> Se vidare, *OECD report on loyalty and fidelity discounts and rebates*. DAFPE/COMP(2002)21 sid. 7. Se även *OFT Guidelines on Assessment of Individual Agreements and Conduct* avsnitt 3.8, "In general, undertakings will need to set prices above their incremental costs so that common costs, for example, can be recovered. Price discrimination between different customer groups can be a means of achieving this; it can increase the output and lead to customers who might otherwise be priced out of the market being served. In particular, in industries with high fixed or common costs and low marginal costs (...), it may be more efficient to set higher prices to customers with a higher willingness to pay". Se fortsatt, John Vickers, Chairman of the UK Office of Fair trading, uttalande i *Abuse of market power*, Tal framfört på the 31<sup>st</sup> conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Berlin 3 september 2004 " A firm with market power, that offers discount or rebates schemes to dealers is likely to sell more and its rivals less, than in absence of incentives. But that is equally true of low pricing generally. Superficially, then, discounts and rebates can appear at once anti-competitive and pro-competitive. So can various forms of commercial behaviour by firms with market power. Only by going beneath the surface to underlying economic principles can the clash of superficial appearances be removed sensibly". För ytterligare relevanta texter, se t.ex Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* Material från IBC Global Conference, Abuse of Dominance – Where Next? Bryssel 24 September 2004, s. 5, Spector, *Loyalty rebates and related pricing practices: When should competition authorities worry?* Kapitel 10, *Global Competition Policy: Economic issue and impacts*, LECG, 2004 s. 325, 326 och 329.

### 3.1.3 Sammanfattning

Av det hittills sagda kan man konstatera att företag inte bara har en vilja att erbjuda sina kunder rabatter, utan även att de har ett behov av att erbjuda sina kunder rabatter för att inte misslyckas med sin affärsverksamhet. Av det sagda följer således att rättstillämparen vid bedömning av huruvida ett rabattsystem skall anses förenligt med Artikel 82 EG-fördraget, måste beakta å ena sidan företagets vilja och företagets behov av att tillämpa rabattsystem och å andra sidan konsumenternas skyddsbehov. I det närmaste kommer jag att introducera läsaren till väsentliga riktlinjer som man bör ha i åtanke vid utformning av rabattsystem samt beskriva de mest vanligast förekommande rabattsystemen som återfinns på marknaden.

## 3.2 Olika typer av rabattsystem

### *Tillåtna rabatter*

#### *3.2.1 Kvantitetsrabatter och Funktionsrabatter*

Utgångspunkten är att rabatter som avspeglar principen om pris efter prestation är tillåtna.<sup>34</sup> Dessa kvantitetsrabatter, som endast är knutna till volymen av inköp från en dominerande tillverkare, anses i allmänhet inte, i strid med Artikel 82 EG-fördraget, hindra kunderna från att göra sina inköp hos konkurrenterna.<sup>35</sup> Varierar kvantitetsrabatter med en kunds orderstorlek och är dessa anpassade till faktiska, konstaterade skillnader i kundernas sätt att köpa utgör detta följaktligen godtagbara skäl för att lämna rabatter, även om rabattsystemet i en del fall leder till att stora kunder får större genomsnittsrabatt än små kunder.<sup>36</sup> Om en ökning av den levererade kvantiteten medför en lägre kostnad för leverantören, har denne nämligen rätt att låta kunden komma i åtnjutande av denna kostnadsminskning genom en fördelaktigare prissättning.<sup>37</sup> Mängdrabatterna anses således som huvudregel återspegla effektivitetsvinster och stordriftsfördelar som det dominerande företaget har uppnått. Som kommer att framgå nedan följer det dock ej nödvändigtvis att sådana rabattsystem saknar lojalitetsskapande syfte och i detta avseende måste rabattgivare vara ytterst uppmärksamma för att ej bryta mot EG-rätten.

I vissa fall förutsätter rabatter att kunden utför vissa prestationer som inte står i direkt relation till inköpen, sk funktionsrabatter. Även denna kategori rabatter är

---

<sup>34</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 613. Principen pris efter prestation utvecklas närmre nedan, avsnitt 3.3.2 och 2.5.

<sup>35</sup> *Michelin I*, p. 71, och C-163/99 *Portugal v. Commission* [2001] ECR I-2613, p. 50.

<sup>36</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 613. Se även *Michelin II*, p. 73 samt *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen*, p. 90 samt prop 1992/93:56, s 87-88.

som utgångspunkt tillåtna under förutsättning att de motsvarar en kostnadsavlastning för leverantören.<sup>38</sup> Det är dock viktigt att komma ihåg att ett bonussystem inte får grunda sig på subjektiva avvägningar utan det krävs objektiva ekonomiska kriterier för att det inte skall resultera i missbruk.<sup>39</sup>

### **Otillåtna rabatter**

#### **3.2.2 Trohets- eller Lojalitetsrabatter**

Från kvantitetsrabatter och tillåtna funktionsrabatter måste man skilja lojalitetsrabatter som ges i utbyte mot att kunden åtar sig att enbart eller i väsentlig omfattning göra sina inköp hos ett specifikt företag med dominerande ställning. Detta gäller även om rabatterna tillkommit på begäran av kunden eller med dennes uttryckliga samtycke<sup>40</sup> och det torde heller inte spela någon roll hurvida kunden efterfrågar stora eller små kvantiteter.<sup>41</sup> En sådan rabatt innebär nämligen att företaget genom ekonomiska förmåner söker hindra sina kunder från att göra inköp från företagets konkurrenter och rabatterna grundas därmed inte endast på inköpsvolymen utan kunden belönas för sin lojalitet. Med andra ord, eftersom syftet med sådana rabatter är att hindra kunderna från att göra sina inköp hos konkurrenterna genom att erbjuda ekonomiska förmåner och eftersom rabattsystem därmed har en utestängningseffekt på marknaden, strider rabatterna mot Artikel 82 EG-fördraget.<sup>42</sup>

#### **3.2.3 Målrabatter och Inköpsbonus**

Av samma skäl som lojalitetsrabatter anses vara oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget, har domstolen ansett att även rabatter som hänger samman med att ett försäljningsmål eller med att ett inköpsmål uppnås, är otillåtna. Nyss sagda gäller oavsett om rabattsystemet är diskriminerande eller ej eftersom rabattsystem som skapar lojalitet och som tillämpas av ett företag med dominerande ställning, syftar till att hindra kunderna från att göra sina inköp hos konkurrenterna.<sup>43</sup>

---

<sup>37</sup> Se vidare Generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Portugal mot Kommissionen*, REG 2001, s. I-2618, punkt 106.

<sup>38</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 613.

<sup>39</sup> Ibid. s. 614. Jmf även 2002/405/EC, Kommissionens beslut av den 20 juni 2001 (COMP/E-2/36.041/PO – *Kommissionsbeslut Michelin II*) EGT L 143/1, 2002. p. 248-253 samt *Michelin II*, p. 136, där Kommissionen respektive Förstainstansrätten kom fram till att Michelins s.k. servicebonussystem grundade sig på subjektiva bedömningar och därför förorsakade missbruk.

<sup>40</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 616, Se även senare redogörelse för rättsfallet Hoffmann-La Roche mot Kommissionen nedan, avsnitt 4.2.2.

<sup>41</sup> Se *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen*, p. 89.

<sup>42</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 616, domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen C-40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, *Suiker Unie and others v Commission* [1975] ECR 1663, p. 518, *Hoffman-La Roche mot Kommissionen*, p. 89-90, *Michelin I*, p. 71, och *BPB Industries och British Gypsum mot Kommissionen*, p. 120.

<sup>43</sup> *Michelin I*, p. 86.

En vanligt förekommande situation där sådana s.k. målrabatter<sup>44</sup> tillämpas är då ett dominerande företag, tillsammans med sina kunder, gör upp ett individuellt anpassat rabatt/bonussystem som baseras på kundens förväntade inköp under en bestämd tidsperiod. Målrabatter skiljer sig således från lojalitetsrabatter genom att de inte uttryckligen baseras på att kunden skall köpa hela eller en stor del av ett visst sortiment från leverantören, utan är kopplad till viss inköpsnivå. Målrabatter skiljer sig vidare från kvantitetsrabatter genom att målrabatter utarbetas individuellt för respektive kund, medan kvantitetsrabattsystem endast baseras på inköpsvolymen i sig och är standardiserade i förhållande till samtliga kunder.<sup>45</sup> Vid missbruksbedömningen av huruvida en målrabatt skall anses otillåten är det avgörande kriteriet således om rabatten medför trohetsskapande effekter som är tillräckligt påtagliga. Som kommer att beröras nedan är bland annat referenstidens längd av stor betydelse för huruvida rabatten skall anses vara trohetsskapande eller ej.<sup>46</sup>

### 3.2.4 Aggregerade rabatter

Slutligen vill jag uppmärksamma den typ av rabattsystem där rabattens storlek är beroende av kundens totala inköp av flera olika produkter/produktgrupper, s.k. aggregerade rabatter. Även denna typ av rabatter kan strida mot Artikel 82 EG-fördraget, i synnerhet om leverantören utnyttjar sin dominerande ställning på en marknad för att öka sina marknadsandelar på en annan marknad.<sup>47</sup> Desamma gäller om leverantören endast beviljar rabatt på villkor att återförsäljaren köper flera olika produkter som saknar samband med varandra.<sup>48</sup> Vid missbruksbedömningen blir det följaktligen av stor betydelse om man med hänsyn till de aktuella branschförhållandena, anser att det är rimligt att olika produkter samlas i samma rabatt/bonussystem. Visar granskningen det motsatta föreligger stor risk att rabattsystemet ej är tillåtet.

### 3.2.5 Sammanfattning

Av det nu sagda följer att ett rabattsystem inte strider mot Artikel 82 EG-fördraget om rabatten ökar beroende på inköpsvolymen och om det framgår av kriterierna och

---

<sup>44</sup> Målrabatter refereras även som ”bonussystem” eller ”resultatbonussystem”.

<sup>45</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 618.

<sup>46</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s 118 f samt avsnitt 6.1.1 nedan.

<sup>47</sup> Se exempelvis dnr 63/94 Telia Mobile AB (1996-06-26) samt tingsrättens dom i ärendet, Å 8-94-96 Telia Mobile AB./KKV (1998-06-11). Se även dnr 951/1998 Telia AB (1999-06-07).

<sup>48</sup> Aggregerade rabatter kan liknas vid en form av kopplingsförbehåll, se vidare Wetter Carl m fl. *Op Cit.*, s. 641. Se även Kommissionens beslut i Microsoft IP/04/382, 24 mars 2004 (COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*) NYR. Beslutet har överklagats till förstainstansrätten.

reglerna för beviljande av rabatten, att systemet inte har ett lojalitetsskapande syfte.<sup>49</sup> Med andra ord är det avgörande huruvida rabatten syftar till att hindra kunderna från att göra sina inköp hos konkurrerande tillverkare eller inte. Innan jag närmre berör vilka karaktärsdrag i ett rabattsystem som ger anledning att befara att ett rabattsystem är lojalitetsskapande, kommer jag i det närmaste redogöra för vilka möjligheter ett företag har att rättfärdiga ett konstaterat otillåtet rabattsystem med objektivt godtagbara skäl.

## 4. Objektivt godtagbara skäl

### 4.1 Objektivt Godtagbara skäl

#### 4.1.1 Allmänt

Konstaterar Kommissionen att ett rabattsystem utgör exkluderande missbruk kan det vara så att dess tillämpning ändå skall anses berättigat på grund av objektivt godtagbara skäl.<sup>50</sup> För att ett marknadsdominerande företag som tillämpar en affärsstrategi som utgör missbruk enligt Artikel 82 EG-fördraget skall kunna åläggas ansvar, måste det således stå klart att ifrågavarande företag saknar objektivt godtagbara skäl att tillämpa densamma. Utrymmet för att hävda att ett förfarande har positiva effekter på konkurrensen som överväger de konkurrenshämmande effekterna är dock begränsat och det finns inget yttryckligt undantag från förbudet i Artikel 82 EG-fördraget.<sup>51</sup> Att det måste finnas en möjlighet att legitimera ett i sig otillåtet rabattsystem anser jag dock ytterst nödvändigt, bland annat med hänsyn till de konkurrensfrämjande fördelar som en del sådana system resulterar i och även därför att det är viktigt på grund av marknadsfunktionella skäl.<sup>52</sup>

#### 4.1.2. Bedömningsgrunder

När det gäller frågan huruvida det är möjligt att legitimera rabattsystem verkar det ytterst vara en fråga om att komma överrens med vad som skall innefattas i begreppet objektivt godtagbara skäl, eller med andra ord, vilka bedömningsgrunder man har att ta hänsyn till.

---

<sup>49</sup> Otillåtna rabattsystems alarmerande karaktärsdrag kommer att behandlas nedan, Del 2.

<sup>50</sup> Se vidare Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 2 samt Gyselen Luc, *Abuse of Monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC treaty : recent developments, in 1989*, Fordham Corporate Law Institute 1989. s. 597-650.

<sup>51</sup> Jfr Artikel 81(3) EG-fördraget vid tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i Artikel 81(1) EG-fördraget. Wetter Carl m fl. a.a. s. 581.

<sup>52</sup> Jag instämmer således med Waelbroeck som framhåller att "although there is no equivalent in Article 82 to Article 81 (3) there is indeed no *a priori* reason not to apply a similar balancing test in Article 82 cases" Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?*, fotnot 17.

Förenklat hävdar jag att vid bedömningen av huruvida objektivt godtagbara skäl föreligger, bör principen om pris efter prestation vara vägledande, och likaledes bör sådana affärsmetoder som utgör normalt branschbeteende vara rättfärdigande

### *Principen om pris efter prestation*

Principen om pris efter prestation innebär i det väsentligaste att priset skall beräknas på samma sätt för samtliga kunder och att respektive kund skall betala för den efterfrågade varan, prestationen och/eller tjänsten.<sup>53</sup> Som sagt är därför exempelvis sådana kvantitetsrabatter som varierar med orderstorleken och som är anpassade till faktiska, konstaterade skillnader i kundernas sätt att köpa, normalt godtagbara.<sup>54</sup>

I *United Brands* uttalade domstolen generellt vilka faktorer som man har att ta hänsyn till i fråga om prestationers likvärdighet. "Once it can be grasped that differences in transport costs, taxation, customs duties, the wages of the labour force the conditions of marketing, the differences in the parity of currencies, the density of competition may eventually culminate in different retail selling price levels according to the Member States".<sup>55</sup> Av domen följer således att om en leverantör exempelvis kan visa på omständigheter, såsom att denne har olika kostnader för olika kunder eller för olika marknader, borde leverantören vara berättigad att tillämpa olika priser för dessa olika kundkategorier respektive på dessa olika marknader. Det prissättningsystem som från början skulle kunna uppfattas som otillåten prisdiskriminering, skulle därmed rättfärdigas med objektivt godtagbara skäl eftersom det finns en tydlig relation mellan kostnaderna och priserna. Att produkterna säljs på olika geografiska marknader är dock inte i sig tillräckligt för att transaktionerna inte skulle vara ekvivalenta.<sup>56</sup>

Ett belysande exempel där det ej ansågs föreligga objektivt godtagbara skäl och i synnerhet inte någon ekonomiskt motiverad motprestation för tillämpandet av ett resultatbonussystem, är Förstainstansrättens dom i målet *British Airways mot Kommissionen*.<sup>57</sup> I fallet konstaterade Förstainstansrätten att British Airways

---

<sup>53</sup> SOU 1991:59, *Konkurrens för ökad välfärd*, del 2 s. 445; Bernitz Ulf, *Prisdiskriminering*, SvJT 1979, s. 513-537 (s. 518-520).

<sup>54</sup> Se *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen*, p. 90 samt prop. 1992/93:56, s 87-88. Om företags rätt att möta konkurrens, se Wetter Carl m fl. a.a. s. 580 f., 587 ff, 613 samt 632.

<sup>55</sup> *United Brands mot Kommissionen*, p. 228.

<sup>56</sup> Se exempelvis *United Brands* och C-333/94 P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951.

<sup>57</sup> Mål T-219/99 *British Airways mot Kommissionen*. [2003], 17 december 2003, p. 233-240. Avgörandet kommenteras av Kallaughner och Sher i *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 263. I Kommissionens beslut, 2000/74/EC, av den 14 juli 1999 (IV/D-2/34.780 — *Virgin/British Airways*) EGT OJ L 30/1, p. 97-111, ålade Kommissionen British Airways att upphöra med provisionssystemet



missbrukat sin dominerande ställning genom att tillämpa ett system för att beräkna resebyråernas provisioner av försäljning av bolagets biljetter i Storbritannien. Enligt det ifrågasatta provisionssystemet utgick utöver grundprovisionen, en tilläggsprovision som beräknades utifrån ökningen av respektive resebyrås försäljning jämfört med resebyråns försäljning motsvarande månad föregående kalenderår. Verkningen härav blev att om ökningstakten av försäljningen av British Airways-biljetter varierade från en resebyrå till en annan, tillämpades olika provisionssatser i förhållande till resebyråernas intäkter på exakt samma belopp. Förstainstansrätten uttalade därmed särskilt att den lojalitet som British Airways resultatbonussystem skapade, inte grundades på en ekonomiskt motiverad motprestation.<sup>58</sup>

### *Normalt branschbeteende*

Utöver principen om pris efter prestation anser jag vidare att ett företag bör ha möjlighet att rättfärdiga ett ifrågasatt rabattsystem, genom att visa att rabattsystemet utgör exempel på normalt branschbeteende. I två väsentliga domar inom rabattområdet har EG-domstolens nämligen uttalat att missbruk föreligger där ett visst förfarande medfört konkurrensbegränsande effekt som orsakats ”genom användning av andra konkurrensmedel än de som styr en normal konkurrens för produkter eller tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer”.<sup>59</sup> Jag menar att det är en fråga om att berättiga företag, oavsett om de är dominanta eller ej, att möta konkurrensen och som redan framhållits ovan, skydda sina kommersiella intressen. Som *Wetter m fl* konstaterat förefaller det dock ofta vara svårt att dra en klar gräns mellan legitima åtgärder och åtgärder som utgör missbruk.<sup>60</sup> Ytterst torde det vara fråga om att göra en branschspecifik balansering av de konkurrens fördelar – och nackdelar, som ett visst förfarande medför.

### *4.1.3 Bevisbörda*

Det finns som sagt inga skrivna regler som reglerar tillämpningen av objektivt godtagbara skäl, och följaktligen finns det heller inga regler som reglerar bevisbördan i detta avseende. Med beaktande av att det är den part eller den eller myndighet som gör gällande att Artikel 82 EG-fördraget har överträtts, som har bevisbördan att sådan överträdelse skett, borde det rimligtvis vara det marknadsdominerande företaget som tillämpat det ifrågasatta rabattsystemet som har bevisbördan för att affärsstrategin ändock skall anses acceptabel på grund av

---

eftersom det ansågs vara mycket likt det provisionsrabattsystem som EG-domstolen underkänt i *Michelin I*. Se vidare, *Wetter Carl m fl*. a.a. s. 619.

<sup>58</sup> *British Airways mot Kommissionen*, p. 235.

<sup>59</sup> *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen och Michelin I*. p. 70.

<sup>60</sup> *Wetter Carl m fl*. a.a. s. 587.

objektivt godtagbara skäl. Enligt denna modell skulle bevisbördsreglerna likna de som återfinns i Förordning 1/2003<sup>61</sup> Artikel 2, där det stadgas att "[v]id alla nationella förfaranden eller gemenskapsförfaranden för tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget skall bevisbördan åvila den part eller myndighet som gör gällande att Artikel 81.1 eller Artikel 82 i fördraget har överträtts" Fortsättningen lyder, "[d]et företag eller den företagssammanslutning som åberopar att bestämmelserna i Artikel 81.3 i fördraget är uppfyllda skall ha bevisbördan för att villkoren i den punkten är uppfyllda."<sup>62</sup>

Så långt är det relativt enkelt att följa resonemanget om vilken part som har bevisbördan för olika regler. Viss komplexitet uppstår dock då man beaktar den, i vart fall fram tills avgörandet i *Michelin II*, rådande uppfattningen att standardiserade kvantitetsrabattsystem, till skillnad från övriga rabattsystem, i allmänhet inte *anses*<sup>63</sup> ha sådana utestängningseffekter som är förbjudna enligt Artikel 82 EG-fördraget och att dessa följaktligen *anses*<sup>64</sup> återspegla de effektivitetsvinster och de stordriftsfördelar som företaget i dominerande ställning kan få.<sup>65</sup> Utifrån praxis har det således ansetts finnas en *presumption* för att kvantitetsrabattsystem är tillåtna och att det är Kommissionen som har bevisbördan för att ifrågasatt företag har brutit mot Artikel 82 EG-fördraget.<sup>66</sup> I jämförelse med vad som sagts ovan, torde det nyss sagda innebära att Kommissionen skulle ha bevisbördan dels för att det föreligger missbruk, dels för att det *inte* föreligger objektivt godtagbara skäl.<sup>67</sup>

---

<sup>61</sup> Förordning 1/2003, L 1/1 av den 16 december 2002.

<sup>62</sup> Då sistnämnda regel explicit nämner Artikel 81(3) och ingenting om Artikel 82 EG-fördraget, utgår min liknelse från att institutet "objektivt godtagbara skäl" kan liknas vid en undantagsregel till Artikel 82 EG-fördraget, på samma sätt som Artikel 81.3 EG-fördraget utgör en undantagsregel till Artikel 81.1 EG-fördraget. Jfr Korah Valentine, a.a. avsnitt 5.1 och 7.1, och se hur författaren beskriver objektivt godtagbara skäl likt ett undantag till Artikel 82 EG-fördraget.

<sup>63</sup> engelska: considered.

<sup>64</sup> engelska: deemed.

<sup>65</sup> *Michelin I*, p.71, *Portugal mot Kommissionen*, p. 50. och *Michelin II*, p. 58. Min kursivering.

<sup>66</sup> Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* s. 7. Märk i sammanhanget att författaren D. Waelbroeck var ombud för Michelin i *Michelin II*. Se även Kallaughner and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 282. Se även Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice* s. 10 p. 22 (särskilt fotnot 25). Beträffande regler om bevisbörda i USA, se exempelvis John Vickers *Abuse of market power*, s. 18.

<sup>67</sup> En anmärkning. Som stöd för att Kommissionen har bevisbördan för att kvantitetsrabattsystem anses rättfärdigas av objektivt godtagbara skäl, hänvisar såväl Waelbroeck som Kallaughner och Sher till Förordning 1/2003 Artikel 2. Kallaughner och Sher citerar mening 1 och jag antar att även Waelbroeck i första hand åsyftar mening 1. Mot bakgrund av att författarna i andra sammanhang argumenterar att tillämpningen av Artikel 82 bör efterlikna tillämpningen av Artikel 81, anser jag att författarna även borde redovisa för vad som framkommer i mening 2, med risk för att annars vilseleda läsaren. Jmf Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* s. 7.

Sedan avgörandet i *Michelin II* anses dock den tidigare presumtionen ej längre gälla.<sup>68</sup> Frågan är dock i vilken utsträckning så är fallet. En fundamental utgångspunkt beträffande standardiserade kvantitetsrabatter är som nämnts att dessa ej belönar tilltagande lojalitet på samma sätt som exempelvis lojalitets- eller målrabatter, och som kommer framgå nedan, tillämpade Michelin i själva verket ett kvantitetsrabattsystem med konkurrensbegränsande syfte som medförde att återförsäljarna var förhindrade från att fritt välja andra leverantörer. Av det sagda följer att om det fastställs att ett standardiserat kvantitetrabattsystem har konkurrensbegränsande syfte, förefaller det även berättigat att lägga bevisbördan på det företag som befinner sig i Michelins position, så att sådana företag, precis som andra företag som tillämpar lojalitets- eller målrabatter, åläggs att bevisa att det ifrågasatta rabattsystemet skall rättfärdigas med objektivt godtagbara skäl. Av det sagda följer även att om domstolen i stället hade kommit fram till att ett företag tillämpat ett icke-lojalitetsskapande kvantitetrabattsystem, skulle domstolen även ha bevisbördan för att objektivt godtagbara skäl inte rättfärdigat det ifrågasatta förfarandet.<sup>69</sup>

#### 4.1.4 Bevisningens omfång

Efter att framhållit att det är oklart vad som utgör objektivt godtagbara skäl samt att reglerna om bevisbörda i praktiken är invecklade, ter det sig inte förvånande att det även är oklart vilka krav beivraren har att ställa på sökanden beträffande bevisningen av objektivt godtagbara skäl. Strax före Förstainstansrättens dom avkunnades i *Michelin II* presenterade dock Gyselen en ”prövningsmodell”, och då det är antagligt att Gyselen’s modell beaktades i bevisprövningen, anser jag att det är relevant att redogöra för modellen inom ramen för denna uppsats.<sup>70</sup>

För det *första* anser Gyselen att dominanten måste visa att det är det förfarande eller den handling som beivraren påstår utgör missbruk som ger upphov till ett objektivt godtagbart skäl. Det måste således finnas kausalitet mellan det ifrågasatta

---

footnot 25 samt Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 282 footnot 13.

<sup>68</sup> Se Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* s. 7.

<sup>69</sup> Med beaktande av följande citat, ”[t]he distinction between Article 81(1) and 81 (3) may not be easy to draw as, unless the justification is based on environmental protection, social policy, or other non-competitive grounds, the same arguments may be used under both paragraphs of the Article. If the parties cannot defend their conduct with the benefit of the burden of proof under Article 81(1), they are not very likely to justify it under Article 81(3).” är frågan dock om sistnämnda bevisomgång fyller någon funktion i praktiken. Korah Valentine, a.a. s.207.

<sup>70</sup> Se Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 10-11. p. 21-23.

förfarandet och det skäl man sedermera åberopar.<sup>71</sup> För det *andra* menar Gyselen att de skäl som åberopas måste vara verifierade, dvs. möjliga att fastställa.<sup>72</sup> För det *tredje* är det slutligen nödvändigt för dominanten att visa att de skäl man åberopar är proportionella, dvs. att det ifrågasatta förfarandet motsvarar ett proportionellt tillvägagångssätt för att nå de skäl man åberopar för att rättfärdiga detsamma. I denna del kan man utgå antingen från att Kommissionen och domstolarna tillåter ett visst förfarande under förutsättning att det går att balansera de fördelar som uppnås genom att tillämpa förfarandet med de nackdelar tillämpningen faktiskt eller potentiellt innebär för konkurrensen, eller från att detsamma endast tillåts sedan dominanten visat att man omöjligen kan fortsätta sin affärsverksamhet utan att tillämpa det ifrågasatta förfarandet.<sup>73</sup> Stöd för sistnämnda, mer strikta förhållningssätt, finns i Generaladvokat Cosmas förslag till avgörande i *Masterfoods*, där Cosmas uttalade att det skulle prövas huruvida en ifrågasatt exklusivitetsklausul utgjorde ”en objektivt nödvändig förutsättning för att ett system, som det är helt berättigat att bevara oförändrat, skall fungera”,<sup>74</sup> samt ifall en viss marknads ”existens och korrekta funktion [var] beroende av dessa avtal”.<sup>75</sup> Slutligen uttalade Cosmas att ”även om man godtog att vissa konkurrensbegränsningar skulle kunna vara berättigade för att bevara ett system som till sist verkar till fördel för marknaden och dem som deltar på marknaden, skulle dessa begränsningar inte kunna gå utöver en gräns som kan fastställas med tillämpning av proportionalitetsprincipen.”<sup>76</sup>

#### 4.1.5 Sammanfattning

Så långt kan man konstatera att rabattsystems förenlighet med Artikel 82 EG-fördraget är beroende främst av två parametrar. Som ett första steg i bedömningen är det nödvändigt att bedöma huruvida rabattsystemet kan påverka marknaden, eller med andra ord, ifall rabattsystemet utgör exkluderande missbruk. Har exkluderande missbruk väl konstaterats blir det närmast en uppgift för det marknadsdominerande

---

<sup>71</sup> Jfr analogvis, 2004/C 31/14, 5 februari 2004, ”Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings”, p. 85. Per december 2004 finns meddelandet ännu inte att tillgå från EU:s Officiella Tidning, dock från Kommissionens hemsida: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/oj/>.

<sup>72</sup> Jfr analogvis, 2004/C 31/14, 5 februari 2004, p. 86. Gyselen likställer exempelvis ”verifiable” med ”quantifiable”.

<sup>73</sup> Gyselen använder sig utav uttrycken ”softer” respektive ”stricter” version.

<sup>74</sup> Förslag till avgörande 16 maj 2000, mål C-344, *Masterfoods v. HB Ice Cream* [2000] ECR I-11.371, p. 88.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> För att se ytterligare exempel på test enligt vilka rabattsystem kan rättfärdigas, se John Vickers *Abuse of market power*. Vickers framhåller tre tester: ”the sacrifice test”, ”the as-efficient competitor test” och ”the consumer harm test”. s. 13-23.

förteget att visa att det ifrågasatta handlandet ändå skall anses berättigat på grund av objektivt godtagbara skäl.<sup>77</sup>

Vad som utgör objektivt godtagbara skäl förefaller ytterst diffust och mot bakgrund härav har måhända Generaladvokat Cosmas rätt då han uttalar att ”det är svårt att i praktiken tolka och tillämpa kriteriet om objektivt berättigande. Det är tveksamt om det utgör ett lämpligt kriterium för tolkningen av gemenskapens konkurrensregler”.<sup>78</sup> I avsaknad av någon bättre möjlighet att rättfärdiga ett ifrågasatt förfarande återstår dock endast objektivt godtagbara skäl, och vi tvingas fastställa vägledande riktlinjer. I detta hänseende har principen om pris efter prestation vid prissättning framhållits och därutöver bör företag vara berättigade att tillämpa alla sådana affärsmetoder som är nödvändiga för att upprätthålla en affärsverksamhet och som utgör normalt branschbeteende.

Jag lämnar nu objektivt godtagbara skäl för en stund och återgår till frågan om när ett rabattsystem utgör missbruk enligt Artikel 82 EG-fördraget. Hittills har det endast konstaterats att syftet med ett rabattsystem ej får vara konkurrensbegränsande och det återstår således att visa på de huvudsakliga avgränsningar och ställningstaganden som Kommissionen, Förstainstansrätten och EG-domstolen gjort när man differentierat de olika rabattsystem som beskrivits ovan, samt kommit fram till när dessa har haft en tillräcklig grad av utestängningseffekt på marknaden för att de skall anses förbjudna. Ytterst är således syftet i den närmaste framställningen att fastställa återkommande tumregler som indikerar när ett rabattsystem är förbjudet. I redogörelsen blir det även relevant att se huruvida de företag som varit föremål för granskning, lyckats visa att objektivt godtagbara skäl rättfärdigat respektive ifrågasatta åtgärd. En reservation görs dock redan nu för att praxis är knapphändig i detta avseende.

---

<sup>77</sup> Se vidare Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 2 samt Gyselen Luc, *Abuse of Monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC treaty : recent developments, in 1989*, Fordham Corporate Law Institute 1989. s. 597-650.

<sup>78</sup> Förslag till avgörande 16 maj 2000, mål C-344, *Masterfoods v. HB Ice Cream* [2000] ECR I-11.371, p. 88.

## DEL 2

### 5. Otillåtna rabattsystem och dess kännetecken

#### 5.1 Allmänt om disposition

Då praxis inom området är relativt svåröverskådlig har jag valt ut och granskat särskilt utmärkande rättsfall som belyser Kommissionens och Förstainstansrättens bedömningsgrunder i rabattmål. För att det skall framgå tydligt vilken typ av rabattsystem som ifrågasätts i de olika målen kommer jag nedan att sammanfatta dem i tre kategorier.<sup>79</sup> Eftersom det i dagsläget är av stort intresse att närmre belysa de bedömningskriterier som domstolen lade vikt vid när Michelins standardiserade kvantitetsrabattsystem ogiltigförklarades, kommer särskild vikt läggas vid avgörandet i *Michelin II*.

#### 5.2 Rabatter förenade med exklusivitetsåtagande

##### 5.2.1 Allmänt

Till den *första kategorin* räknar jag de fall där dominanten beviljat rabatter till företag under förutsättning att medkontrahenten åtagit sig ett partiellt eller helt exklusivt affärsförhållande med dominanten. Typiskt sett uppskattar dominanten kundens inköp under en framtida referensperiod, rabatten delas ut retroaktivt och dess storlek beror på huruvida kunden ligger i närheten av den uppskattade inköpsvolymen, ifall kunden möter den uppskattade inköpsvolymen eller ifall den uppskattade inköpsvolymen överskridits.<sup>80</sup>

Av praxis kan man dra slutsatsen att dessa rabattsystem verkar vara förbjudna närmast *per se*. Man kan konstatera att dels renodlade exklusivitetsåtaganden, likt de i

---

<sup>79</sup> Kategoriseringen är inte självklar och rättsfallen är förmodligen ej så segregerade som det kan verka, ofta faller exempelvis ett rättsfall in i två kategorier. Jag anser dock att det av strukturella skäl är viktigt att göra åtskillnad mellan rättsfallen och dessutom påminner uppdelningen i stort om den som använts tidigare för att differentiera olika typer av rabatt- och bonussystem. Kategoriseringen liknar Gyselen's. Jfr. Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 11-12, p. 24-27.

<sup>80</sup> Inom kategori I faller 73/109/EEG Commission Decision of 26 may 1975 *European Sugar Industry* O.J. L 140/17, mål C-6/72 *Continental Can v Commission* [1973] ECR 215, ovan refererade domstolsavgörande i *Hoffmann-La Roche*, 197588/138/EEC Commission Decision of 22 December 1985, (IV/30.787 and 31.488 – *Eurofix-Bauco v Hilti*), OJ L 65/19, 1988, mål T-53/92 P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-666, mål C-310/93 P *BPB Industries AG and British Gypsum v Commission* [1995] ECR I-865, 2003/7/EC, Kommissionens beslut av den 13 december 2000, (COMP/33.133 - C: *Soda - Solvay*) EGT L /10/10, 2003, 2003/7/EC, Kommissionens beslut av den 13 december 2000 (COMP/33.133 - D: *Soda - ICI*) EGT L 10/33, 2003, samt 2001/354/EC, Kommissionens beslut av den 20 mars 2001 (COMP/35.141 - *Deutsche Post AG*), EGT L 125/27, 2001.

exempelvis *Hoffmann-La Roche*<sup>81</sup> och *Deutsche Post*<sup>82</sup>, dels sådana rabatter som på grund av sin nära relation till ett exklusivitetsåtagande, likt ”top-slice” rabattsystemet i *Solvay* och *ICI*, skall anses förbjudna,<sup>83</sup> då effekten av att tillämpa ett rabattsystem som är förenat med ett exklusivitetsåtagande, förfaller kunna leda dels till exploaterande, dels exkluderande effekter. Genom att återförsäljaren är förbunden att endast handla från en konkurrent drabbas slutkonsumenten negativt bland annat på grund av att det ej finns något förhandlingsutrymme i det första ledet. Ytterligare en aspekt av att återförsäljaren endast handlar från en leverantör blir att konkurrenter dels hindras från att etablera sig på marknaden, dels begränsas att expandera sin verksamhet för de fall de redan är etablerade på marknaden.<sup>84</sup>

### 5.2.2 Sugar Industry och Hoffmann-La Roche

I detta sammanhang anser jag att rättsfallen *Sugar Industry*<sup>85</sup> och *Hoffmann La Roche*<sup>86</sup> är av särskild betydelse eftersom man i dessa domskäl kan återfinna uttalade bedömningskriterier som Kommissionen och Förstainstansrätten lade vikt vid i sin missbruksbedömning. I *Sugar Industry* uttalade Kommissionen bland annat att det ifrågasatta rabattsystemet som Südzucker’s tillämpat försvårade för konkurrenters möjlighet att konkurrera med Südzucker, eftersom rabatten beräknas på kundernas *totala omsättning* och inte per segment. Notera att Kommissionen redan vid denna tidpunkt uttalar att ”such favourable offers are...practically ruled out”.<sup>87</sup> Domstolen nämner inte något om tillvägagångssättet att beräkna rabatten, men framhåller ändå rent generellt att Kommissionen gjort rätt i att se bakom rabattsystemets rubricering och påvisat rabattsystemets inslag av krav på lojalitet, utformat i syfte att hindra kunderna att handla från Südzucker’s konkurrenter.<sup>88</sup>

Vidare, i fallet *Hoffmann-La Roche* fastslog såväl Kommissionen som Förstainstansrätten att Roche’s rabattsystem utgjorde missbruk enligt Artikel 82 EG-fördraget. Rabattsystemets krav på att kunderna skulle köpa hela eller i vart fall en väsentlig del av sitt produktbehov, oavsett hur stort detta var, från Roche ansågs

---

<sup>81</sup> Se vidare, *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen*, p. 89-92.

<sup>82</sup> Se vidare, *Deutsche Post*, p. 23, 34.

<sup>83</sup> I *Solvay* och *ICI* förbjöd Kommissionen ”top slicing”, dvs att företaget beviljade rabatt under förutsättning att de åtog sig att inhandla all den kvantitet som man egentligen planerat att köpa från annan leverantör, den s.k. marginalkvantiteten, från *Solvay* respektive *ICI*. Besluten överklagades men överklagandena rörde ej besluten i sak.

<sup>84</sup> *European Sugar Industry* (O.J. L 140/17) p. 39-40, samt *Continental Can v Commission* p. 522.

<sup>85</sup> Kommissionsbeslutet och samt EG-domstolens avgörande i fallet, refereras ovan fotnot, 81.

<sup>86</sup> Commission Decision of 6 June 1976 (IV/29.020 *Vitamins*), O.J. L 223/27, 1976. samt EG-domstolens avgörande i fallet *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen* p. 461.

<sup>87</sup> *European Sugar Industry* (O.J. L 140/17) p. 40.

<sup>88</sup> *Continental Can v Commission*, p. 518.

vara lojalitetsskapande och medförde att kunderna uppmuntrades att ej handla från andra leverantörer.<sup>89</sup> Domstolen fastslog att nyss sagda gällde trots att rabattsystemet karaktäriserats som ett kvantitetsrabattssystem eftersom en närmre granskning visat att det var utformat i syfte att vara lojalitetsskapande.<sup>90</sup> Rabatten beviljades på *individuell basis* och *kvantitetsgränserna var ej objektivt fastställda*.<sup>91</sup> Det individuella resultatbonussystemet var därmed närmast ett sätt för Roche att försäkra sig om att kunderna uppfyllde exklusivetskravet. Vidare menade domstolen att rabattskalans *progressiva karaktär* utgjorde ett ytterligare starkt incitament för kunderna att inhandla ännu mera från Roche.<sup>92</sup> Att rabatten *beräknades på den totala omsättningen*, som dessutom *inkluderade alla olika typer* av vitaminer som kunderna inhandlat, ansåg domstolen vara ännu en anledning till att kundernas plikt att vara lojala tilltog.<sup>93</sup>

Eftersom rabattsystemet var intimt förknippat med ett exklusivetsåtagande är det inte möjligt att utifrån avgörandet även utläsa att resultatrabattssystem som inte är förknippade med ett exklusivetsåtagande, utgör missbruk enligt Artikel 82 EG-fördraget.<sup>94</sup> Efter *Hoffmann-La Roche* har domstolens prövningar i rabattmål därför ofta berört när resultatrabattssystem på egen hand skall anses oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget<sup>95</sup> och frågeställningen kommer att beröras närmre i den fortsatta redogörelse av Kategori II.

## 5.3 Individuella målrabatter

### 5.3.1 Allmänt

Till den *andra kategorin* räknas således de fall där det ej föreligger någon form av explicit exklusivetsförbindelse som en förutsättning för beviljandet av rabatter, men där dominanten istället, i varje enskilt fall, beräknar rabatten på grundval av en jämförelse av inköpt kvantitet under föregående referensperiod och en uppskattning av inköp under en framtida referensperiod. Likt den förstnämnda situationen är det således fråga om uppskattad inköpskvantitet från dominantens sida men till skillnad från den första situationen är det nu ett krav att kunderna når individualiserade inköpsvolymmer. Typiskt för ifrågakvarande affärsstrategi är att kunderna endast

---

<sup>89</sup> Se vidare *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen*, p. 89-92.

<sup>90</sup> *Ibid.* p. 98.

<sup>91</sup> *Ibid.* p. 100. Domstolens konklusion i målet. Min kursivering.

<sup>92</sup> *Ibid.* p. 99-2. Min kursivering.

<sup>93</sup> Jfr i detta sammanhang vad som framkommer i *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen* p. 110. Min kursivering.

<sup>94</sup> Jfr i detta sammanhang vad som framkommer i *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen* p. 110 med Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 17 p. 40-41. Observera att Kallaughan och Sher är dock av annan synpunkt, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 267, 270.

<sup>95</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 17 p. 42.



erhåller rabatt under förutsättning att de når upp till, eller överstiger den inköpsvolym som man inhandlat under föregående referensperioder.<sup>96</sup>

I samtliga de fall som jag har granskat, är det återkommande så att Kommissionen och domstolarna, för varje enskilt rabattsystem, bedömt huruvida lojalitets- och målrabattsystemen varit tillräcklig konkurrensbegränsande för att potentiellt kunna ge upphov inträdessvårigheter för övriga konkurrenter. Eftersom det ej längre finns något explicit exklusivitetsåtagande att beakta vid missbruksbedömningen, har andra kriterier som redan identifierats i *Sugar Industry* och *Hoffmann-La Roche*, lyfts fram och understrukits.

### 5.3.2 Michelin I

I detta sammanhang vill jag särskilt uppmärksamma rättsfallet *Michelin I*<sup>97</sup>, i vilket företaget Michelin fälldes för missbruk av dominerande ställning på grund av att man erbjudit sina kunder rabatt under förutsättning att de nådde upp till på förhand individuellt uppställda inköpsmål. Målet belyser en rad viktiga bedömningskriterier.

Domstolen konstaterade att rabatterna skulle anses vara oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget, trots att de ej var förenade med ett exklusivitetsåtagande. Därmed förkastades Michelins invändning att rabatterna i avsaknad av ett exklusivitetsåtagande skulle anses vara tillåtna kvantitetsrabatter. Domstolen uttalade i detta sammanhang att de kvantiteter som Michelin åsyftat, endast bestämde rabattsystemets begränsade tillämplighet.<sup>98</sup>

Det ifrågasatta rabattsystemets referensperiod var ett år och rabatten beräknades på total inköpt kvantitet av lastbilsdäck, bildäck och bussdäck. Likt Roche beräknade Michelin ut respektive kunds potentiella inköpsmål och vanligtvis uppskattades det överstiga den volym som köps in under föregående referensperiod. Vid referenstidens slut beräknades rabatten ut på grundval av återförsäljarnas totala årliga omsättning, ej endast på den omsättning med vilken inköpsmålet överskridits. I sammanhanget kan även nämnas att rabattprocentsatsen ej höjdes trots att inköpsmålet ofta stegrades<sup>99</sup> samt att

---

<sup>96</sup> Inom kategori II faller *Michelin I*, *Irish Sugar mot Kommissionen*, *Virgin/British Airways mot Kommissionen* och delvis, *Michelin II*.

<sup>97</sup> *Michelin I* (O.J. L 353/33, 9 december 1981), EG-domstolens avgörande i målet refereras ovan fotnot 8.

<sup>98</sup> *Michelin I*, p. 72.

<sup>99</sup> Se vidare *Michelin I* (O.J. L 353/33, 9 december 1981) p. 22-26, samt *Michelin I*, p. 66-67.

kunderna ej var medvetna om vilka kriterier Michelin tog hänsyn till när man bestämde rabattens storlek.<sup>100</sup>

För att bedöma huruvida Michelin missbrukat sin dominerande ställning genom rabattsystemet menade Domstolen att det var ”nödvändigt att bedöma *samliga omständigheter*, särskilt kriterierna och reglerna för beviljandet av rabatten, samt att undersöka om *syftet* med rabatten, genom att ge en förmån som inte baseras på någon ekonomisk motprestation som berättigar den, är att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartnerna tillämpa olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen”.<sup>101</sup> Nyss citerade stycke samt EG-domstolens fortsatta uttalande, att ”[v]arje sådant system, enligt vilket rabatter beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under en *relativt lång referensperiod*, medför ... att *trycket* på köparna ökar i slutet av denna referensperiod att uppnå den inköpskvantitet som är nödvändig för att erhålla förmånen, eller för att undvika den förutsedda förlusten för hela perioden”, har varit av stor principiell betydelse för följande missbruksbedömningar. Likaså är efterkommande uttalande där EG-domstolen konstaterade att eftersom den rabatt återförsäljarna erhöLL påverkade hela återförsäljarnas *totala omsättning* ”kunde redan *små variationer utöva ett kännbart tryck* på återförsäljarna”.<sup>102</sup> Jag får anledning att återkomma till dessa uttalanden nedan, avsnitt 6.1.1, 6.1.2.

I sammanhanget är det även värt att poängtera att EG-domstolen fortsatte med att konstatera att *trycket* att uppnå Michelins försäljningsmål och därmed inte löpa risken för förluster, förstärktes ytterligare på grund av två anledningar. För det första innebar de *stora skillnaderna mellan Michelins marknadsandel och dess största konkurrenters marknadsandelar*, att de konkurrenter till Michelin som, särskilt vid årets slut, ville erbjuda en återförsäljare en konkurrensfördel i samband med en beställning, var tvungen att ta hänsyn till det absoluta värdet av Michelins årliga målrabatt och fastställa sin egen rabattsats mycket högt i förhållande till återförsäljarens mycket mindre omfattande inköp hos denne. Trots att Michelin, vid en första anblick, tillämpade relativt låga rabattsatser, var det därför ändå mycket svårt för dess konkurrenter att kompensera återförsäljarna för de förmåner eller förluster som följde av att Michelins mål uppnåddes eller inte uppnåddes.<sup>103</sup> För det andra påpekade EG-domstolen att *bristen på insyn* i Michelins rabattsystem samt

---

<sup>100</sup> Se vidare *Michelin I* (O.J. L 353/33, 9 december 1981) p. 28, samt *Michelin I*, p. 63.

<sup>101</sup> *Michelin I*, p. 73. Min kursivering.

<sup>102</sup> *Ibid.* p. 81. Min kursivering.

<sup>103</sup> *Ibid.* p. 82. Min kursivering.

den omständigheten att varken rabattskalan eller försäljningsmålen och de till dem knutna rabatterna skriftligen meddelades återförsäljarna, innebar en ökad osäkerhet för återförsäljarna. Följaktligen kunde således inte återförsäljarna med visshet förutse konsekvenserna av att uppnå eller inte uppnå sina försäljningsmål<sup>104</sup> och återförsäljarna hindrades därmed från att, ”vid varje tidpunkt och mot bakgrund av situationen på marknaden, fritt kunna välja det mest förmånliga erbjudandet från olika konkurrenter och byta leverantör utan kännbar ekonomisk nackdel”.

För att rättfärdiga sitt handlande invände Michelin att viljan att sälja mer och viljan att bättre kunna planera produktionen berättigade återförsäljarnas begränsade möjlighet att välja leverantör. Domstolen var dock av annan åsikt och bedömde att det omtvistade rabattsystemet inte uppvägdes av någon ekonomiskt motiverad motprestation.<sup>105</sup>

Genom avgörandet i målet *Michelin I* klargjorde således EG-domstolen i viss mån vilka bedömningskriterier som kan tillmätas betydelse när man prövar huruvida ett rabattsystem som ej är knutet till ett exklusivitetsåtagande, skall anses vara otillåtet enligt Artikel 82 EG-fördraget. Frågan huruvida även ett tidsbegränsat rabattsystem som ej är utarbetat på kund-specifik basis utan är standardiserat i förhållande till alla kunder, motsatsvis skall anses förenligt med EG-rätten, berördes dock inte explicit i *Michelin I* utan kommer att redogöras för närmre i den fortsatta framställningen under kategori III.

## **5.4 Lojalitetsskapande standardiserade kvantitetsrabatter**

### **5.4.1 Allmänt**

Som understrukits redan tidigare, ansågs huvudregeln innan Förstainstansrättens dom i målet *Michelin II* vara att det var tillåtet att tillämpa standardiserade kvantitetsrabattsystem. Till den *tredje kategorin* hänförs så till sist situationen där medkontrahenten beviljas rabatt förutsatt att denne når upp till en viss uppskattad inköpt kvantitet, beräknad på grundval av en jämförelse av inköpt kvantitet under föregående referensperiod och en uppskattning av inköp under en framtida referensperiod. I den tredje situationen är de aktuella inköpsuppskattningarna dock inte individuella utan volymnivåerna är standardiserade för dominantens samtliga återförsäljare.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Ibid. p. 83.

<sup>105</sup> Ibid. p. 85.

<sup>106</sup> Inom kategori III återfinns i dagsläget endast ett rättsfall, *Michelin II*.

### 5.4.2 Michelin II

För att läsaren lättare skall förstå, eller bilda sig en uppfattning om på vilket sätt det kvantitetsrabattssystem som Michelin tillämpade var lojalitetsskapande i förhållande till sina kunder, följer närmast en beskrivning av relevant fakta i målet samt relevanta delar av Kommissionens beslut och Förstainstansrättens avgörande. Inom ramen för redogörelsen vill jag tydligt framhäva vilka bedömningskriterier som Kommissionen och Förstainstansrätten beaktade vid missbruksbedömningen. I stor utsträckning är dessa desamma som de som tidigare belysts, men med hänsyn till att grundförutsättningarna ändrats fundamentalt anser jag att de bör redogöras för återigen utifrån dessa ”nya” utgångspunkter.

#### *Allmänt om Michelins affärsstrategi*

Det kvantitetsrabattssystem som Michelin fälldes för hösten 2003, var bara ett i raden av det mycket komplexa system av olika rabatter som Michelin tillämpade i förhållande till sina kunder. Kort sagt innehöll den affärsstrategi som Kommissionen kom att ogiltigförklara tre delar: allmänna prisvillkor för professionella återförsäljare i Frankrike (de s.k. Allmänna villkoren), ett avtal för största möjliga avkastning på Michelindäck för tunga fordon (det s.k. PRO-avtalet<sup>107</sup>) och ett avtal om professionellt samarbete och teknisk assistans (den s.k. klubben för Michelins vänner<sup>108</sup>).<sup>109</sup> Kvantitetsrabattssystemet utgjorde en del av de Allmänna villkoren.<sup>110</sup>

#### *Mer om det standardiserade kvantitetsrabattsystemet<sup>111</sup>*

I kvantitetsrabattssystemet, ingick en årlig återbäring som var en procentuell andel av omsättningen av alla Michelins produkter. Andelen ökade således progressivt i förhållande till mängden inköpta däck. Beroende på vilken typ av däck det gällde (däck till tunga fordon, regummerade däck, eller övriga däck) föreskrevs tre skalor i de allmänna villkoren. Två av dessa skalor samt 2 tillhörande grafer finns återgivna i sin helhet i Bilaga 1.

Av de återgivna tabellerna och graferna framgår det tydligt att storleken på kvantitetsrabatten ökade i förhållande till omsättningen för sökandens produkter.

---

<sup>107</sup> För ytterligare fakta om PRO-avtalet, se *Michelin II*, p. 20. samt Kommissionens beslut av den 20 juni 2001 (COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin II*) EGT L 143/1, 2002 p. 97-100.

<sup>108</sup> För ytterligare fakta om Klubben för Michelins Vänner, se *Michelin II*, p. 21 samt Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 101-108.

<sup>109</sup> *Michelin II*, p. 1-4.

<sup>110</sup> För ytterligare fakta om servicebonusen, se *Michelin II*, p. 10, samt Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 60-66. För ytterligare fakta om den progressiva bonusen, se *Michelin II*, p. 11-12. För ytterliga fakta om Fakturarabatten och Målavtalet, se vidare *Michelin II*, p. 14-15.

<sup>111</sup> Omnämns ofta som *rappels quantitativ* i doktrin.

Vidare är det uppenbart att ökningen tilltar betydligt snabbare för de första stegen, medan den är klart långsammare för de högsta stegen. Detta gäller i synnerhet Tabell respektive Graf 2.<sup>112</sup>

### *Handelsavtalet – en förlängning av kvantitetsrabattsystemet*

I tillägg till ovan beskrivna rabatterna, kunde återförsäljare som överskred den maximala omsättningen (t.ex. 22 miljoner FFR år 1995), ingå ett handelsavtal med Michelin, som innebar att dessa återförsäljare erhöll kvantitetsrabatt enligt en förlängd skala till de allmänna tabellerna över mängdåterbäring. Den skala som var bifogad handelsavtalet hade det sista steget för mängdåterbäring i de allmänna villkoren som utgångspunkt, och variationerna mellan rabattsatserna längst ned och högst upp i denna tilläggsskala var på 2 procent. För att erhålla rabatt enligt handelsavtalet skulle återförsäljarna förse Michelin med teknisk information, erbjuda efterköpservice av Michelin produkter, hjälpa Michelin vid lansering av nya produkter, inkomma med månads- eller kvartals prognoser av planerade inköp och försäljningssiffror samt inhandla Michelindäck regelbundet. Denna förlängning av de allmänna villkoren genom handelsavtalen utgjorde så en del av kvantitetsrabattsystemet.<sup>113</sup>

### *5.4.3 Kommissionens beslut i Michelin II*

#### *Allmänt*

Inledningsvis är det av stor vikt att poängtera att samtliga de bonus- och rabattsystem som utgjorde en del av de allmänna villkoren samt PRO-avtalet och Klubben för Michelins vänner, *var och en för sig ansågs vara oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget*.<sup>114</sup> Enligt den kategorisering av rättspraxis som jag valt att tillämpa, skulle bedömningen av den progressiva rabatten, servicesystemet samt det nya resultatrabattsystemet falla inom kategori II<sup>115</sup> och endast den del som avser mängdåterbäringssystemet, eller kvantitetsrabattsystemet, falla inom kategori III. Av utrymmesskäl kommer jag som sagt endast att redogöra för Kommissionens och Förstainstansrättens respektive motiveringen med relation till det kvantitetsrabattssystem som Michelin tillämpade.

---

<sup>112</sup> *Michelin II*, p. 71.

<sup>113</sup> Svarandes replik 18, *Michelin II*, p. 94. Se vidare Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 75-79.

<sup>114</sup> Se exempelvis *Michelin II*, p. 233, 265 och 313.

<sup>115</sup> Kommissionen prövade dessa rabattsystem på en trippelgrund. Dels ansågs de orättvisa, dels lojalitetsskapande och slutligen ansågs de ha marknadsindelade effekt. Som den senare bedömningen av kvantitetsrabattsystemet kommer visa var det även beträffande ifrågavarande rabattsystem, främst det lojalitetsskapande syftet som Kommissionen och likaledes Förstainstansrätten opponerade sig mot. Se vidare Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 248-259, 260-271. Se även *Michelin II*, p. 115-167.

### *Frågan huruvida det standardiserade kvantitetsrabattsystemet som Michelin tillämpat utgjort missbruk enligt Artikel 82 EG-fördraget*

Kommissionen anförde att kvantitetsrabattsystemet utgjorde missbruk på tre grunder. Dels ansågs det ha inslag av orättvisa, dels hävdade Kommissionen att det hade krav på lojalitet och slutligen hävdade Kommissionen att det hade en marknadsindelade effekt samtidigt som det utestängde konkurrenter från marknaden.<sup>116</sup> Huvudargumenten var dock att kvantitetsrabatten var lojalitetsskapande och förorsakande en utestängningseffekt.

#### *– Grund 1: Inslag av orättvisa*

Orsaken till att Kommissionen ansåg att kvantitetsrabattsystemet hade inslag av orättvisa<sup>117</sup> var närmast att återförsäljarna i och med rabattsystemets utformning, befann sig i en situation där de *inte med säkerhet kunde förutse det slutliga inköpspriset* för de däck de beställt från Michelin. På grund av att rabatten beräknades på grundval av den totala omsättningen och eftersom Michelin beräknade rabatten först ett år efter de första inköpen gjorts, lämnades återförsäljarna i en situation fylld av ovisshet och osäkerhet när de inte kunde beräkna produkternas faktiska prisnivå per enhet förrän efter de gjort den allra sista beställningen. Följaktligen, mot bakgrund av den *aktuella sektorns hårda konkurrens och låga vinstmarginal*, menade Kommissionen att återförsäljarna tvingades sälja till förlustpris och därmed försattes i en oberättigad förlustsituation, i avvaktan på att mängdåterbäringen skulle betalas ut. Återförsäljarnas pris från Michelin var nämligen generellt sett högre än de pris som återförsäljarna tog ut av slutanvändarna.<sup>118</sup> Denna ovisshet och osäkerhet menar Kommissionen ledde till att återförsäljarna minimerade sina risker genom att endast inhandla däck från Michelin.<sup>119</sup> Dessutom, eftersom rabatten betalades ut extremt sent enligt Kommissionen, försattes återförsäljarna i ett oförmånligt psykologiskt underläge under förhandlingar eftersom de till följd av kvantitetsrabattsystemet var inkapabla att bedöma sitt eget förhandlingsläge och följa sin normala förhandlingsstrategi.<sup>120</sup>

#### *– Grund 2: Lojalitetsskapande gentemot återförsäljare*

Enligt Kommissionen hade mängdåterbäringssystemet även inslag av krav på lojalitet gentemot återförsäljarna.<sup>121</sup> Vid bedömningen tog Kommissionen särskild hänsyn till dels att rabatten beräknades på återförsäljarnas *totala omsättning* av

---

<sup>116</sup> Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 218-247.

<sup>117</sup> Ibid. p. 218-225.

<sup>118</sup> Ibid. p. 218, p 224.

<sup>119</sup> Ibid. p. 220, samt *Michelin II*, p. 50.

<sup>120</sup> Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 223.

<sup>121</sup> Ibid. p. 226-239.

sålda Michelin produkter, dels var *referensperioden ett år* och att återförsäljarna till följd härav, kände press att handla ytterligare kvantiteter från Michelin.

#### *Mer om referensperiodens längd i relation till låg vinstmarginal*

I beslutet uttalar Kommissionen särskilt att "[i] alla rabattsystem som beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under en relativt lång referensperiod ökar pressen för att köparna mot slutet av referensperioden skall uppnå de inköpsbelopp som krävs för att uppnå de fördelar som står på spel eller att undvika att oförutsedda förluster för hela perioden".<sup>122</sup> Från nyss citerade uttalande kan man sannolikt dra slutsatsen att betydelsen av referenstidens längd torde ses i ljuset av vinstmarginalen i ifrågavarande bransch. För de fall vinstmarginalen är låg, som den bedömdes vara i förevarande fall, uppstår medvetet, eller omedvetet lojalitetskrav eftersom återförsäljarnas slutliga överlevnad på marknaden i själva verket beror på vilken rabatt man slutligen erhåller från leverantören. Då referenstiden löper om ett år som i Michelins fall ökar således lojalitetsplikten på så vis att återförsäljaren i större utsträckning ej vill ta risken att handla betydande kvantitet från annan, då man inte vill äventyra företagets överlevnad.<sup>123</sup>

#### *Mer om beräkningsunderlaget*

I denna del anser jag att man kan urskilja två komponenter som Kommissionen ansåg stötande med Michelins affärsstrategi. Dels beräknades rabatten på grundval av total inköpt kvantitet av samtliga kategorier däck (med undantag för regumnerade däck till tunga fordon), dels beräknades rabatten på den totala omsättningen inköpta däck. Jag kommer nu att redogöra närmre för båda dessa två komponenter.

Enligt Kommissionen var det faktum att rabatten beräknades på *alla typer av däck*, ett starkt incitament för återförsäljarna att tvingas köpa fler lastbilsdäck. För det första gjorde prisskillnaden mellan lastbilsdäck och bildäck att återförsäljarna blev mer benägna att köpa fler lastbilsdäck än bildäck för att eskalera fortare i rabattstegen. För det andra var det omöjligt för återförsäljarna att beställa så pass många bildäck som krävdes för att eskalera i motsvarande takt eftersom återförsäljarna hade sin egen köparkrets att ta hänsyn till.<sup>124</sup> Lojalitetskravet var således uppenbart eftersom effekten av att räkna in alla kategorier av däck i

---

<sup>122</sup> Ibid. p. 228.

<sup>123</sup> Ibid. p. 226, 229.

<sup>124</sup> Ibid. p. 233.

rabattsystemet kan liknas vid ett kopplingsförbehåll där köparen blev tvungen att handla inte bara bildäck, men även lastbilsdäck.<sup>125</sup>

Vidare medförde omständigheten att rabatten beräknades på den *totala omsättningen* ett starkt incitament till lojalitetskrav och i samband härmed uttalade Kommissionen vidare att möjligheten att ingå *handelsavtal* med Michelin för de fall man översteg det högsta steget i skalan, utgjorde ett ytterligare incitament att vara lojal mot Michelin.<sup>126</sup> Lojalitetskravet uppstod således när det stod klart för återförsäljarna att de fick rabatt på hela den totala omsättningen när respektive steg i rabattstegen passerades, och inte endast på överskjutande del. De *många stegen i rabattskalan*<sup>127</sup> och därmed den stora möjligheten att öka sin rabatt i början av skalan, samt möjligheten att få del av den förmånliga rabatten enligt handelsavtalet för de fall man sålde över den omsättning som mängdåterbäringsystemet omfattade, stärkte på alla nivåer återförsäljarnas incitament att vara alltmer trofasta Michelin i bemärkelsen att öka sin omsättning av Michelin produkter.<sup>128</sup>

Enligt Michelin innebar detta inte något problem eftersom skalan var nyanserad och att den ytterligare rabatt som återförsäljaren erhöll genom att klättra ett steg på bonusstegen därför var mycket ”blygsam”.<sup>129</sup> Kommissionen, menade dock att denna hypotes inte kunde godtas<sup>130</sup> och erinrade om att domstolen tidigare uttalat att en variation mellan 0,2 och 0,4 procent i en rabattskala, kan få tillräckliga återverkningar på en återförsäljares slutliga resultat, för att skapa ett incitament hos denne att inhandla hela eller en betydande del av sina produkter från det marknadsdominanta företaget.<sup>131</sup>

### – Grund 3: Inslag av avskärmning

Mot bakgrund av att Michelins kvantitetrabattssystem hade lojalitetsskapande effekt gentemot återförsäljarna och på grund av att rabatten endast beräknades på inköp från Michelin France och inte från utländska dotterbolag, menade Kommissionen slutligen att rabattsystemen hade inslag av avskärmning<sup>132</sup> och avskräckte återförsäljarna att göra sina inköp från andra leverantörer utanför Frankrike eller

<sup>125</sup> Jfr med vad som sagt ovan om aggregerade rabatter, avsnitt 3.2.4.

<sup>126</sup> Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 230.

<sup>127</sup> Se Bilaga 1.

<sup>128</sup> Kommissionens beslut *Michelin II* (O.J 143/1) p. 230.

<sup>129</sup> Ibid. p. 231.

<sup>130</sup> Ibid. p. 232.

<sup>131</sup> Ibid. p. 237. I Kommissionens tycke visade sig återförsäljarnas lojalitetsförpliktelse sig särskilt tydligt vid närmre granskning av det separata rabatttabell som gällde för regummerade däck. Jfr Tabell 2 och Graf 2, Bilaga 1.

<sup>132</sup> Ibid. p. 240-247.



från importleverantörer.<sup>133</sup> Utestängningseffekten var därmed särskilt märkbar med hänsyn till konkurrenterna. Dessutom innebar det faktum att Michelin i praktiken noggrant kontrollerade den franska marknaden samt sina marknadsandelar, att konkurrenterna drabbades även på så sätt att de, till skillnad från Michelin som kunde avskriv av sina kostnader för utgivna rabatter, var tvungna att antingen avstå från att öka sin försäljningsvolym, eller att acceptera en lägre räntestabilitetsnivå. För att vara konkurrenskraftiga behövde konkurrenterna dessutom inte bara kompensera återförsäljarna för tillkommande kostnader (såsom transportkostnader), utan även för den rabatt återförsäljarna skulle gå miste om genom att inte erhålla rabatter på Michelins hela däcksortiment, inklusive dem som inte köpts in hos konkurrenterna.<sup>134</sup>

Det var dock inte endast konkurrenterna som träffades av Michelins affärsstrategi, även utländska återförsäljare drabbades enligt Kommissionen. Eftersom dessa endast erhöll rabatt under mer oförmånliga villkor blev det svårt att göra parallellimporter och detta förklarade i sin tur, enligt Kommissionen, importens relativt låga nivå och bevarandet av en nationell marknad för nya ersättningsdäck. Följaktligen resulterade Michelins tillämpning av kvantitetsrabattssystemet i att den franska marknaden isolerades och att Michelin kunde utöva sitt dominerande inflytande utan att riskera något externt inflytande.<sup>135</sup>

#### *Objektivt godtagbara skäl*

Mot bakgrund av att en detaljerad analys som Michelin presenterat, visat att kvantitetsrabattssystemet haft till syfte och effekt att knyta återförsäljarna nära till sig och då Michelin ej varit förmögen att visa att rabattssystemet varit berättigat på grund av någon ekonomisk motprestation, medförde tillämpningen av kvantitetsrabattssystemet att Michelin missbrukat sin dominerande ställning enligt Artikel 82 EG-fördraget. Med fortsatt hänvisning till avgörandet i *Michelin I*, menade Kommissionen följaktligen att rabattssystemet medfört att andra aktörer förhindrats tillträde till marknaden eftersom Michelins rabatter fråntagit, eller i vart fall begränsat, återförsäljarnas frihet att välja leverantör.<sup>136</sup>

#### *Effekt på handeln mellan medlemsstaterna*

Slutligen är det värt att poängtera att Kommissionen förbjöd rabattssystemet utan att ta hänsyn till huruvida rabattssystemet haft konkurrensbegränsande effekt på den

---

<sup>133</sup> Ibid. p. 240.

<sup>134</sup> Ibid. p. 242, 244.

<sup>135</sup> Ibid. p. 246.

<sup>136</sup> Ibid. p. 227.

gemensamma marknaden. Jag kommer att återkomma till detta i samband med att jag redogör för Förstainstansrättens avgörande.

### *Sammanfattning av Kommissionens beslut*

Sammanfattningsvis bedömde Kommissionen att Michelin missbrukat sin dominerande ställning i Frankrike genom att föra en affärsstrategi och en prisstrategi gentemot återförsäljarna som grundades på de ovan beskrivna komplicerade systemen av bonuserbjudanden, rabatter och diverse ekonomiska förmåner, i syfte att vinna deras lojalitet och bevara sina marknadsandelar.<sup>137</sup> Enligt Kommissionen introducerade Michelin ifrågavarande affärsstrategi i ljuset av konkurrenters inträde på marknaden i syfte att behålla fortsatt kontroll över marknaden, och affärsstrategin ansågs alltså avvika från normalt konkurrensmässigt beteende.<sup>138</sup> Förfarandet berättigades ej av någon ekonomiskt motiverad motprestation.

I missbruksbedömningen lade Kommissionen genomgående stor vikt vid att återförsäljarna generellt hade en låg vinstmarginal att ta hänsyn till i ifrågavarande bransch. Detta faktum medförde enligt Kommissionen ett starkt incitament för återförsäljarna att tjäna på ytterligare rabatt eftersom detta skulle gynna vinstmarginalen och påverka det totala självkostnadspriset i slutet av året.<sup>139</sup> Vad som kraftigt ökade pressen var särskilt att en sista beställning av exempelvis däck för tunga fordon som gjorde det möjligt att nå ett steg upp i skalan, fick återverkningar på återförsäljarens vinstmarginal på försäljning av nya Michelin-däck i alla kategorier.<sup>140</sup> Dessutom innebar utsikterna för de största återförsäljarna att teckna handelsavtal med Michelin ytterligare incitament och press att endast handla från Michelin, varför handelsavtalen, liksom kvantitetsrabattsystemet, enligt Kommissionen måste anses utgöra missbruk enligt artikel 82 EG-fördraget.<sup>141</sup>

### *5.4.4 Förstainstansrättens avgörande i Michelin II*

#### *Allmänt*

I den följande framställningen kommer jag att redogöra för med vilka argument Förstainstansrätten avvisade Michelins argument med hänsyn till nyss nämnda kriterier, samt redogöra för i vilken utsträckning Förstainstansrätten instämde med Kommissionens beslut.

---

<sup>137</sup> Ibid. p. 213 samt artikel 1.

<sup>138</sup> Ibid. p. 212.

<sup>139</sup> Ibid. p. 216, 226.

<sup>140</sup> Förutom regummerade däck och däck för tunga anläggningsfordon. Ibid. p. 230.

<sup>141</sup> Ibid. p. 230 och 272-273.

### *Otillåtet standardiserat kvantitetsrabattsystem*

Michelins huvudsakliga invändning i målet var att mängdåterbäringarna utgjort sådana verkliga mängdrabatter som ett företag i dominerande ställning har rätt att ge sina kunder.<sup>142</sup> Michelin framhöll särskilt att ”jämförelsen av mängdåterbäringarna med målrabatter, eller till och med lojalitetsrabatter, förbiser det ifrågasatta systemets grundläggande egenskaper, nämligen ett system som utgjordes av en progressiv rabattskala, som grundade sig på ett stort antal gränser som låg mycket nära varandra, vilket endast gjorde det nödvändigt att köpa in ytterligare en liten mängd för att nå nästa gräns”.<sup>143</sup> I sin argumentation underströk Michelin vidare att rabatterna räknades ut i förhållande till de volymer som verkligen köptes in och att rabattskalan var avtagande, eftersom den rabatt som beviljades för varje uppnådd gräns minskade ju högre upp på kurvan köparen kom. Köparen hade således full insyn i systemet varför Michelin hävdade att det var fråga om ett sådant mängdrabattsystem som inte utgör missbruk.<sup>144</sup>

Mot det anförda uttalade Förstainstansrätten dock att man inte automatiskt kan dra slutsatsen, så som Michelin hävdade, att sådana kvantitetsrabattsystem som Michelin tillämpat, måste anses förenliga med Artikel 82 EG-fördraget enbart på grund av att rabattnivån per däck ökar i förhållande till den inköpta mängden. Vidare framhöll Förstainstansrätten, likt avgörandet i *Sugar Industry* och *Hoffmann-La Roche*, att inte heller omständigheten att ett rabattsystem karakteriseras som mängdåterbäring kan motivera att sådana rabatter skall beviljas med hänsyn till Artikel 82 EG-fördraget.<sup>145</sup>

Förstainstansrätten medgav visserligen att EG-domstolen i målet *Portugal mot Kommissionen*, som Michelin åberopade, uttalat att ”själva idén med ett mängdrabattsystem är att de mest betydelsefulla köparna eller förbrukarna av en vara eller en tjänst kommer i åtnjutande av lägre genomsnittspris per enhet eller, vilket innebär samma sak, av större genomsnittsrabatter, än mindre betydelsefulla köpare eller förbrukare av denna vara eller tjänst.” I samma dom framhöll EG-domstolen vidare att ”[ä]ven vid en linjär ökning av rabattnivån i förhållande till mängden, med en maximal rabatt, ökar genomsnittsrabatten (eller minskar genomsnittspriset) matematiskt till att börja med mer i förhållande till inköpsökningen och sedan mindre i förhållande till inköpsökningen, innan det har en tendens att stabiliseras mot den maximala rabattnivån.” Förstainstansrätten framhöll dock att i det åberopade fallet, prövade EG-domstolen endast huruvida ett

---

<sup>142</sup> *Michelin II*, p. 69.

<sup>143</sup> *Ibid.* p. 67.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> *Ibid.* p. 62.

rabattsystem hade varit diskriminerande,<sup>146</sup> och EG-domstolen avsåg endast att bekräfta att man inte enbart utifrån omständigheten att stora kunder åtnjuter större genomsnittsrabatter än små kunder, kan dra slutsatsen att ett system är diskriminerande.<sup>147</sup>

Sålunda konstaterade Förstainstansrätten att det framkom av fast rättspraxis att ett rabattsystem – oavsett hur detta karaktäriseras – strider mot Artikel 82 EG-fördraget, om rabattsystemet söker binda återförsäljarna till ett företag i dominerande ställning genom fördelar som inte svarar mot en ekonomisk motprestation och som hindrar dessa återförsäljare att köpa in från konkurrenter till detta företag.<sup>148</sup> Utifrån denna grundläggande slutsats, prövade Förstainstansrätten fortsättningsvis ifall rabattsystemet innebar krav på lojalitet.

### *Rabattsystemets inslag av lojalitet*

I sitt resonemang likställer Förstainstansrätten lojalitetskravet med huruvida återförsäljarna bundits till leverantören och hindrats från att köpa in från konkurrenter.<sup>149</sup> Dels avsåg Förstainstansrätten därmed möjligen värna om återförsäljarnas utsatthet, dels om övriga konkurrenters tillgång till samma återförsäljare. Intressant i sammanhanget är även att Förstainstansrätten uttalar att "[e]tt rabattsystem med syfte att knyta återförsäljarna till sig dessutom måste anses vara avskärmande till sin natur, eftersom det syftar till att hindra kunderna att köpa in från andra tillverkare".<sup>150</sup>

Från detta uttalande kan man dra slutsatsen att Förstainstansrätten, till skillnad från Kommissionen, redan från detta inledande skede ej gör åtskillnad mellan de olika effekter missbruket kan ge upphov till. Förstainstansrätten förefaller således redan från början se komplexiteten i att samtliga de komponenter som Kommissionen differentierat, utgör olika sidor av samma orättfärdiga uppförande. Mot bakgrund härav anser jag att Förstainstansrätten gör ett korrekt ställningstagande när man bedömer Kommissionens tidigare argumentation rörande rabattsystemets orättvisa drag, som en del av lojalitetsprövningen. Utifrån uttalandet kan man även dra slutsatsen att det redan i detta stadium i domen, framkommer att Förstainstansrätten anser att det ligger i lojalitetskravets natur, som en uppenbar och självfallen företeelse, att visat lojalitetsskapande syfte sammanfaller med bedömningen av

---

<sup>146</sup> Ibid. p. 73.

<sup>147</sup> Se *Portugal mot Kommissionen*, p. 51 där det fastslags att det ligger i själva kvantitetsrabattsystemets natur "[a]tt ett mängdrabattsystem leder till att vissa kunder vid vissa givna mängder kommer i åtnjutande av ett proportionellt större genomsnittligt rabattbelopp jämfört med andra kunder i förhållande till skillnaderna i deras inköpsvolymmer.

<sup>148</sup> *Michelin II*, p. 73-74.

<sup>149</sup> Ibid. p. 66.

uppvisande av avskärmning och därmed konstaterad konkurrensbegränsande effekt. Jag får anledning att återkomma till det sist nämnda i den senare framställningen.

### *Mer om beräkningsunderlaget*

#### *– Referensperiodens längd*

Likt Kommissionen konstaterade Förstainstansrätten fortsättningsvis vikten av referensperiodens längd i det aktuella målet. Med hänvisning till domen i målet *Michelin I* poängterade domstolen att ”varje sådant system, enligt vilket rabatter beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under en relativt lång referensperiod, ... medför att trycket på köparna ökar i slutet av denna referensperiod att uppnå den inköpskvantitet som är nödvändig för att erhålla förmånen, eller för att undvika den förutsedda förlusten för hela perioden”.<sup>151</sup>

Mot det anförda, framhöll Michelin att domstolen aldrig tidigare föreskrivit en referensperiod som är begränsad till viss tid. Tvärtom anförde Michelin att Kommissionen alltid tillåtit mängdrabatter beräknade på en ettårig basis i sina tidigare beslut.<sup>152</sup> Förstainstansrätten poängterade dock att fallen i den beslutspraxis som Michelin åberopat, inte syftade att avgöra huruvida missbruk förelåg till följd av visst beräkningsunderlag, utan till att ogiltigförklara rabattsystem som var beroende av motpartens exklusiva eller i princip exklusiva inköpsåtagande.<sup>153</sup>

I samband härmed bör det även poängteras att Förstainstansrätten fastställde att Michelins åberopande av Kommissionens ställningstagande till *British Gypsums* affärsstrategi<sup>154</sup>, inte kunde godtas. I målet *British Gypsums* tillät Kommissionen visserligen en ettårig referensperiod men detta var, enligt Förstainstansrätten, beroende av olika särdrag i de rabattsystem som British Gypsum tillämpat och dessa särdrag återfanns inte i Michelins rabattsystem. De rabatter som British Gypsum beviljade bestämdes nämligen på basis av den förväntade årliga omsättningen och inte på basis av den verkliga omsättningen. I British Gypsums system gjordes heller ingen justering av rabatterna för en kund vars årliga omsättning var mindre än den till en början förväntade, vilket avsevärt minskade

---

<sup>150</sup> Ibid. Min kursivering.

<sup>151</sup> *Michelin I*, p. 81.

<sup>152</sup> Kommissionens beslut *Industrie Européenne du Sucre* (O.J. L 140/17) p. 16, Kommissionens beslut *Carbonate de Soude – ICI* (O.J. L 152/40) p. 6, samt meddelanden enligt artikel 19.3 i förordning nr 17 angående rabattsystem som tillämpades av *British Gypsum* (O.J. C 321/9-11).

<sup>153</sup> *Michelin II*, p. 82-83.

<sup>154</sup> I motsats till vad Kommissionen påstod i det ifrågasatta beslutet (p. 216), gjorde Michelin nämligen gällande att gemenskapsdomstolarna aldrig tidigare föreskrivit en referensperiod som är begränsad till tre månader för mängdrabatter. Med hänvisning till de beslut som återgetts i fotnot 154 hävdade Michelin att Kommissionen tvärtom alltid tillåtit mängdrabatter beräknade på en ettårig basis.

pressen på kunden att göra ytterligare inköp från British Gypsum i slutet av referensperioden. Dessutom beviljades British Gypsums rabatter kvartalsvis medan de mängdåterbäringar som Michelin tillämpade, beviljades en enda gång i slutet av februari året efter referensåret. Slutligen framhöll Kommissionen i sina meddelanden att de mängdåterbäringar som British Gypsum tillämpade faktiskt grundade sig på verkliga kostnadsbesparingar för företaget.

#### – *Totala omsättningen*

Ankommande Michelins val att beräkna rabatten på den totala omsättningen, uttalade Förstainstansrätten att och om en rabatt beviljas för inköp under en viss referensperiod, blir lojalitetskravet mindre om den ytterligare rabatten endast tillämpas på den kvantitet som överstiger en viss gräns, än om rabatten tillämpas på den totala omsättningen under referensperioden. I det sistnämnda fallet får den vinst som kan göras genom att ett högre steg nås, återverkningar på den totala omsättningen, medan den i det förstnämnda fallet endast får återverkningar på det ytterligare inköpet.<sup>155</sup> Förstainstansrätten menade följaktligen att det var riktigt av Kommissionen att påpeka, att en sista beställning av däck för tunga fordon som gjorde det möjligt att nå ett steg upp i skalan, kunde få återverkningar på återförsäljarens vinstmarginal på försäljningen av däck i alla kategorier, något som kraftigt ökade pressen att handla ytterligare från just Michelin.<sup>156</sup>

Mot det anförda invände Michelin att frågan huruvida rabatten beräknas på den totala inköpsvolymen eller enbart på det ytterligare inköpet, är en ren presentationsfråga. Michelin menade att det inte spelar någon roll om en rabatt med ett visst belopp uttrycks som en procentuell andel av den ytterligare inköpsvolymen, eller som en procentuell andel av den totala volymen, eftersom den procentuella andelen blir högre när rabatten beräknas på den ytterligare volymen än när den beräknas på den totala volymen.<sup>157</sup>

Förstainstansrätten godtog dock inte dessa invändningar eftersom om rabatten beräknas på den totala omsättningen *överstiger nämligen rabatten för inköpet av en ytterligare enhet aldrig den procentuella andel som har föreskrivits för segmentet i fråga.*<sup>158</sup> Konsekvensen blev följaktligen att återförsäljarna hade ett verkligt intresse

---

<sup>155</sup> *Michelin II*, p. 85.

<sup>156</sup> *Ibid.* p. 230.

<sup>157</sup> *Ibid.* p. 86.

<sup>158</sup> Låt följande exempel illustrera Förstainstansrättens resonemang:

Om man skulle anta att Tabell 1 (och Graf 1) som har återgetts ovan, avsnitt 4.4.2, representerade ett mängdåterbäringssystem där rabatten beräknades per segment, kan man konstatera att en återförsäljare, genom att exempelvis överskrida gränsen 30 000 FRF i omsättning, skulle få 9,25 procent i rabatt i stället för 9 procent på inköpen av de enheter

av att överskrida ytterligare en gräns, både vad gäller gränser i botten av skalan och vad gäller gränser högt upp på skalan.<sup>159</sup>

– *Variationerna mellan rabattsatserna och antalet gränser i skalan*

För att berättiga rabattsystemet invände Michelin även att variationerna mellan rabattsatserna för de sista stegen på skalan var mycket små varför pressen att inhandla borde avta och inte öka så som Kommissionen slagit fast. Michelin poängterade att ju högre en återförsäljare klättrade på rabattskalan, desto mindre får återförsäljaren i ytterligare rabatt för varje ny gräns han når.<sup>160</sup> Sammantaget med det faktum att antalet gränser i skalan var så stort, nedbringades således pressen för att uppnå ett högre steg i den ifrågasatta rabattskalan. Återförsäljarna kunde därmed lätt avancera till en högre nivå och även inhandla produkter från andra leverantörer utan att riskera att förlora hela sin rabatt.<sup>161</sup> Pressen som utövades för att ett högre steg skulle nås i det ifrågasatta rabattsystem, var därmed väsentligt mindre än i det målrabattsystem som prövades i målet *Michelin I*.<sup>162</sup> Michelin menade sammanfattningsvis att det ifrågasatta kvantitetsrabattsystemet inte innebar att återförsäljarna riskerade att förlora hela rabatten om de delvis valde att köpa in från andra leverantörer, varför systemet ej skulle anses vara lojalitetsskapande.<sup>163</sup>

I detta avseende höll Förstainstansrätten förvisso med om att det framgår av de tabeller som återfinns i Bilaga 1, att rabattsatserna i det kvantitetsrabattssystem som Michelin tillämpade varierade betydligt mellan de lägre och de högre stegen och att ökningen av rabattsatserna längst ner på skalan faktiskt var större än högre upp på skalan. Man understryker emellertid, likt Kommissionen, att ”redan små variationer

---

som översteg denna omsättningsgräns. Med andra ord skulle den omständigheten att en återförsäljare gick från en omsättning på 29 999 FRF till en omsättning på 30 000 FRF med sökanden, i ett system där rabatten beräknas per segment, ge återförsäljaren ytterligare rabatt med 0,25 procent eller 0,0025 FRF (0,25 procent ytterligare på ett belopp om 1 fransk franc). En återförsäljares intresse av att överskrida en sådan gräns är relativt begränsat. Om rabatten däremot, som i det försvarande fallet, skulle tillämpas på den totala inköpta volymen skulle återförsäljaren genom att gå från en omsättning på 29 999 FRF till en omsättning på 30 000 FRF få rabatt med ytterligare 75 FRF (0,25 procent ytterligare rabatt på ett belopp om 30 000 FRF), vilket motsvarar 7 500 procent av den ytterligare omsättningen (75 FRF ytterligare rabatt på en ytterligare omsättning om 1 fransk franc). *Michelin II*, p. 87.

<sup>159</sup> Att exempelvis gå från en omsättning på 16 384 999 FRF till en omsättning på 16 387 000 FRF skulle ge återförsäljaren en ytterligare rabatt på 1 fransk franc i ett system med rabatter per segment (0,05 procent ytterligare rabatt på ett belopp om 2 001 FRF). I det system som tillämpades av sökanden blev den ytterligare rabatten 8 193,5 FRF (0,05 procent ytterligare rabatt på ett belopp om 16 387 000 FRF), vilket motsvarar en ytterligare rabatt på ungefär 410 procent av den ytterligare omsättningen (8 193,5 FRF ytterligare rabatt på en ytterligare omsättning om 2 001 FRF).

<sup>160</sup> Ibid. p. 90.

<sup>161</sup> Ibid. p. 82.

<sup>162</sup> *Michelin I*

<sup>163</sup> *Michelin II*, p. 82.

utöva ett kännbart tryck på återförsäljarna.”<sup>164</sup> I detta sammanhang anförde Förstainstansrätten dessutom att variationerna i rabattsatserna inte alls var så små som Michelin påstått eftersom det även är nödvändigt att ta hänsyn till möjligheten för de största återförsäljarna att förlänga rabattskalan enligt handelsavtalen.<sup>165</sup> Mot bakgrund av att handelsavtalen innebar att vissa återförsäljare kunde erhålla ytterligare rabatt på upp till 2 procent av omsättningen, anser jag att Förstainstansrätten gjorde ett korrekt ställningstagande. I själva verket ökade variationen i rabattsatserna väsentligt mot slutet av rabattskalan, och Förstainstansrättens ställningstagande avslöjade sålunda handelsavtalets förtäckta innebörd.

### *Objektiv ekonomisk motprestation*

Eftersom Michelin inte anfört tillräckliga ekonomiska skäl för att konkret förklara valet av rabattsatser för de olika stegen i kvantitetsrabattsystemet, utan endast på ett allmänt sätt påstått att mängdåterbärningarna motiverades av ”stordriftsfördelar avseende tillverknings- och distributions”, ansåg Förstainstansrätten att Michelin inte visat att kvantitetsrabattsystemet uppvägs av en objektiv ekonomisk motprestation.

### *Effekt på marknaden*

Slutligen vill jag i detta sammanhang framhålla Förstainstansrättens principiellt viktiga svar på Michelins invändning att Kommissionen borde ha gjort en konkret analys av det ifrågasatta handlandets verkningar. Michelin menade att verkningarna av det omtvistade handlandet var en väsentlig förutsättning för att Artikel 82 EG-fördraget överhuvudtaget skulle anses vara tillämplig, och att Kommissionen därför borde ha undersökt handlandets konkreta ekonomiska verkningar innan man beslutade.<sup>166</sup> Rätten konstaterade dock att hänvisningen till att ”beteenden ... medför” eller ”kan påverka” i den rättspraxis som Michelin åberopat till sitt försvar, inte nödvändigtvis gäller de konkreta verkningarna av ett kritiserat missbruk.<sup>167</sup> Förstainstansen å andra sidan menade att ”[f]ör att fastställa en överträdelse av artikel 82 EG räcker det att visa att missbruket av företaget i dominerande ställning tenderar att inskränka konkurrensen eller, med andra ord, att beteendet har eller kan ha sådana verkningar<sup>168</sup> ... bevisningen för det konkurrensbegränsande syftet och det konkurrensbegränsande resultatet sammanfaller vid bedömningen av om Artikel 82 EG är tillämplig. Om det visas att

---

<sup>164</sup> *Michelin I*, p. 91.

<sup>165</sup> *Michelin II*, p. 92.

<sup>166</sup> *Ibid.* p. 235-236.

<sup>167</sup> Michelin åberopade domarna i målen *Hoffman-La Roche* p. 91, *Michelin I*, p. 70, *AKZO mot kommissionen*, p. 69, och *Irish Sugar mot kommissionen*, p. 111.



ett agerande av ett företag i dominerande ställning syftar till att inskränka konkurrensen, kan agerandet också ha sådana verkningar”.<sup>169</sup> Eftersom Kommissionen visat att syftet med Michelins handlande varit konkurrensbegränsande, var detta således tillräckligt för att Artikel 82 EG-fördraget skulle kunna tillämpas, och Kommissionen var ej skyldig att utföra en undersökning av handlandets faktiska ekonomiska verkningar.<sup>170</sup> Jag återkommer till en närmre analys av detta uttalande i den senare framställningen.

### *Sammanfattning Förstainstansrättens dom*

När det gällde att avgöra huruvida Michelins mängdrabattsystem utgjort missbruk enligt Artikel 82 EG-fördraget, instämde Förstainstansrätten med Kommissionens beslut att så var fallet. Förstainstansrätten framhöll att Michelins kvantitetsrabattsystem, med *stora variationer mellan rabattsatserna* längst ned och högst upp på skalan, en *ettårig referensperiod* och där rabatten bestäms på grundval av den *totala omsättningen* under referensperioden, *syftat till att knyta återförsäljarna nära Michelin*.<sup>171</sup> Med beaktande av att företag i dominerande ställning har ett *särskilt ansvar* att inte skada effektiv konkurrens blev således Förstainstansrättens slutsats att det kvantitetsrabattsystem som Michelin tillämpat, *syftat till att binda återförsäljarna till sig och att detta inslag av lojalitet i tur förhindrat återförsäljarna att välja det allra förmånligaste erbjudandena på marknaderna från andra leverantörer*. Dessutom medförde systemet att konkurrenter förhindrats tillträde till marknaden.<sup>172</sup> Förstainstansrätten konstaterade vidare att Michelins rabattsystem *ej uppvägts av en ekonomiskt motiverad motprestation* och slutligen att tillämpning av Artikel 82 EG-fördraget ej kräver att det ifrågasatta förfarandet bevisats ha en *konkurrensbegränsande effekt*.

Trots att rättsläget således rubbades ordentligt i och med avgörandet *Michelin II* kan man utgå från att Förstainstansrätten ytterligare befast att det *alltid* är av konkurrensrättslig relevans att beakta det lojalitetsskapande incitamentet i företags rabattsystem, och att företag aldrig kan dölja ett konkurrensbegränsande rabattsystem enbart bakom rättfärdigande rubricering, om rabattsystemet i fråga ”kan påverka” handeln.<sup>173</sup> Så långt överensstämmer domstolens konklusion i *Michelin II* med domstolens uttalanden i bland annat målen *Sugar Industry* och

---

<sup>168</sup> *Michelin II*, p. 239.

<sup>169</sup> *Ibid.* p. 241.

<sup>170</sup> *Ibid.* p. 258.

<sup>171</sup> *Ibid.* p. 95. Min kursivering.

<sup>172</sup> *Ibid.* p. 110.

<sup>173</sup> Huruvida rättsäkerheten gynnats på bekostnad av rationellt ekonomiskt tänkande, jfr Wood David, Visser Matthijs, *Legal certainty at the expense of economic rationality? The EU's struggle with the pricing practices of dominant firms*, Competition Law Insight, juni 2004.

*Hoffmann-La Roche* där man fastslog att de ifrågasatta rabattsystemen var oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget trots att de karaktäriserats som kvantitetsrabattssystem, eftersom en närmre granskning visat att det var utformat i syfte att vara lojalitetsskapande.<sup>174</sup> Till skillnad från rabattsystemet i *Michelin II* beviljades dock de nyss nämnda rabattsystemen på individuell basis och kvantitetsgränserna var ej objektivt fastställda, varför det hade varit av stor betydelse för den allmänna uppfattningen och förståelsen om Förstainstansrätten hade förklarat varför åtskillnad ej längre verkar göras mellan individuella och standardiserade kvantitetsrabattssystem. Paradoxalt nog ligger måhända den allra tydligaste förklaringen, i just det faktum att domstolen på intet sätt gjorde någon uttrycklig åtskillnad mellan de olika typer av rabattsystem som finns, utan direkt fokuserade på dominantens konkurrensbegränsade syfte.

---

<sup>174</sup> Se vidare *Continental Can v Commission*, p. 518 samt *Hoffmann-La Roche mot Kommissionen*, p. 98, 100.

## DEL 3

### 6. Sammanfattande kommentarer

#### 6.1 Sammanfattning, bedömningskriterier

Av den mycket omfattande praxis som behandlar rabattmål, anges det ingenstans klart vilka bedömningskriterier Kommissionen och domstolarna använt sig utav vid sina missbruksbedömningar. Av rättspraxis kan man dock skapa sig en relativt klar uppfattning av vilka några av de ”samtliga omständigheter” är som domstolen hänvisade till i *Michelin I*. Som kommer utvecklas närmre nedan är referenstidens längd sannolikt en viktig parameter, dessutom kan man urskilja andra återkommande faktorer som varit av betydelse i de ovan angivna rättsfallen. Som exempel kan nämnas huruvida rabatten beräknats på den totala omsättningen eller ifall den beräknas per segment, dvs. endast på den omsättning som överstiger det fastställda inköpsmålet. Ytterligare faktorer förefaller vara huruvida rabatten är progressiv i förhållande till inköpt kvantitet, i fall kunderna har insyn i vilka villkor som utgör förutsättningarna för att erhålla rabatten, ifall det rör sig om aggregerade rabatter samt ifall det råder stor skillnad mellan dominantens marknadsandel i förhållande till övriga aktörers marknadsandelar. I och med avgörandet i *Michelin II* har man numera ytterligare två bedömningskriterier att ta hänsyn till vid missbruksbedömningen, nämligen innebörden av vinstmarginalens storlek i ifrågasatt bransch och rabattsystemets inverkan på parallellimport.<sup>175</sup>

Då många av bedömningsgrunderna redogjorts för noggrant i den tidigare framställningen, kommer jag i det närmaste endast utveckla de två förstnämnda kriterierna. Dessutom kommer jag även att utveckla innebörden av uttrycket ”kan påverka” i Artikel 82 EG-fördraget, eftersom man i och med domen i *Michelin II* kan vänta sig att Kommissionen och Förstainstansrätten kommer att vara mer benägna att likställa ett visst förfarandes effekt med dess syfte.

#### 6.1.1 Mer om beräkningsunderlaget: referenstidens längd

Som sagt, så tidigt som i *Michelin I* slogs det i allmänna ordalag fast att ”varje sådant system, enligt vilket rabatter beviljas i förhållande till sålda kvantiteter under en relativt lång referensperiod, medför ... att trycket på köparna ökar i slutet av denna referensperiod att uppnå den inköpskvantitet som är nödvändig för att erhålla

---

<sup>175</sup> Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 266.

förmånen, eller för att undvika den förutsedda förlusten för hela perioden.”<sup>176</sup> Kommissionen och domstolarna har dock inte varit konsekventa i sina resonemang efter *Michelin I* och det står i dagsläget inte klart vilken vikt referenstidens relativa längd verkligen tillmäts vid missbruksbedömningen.<sup>177</sup> Med beaktande av övrig praxis anser jag dock att betydelsen av referenstidens längd inte bör underskattas och jag anser det därför nödvändigt att granska dess innebörd något ytterligare.

### *Vad avsåg EG-domstolen med att trycket ökar?*

I det närmaste kommer jag att redogöra för två alternativa tolkningar till varför referenstiden har betydelse vid missbruksbedömningen. Båda två utgår från EG-domstolens ovan nämnda formulering, att ett *tryck* uppstår och ökar i och med referenstidens existens och längd. Skillnaden mellan de olika förklaringsmodellerna uppstår då förespråkarna på olika sätt förklarar vad det åsyftade trycket består i.<sup>178</sup>

Gyselen fokuserar närmast på den enskilde medkontrahenten till det företag som utställer rabatten, och menar att trycket består i att medkontrahenten upplever en stegrande osäkerhet. Är rabatten beroende av att en viss inköpskvantitet uppnås kan nämligen inte återförsäljaren fastställa sitt slutliga inköpspris eftersom denne inte med säkerhet vet ifall rabatten kommer att erhållas. Osäkerheten stegras således i takt med referenstidens längd eftersom det blir alltmer svårt att förutse det slutliga priset av den produkt som är föremål för rabattering. Enligt Gyselen är det verkliga problemet därmed att trycket inte endast ökar mot slutet av referenstiden, utan att det finns där genomgående under hela referenstiden.<sup>179</sup>

Även Kallaugher och Sher fokuserar närmast på den enskilde medkontrahenten till det företag som utställer rabatten men den alternativa teorin till varför trycket ökar tar även hänsyn till inverkan på övriga konkurrenter. Enligt Kallaugher och Sher är det i själva verket kundens kostnader för att byta leverantör, dennes sk ”switching costs”, som ökar i takt med att referenstiden löper. Ju närmre kunden kommer referenstidens slut, desto större incitament har denne att stanna kvar hos leverantören som beviljar rabatt eftersom kostnaderna att byta leverantör ökar allteftersom kunden närmar sig sitt inköpsmål. Följaktligen blir det även alltmer

---

<sup>176</sup> *Michelin I*, p. 81.

<sup>177</sup> Jämför t.ex. följande rättsfall; I *Michelin II* citerades *Michelin I*. I *Irish Sugar mot Kommissionen* lade man ingen vikt vid den relativa längden, dock vid referenstiden. I målet *British Airways mot Kommissionen* sade man ingenting om referensperioden.

<sup>178</sup> Jag påminner i detta sammanhang särskilt om vad som tidigare sagts i avsnitt 2.1.3, om att om tolkningsmodellerna inte nödvändigtvis måste ses som två kontraherande tolkningar. I själva verket borde man möjligen se tolkningarna som två kompletterade tolkningsmodeller i den meningen att de belyser en viktig problemställning från ett juridiskt respektive ett ekonomiskt perspektiv.

kostsamt för övriga konkurrenter att attrahera kunder att byta leverantör, då dessa måste presentera ett lägre och lägre konkurrerande pris för att det skall vara lönt för en kund att byta leverantör.

I jämförelse med Gyselen's förklaringsmodell ser Kallaugher och Sher närmast den osäkerhetseffekt som Gyselen fokuserar på, som en faktor att ta hänsyn till vid bedömningen av den sannolika storleken av förevarande "switching costs".<sup>180</sup> I sammanhanget kan det även nämnas att det finns stöd för Kallaugher och Sher's förklaringsmodell i Generaladvokat Verloren van Themaat's förslag till avgörande i mål *Michelin I*.<sup>181</sup> Oavsett vilken tolkningsmodell man prefererar förefaller dock trycket vara beroende på *längden* av referensperioden, precis som domstolen signalerade *Michelin I* och senare i *Michelin II*.<sup>182</sup>

### *Vad avsåg EG-domstolen med referenstidens relativa längd?*

Eftersom inte heller den praxis som behandlar referenstidens längd är konsekvent, är det av samma anledning som tidigare, inte möjligt att dra några generella slutsatser om när referenstidens längd blir problematisk. Jämför i detta sammanhang särskilt vad som framkom i detta avseende i rättsfallet *Irish Sugar*, med vad som framkom i *Michelin I*. I *Irish Sugar* framhöll Kommissionen initialt att ett rabattsystem ej anses tillåtet endast på grund av att det finns särskilda kvantiteter relaterade till vilken rabatt som kan betalas ut, utan det krävs att rabatten är relaterad till individuella beställningar eller att kunden får del av leverantörens kostnadsbesparingar. Av det nyss sagda följde enligt Kommissionen att "[t]his is not the case with respect to the rebates which Irish Sugar ... granted to certain customers on the basis of *weekly, monthly or annual targets*."<sup>183</sup> I detta, liksom i övriga avseende upprätthöll Förstainstansrätten Kommissionens beslut och framhöll att Kommissionen gjort en "korrekt bedömning då den ansåg att en rabatt som beviljas ... på grundval av de ökade inköp som sker under en *viss period*, utan att denna rabatt kan anses utgöra en normal kvantitetsrabatt ... utgör missbruk ... eftersom en sådan metod endast har till *syfte att* till sig binda de kunder som

---

<sup>179</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 30 p. 78 samt s. 46 p. 129.

<sup>180</sup> I detta sammanhang talar man även om den "suction effect" som tilltar allteftersom referenstiden löper. Se vidare Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 267.

<sup>181</sup> Se Generaladvokat Verloren van Themaat's förslag till avgörande i mål *Michelin I*, [1983] ECR 3527, p 3542, där det refereras till "the suction effect of the periodic discount system".

<sup>182</sup> *Michelin I*, p. 81, *Michelin II*, p. 51.

<sup>183</sup> Kommissionens beslut *Irish Sugar* (O.J. L 258/1), p. 153. Min kursivering.

beviljas rabatterna och att placera konkurrenterna i konkurrensmässigt underläge”.<sup>184</sup> Förstainstansrättens dom upprätthölls även i sak av EG-domstolen.<sup>185</sup> Gyselen har utpekat två alternativa anledningar till varför Förstainstansrätten ej nämnde något om referenstidens längd i *Irish Sugar*. För det första är det sannolikt att domstolen, precis som Kommissionen, ansåg att referenstidens relativa längd ej har någon betydelse om det redan framgår att beviljandet av en viss rabatt beror på huruvida kunden når upp till en särskild kvantitet under en given referensperiod, och inte på de volymer som kunderna åtog sig att inhandla genom ”individuella beställningar”.<sup>186</sup> Ytterligare ett sätt att tolka Förstainstansrättens dom är att domstolen ansåg det irrelevant att nämna något om betydelsen av referenstidens relativa längd i förevarande fall, eftersom vad som i själva verket var lojalitetsskapande och utmärkande med rabattsystemet, var att kunderna belönades med rabatt endast när de ökade sina inköp. Av det sagda skulle man således kunna hävda att referenstidens relativa längd ej torde spela någon roll, eller i vart fall mindre roll, om det utifrån andra faktorer alltså framgår att det är kundernas tilltagande lojalitet som belönas.<sup>187</sup>

Begreppet ”referenstidens *relativa* längd” återfinns dock i praxis på ett flertal andra ställen varför innebörden av begreppet bör klarläggas ytterligare. Rimligtvis borde ”referenstidens relativa längd” vara branschspecifik och referenstidens längd borde i första hand bestämmas med hänsyn till hur frekvent majoriteten kunder normalt gör beställningar av den vara som är föremål för rabatterning.<sup>188</sup> Möjligen är det även anledningen till varför Kommissionen och Förstainstansrätten resonerat olika eller inte alls kring referenstidens längd i olika fall som rör olika branscher. Gyselen föreslår att referenstiden kan vara så lång så att kunden hinner göra ”a substantial number of orders” och att den inte bör vara längre. Även detta är dock en mycket vag förklaring och inte särskilt predicerande. Utifrån rättspraxis kan man dock anta att referensperiodens längd inte skall ses åtskiljd från övriga faktorer som är utmärkande för rabattsystemet i fråga. Som kommer framgå tänker jag i detta avseende närmast på ifall rabatten beräknas på grundval av den totala omsättningen

---

<sup>184</sup> *Irish Sugar mot Kommissionen*, p. 213. Min kursivering.

<sup>185</sup> EG-domstolens avgörande i mål C-497/99 *Irish Sugar plc mot Kommissionen* REG 2001 s I-5333. Då Domstolarna huvudsakligen förlitat sig på avgörandet i *Michelin I*, är det av intresse att notera att de, till skillnad från *Michelin I*, inte nämner något om referenstidens *relativa* längd *Irish Sugar*.

<sup>186</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 34. p. 91. *Irish Sugar* (O.J. L 258/1), p. 153, *Irish Sugar mot Kommissionen*, p. 203, 213.

<sup>187</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 34. p. 92. Detta resonemang kan även vara en förklaring till varför man underlät att nämna något om referensperioden i fallet *British Airways*.

<sup>188</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 47 p. 131 för liknande resonemang och exemplifiering.

eller endast per segment. Från avgörandet i *Michelin II* kan man även konstatera att referenstidens längd torde ses i ljuset av vinstmarginalen i ifrågavarande bransch.

### 6.1.2 Mer om beräkningsunderlaget: den totala omsättningen

Redan vid bedömningen av det rabattsystem som *European Sugar Industry* tillämpade, uttalade Kommissionen, med hänsyn till att rabatten beräknades på den totala omsättningen och inte per segment, att ”such favourable offers are...practically ruled out”.<sup>189</sup> Domstolen gjorde inget specifikt uttalande beträffande beräkningsunderlaget men vid granskning av efterföljande praxis<sup>190</sup> framgår det klart att såväl Kommissionen som domstolen visat sig ovilliga att godta ett rabattsystem där rabatten beräknas på grundval av den totala omsättningen. Av Förstainstansrättens domskäl i *Michelin II* anser jag att det förevarande bedömningskriteriet är det starkaste och allra tydligaste som visar hur Michelins standardiserade kvantitetsrabattsystemet kunde anses tillräckligt lojalitetsskapande för att anses vara oförenligt med Artikel 82 EG-fördraget. Att beräkna rabatten på den totala omsättningen skapar uppenbarligen ett köpincitament som är mycket större än om rabatterna beräknas per segment.

I sammanhanget vill jag slutligen tillägga att mot bakgrund av vad som sagt ovan om fastställandet av vad som utgör referensperiodens relativa längd, anser jag att det är sannolikt att referenstidens relativa längd förkortas betydligt om beräkningsunderlaget utgör den totala omsättningen. För att förtydliga det starka sambandet mellan referenstidens längd och beräkningsunderlaget ytterligare, hänvisas till domstolens uttalande i *Michelin II*, där det uttalades att det inte kan ”förnekas att inslaget av krav på lojalitet i ett rabattsystem som beräknas på den totala omsättningen ökar proportionellt med längden på referensperioden”.<sup>191</sup> Det kan även vara värt att poängtera att i målet *British Gypsum* som Michelin åberopade till sitt försvar, accepterades en referensperiod om ett år, men i detta fall beräknades dock rabatten ut per segment.<sup>192</sup>

### 6.1.3 Att likställa effekt med syfte

Vad som varit avgörande i samtliga rättsfall som redogjorts för ovan, är ytterst huruvida syftet med att tillämpa ett rabattsystem, oavsett hur det karaktäriseras, är att verka konkurrensbegränsande. Till skillnad från vad man ansett tidigare finns det numera fog att hävda att det är tillräckligt för applicering av Artikel 82 EG-

---

<sup>189</sup> *European Sugar Industry* (OJ L 140/17) p. 40.

<sup>190</sup> *Solvay* (O.J. L 10/10), *ICI* (OJ L 10/33), *British Airways mot Kommissionen* samt *Michelin II*.

<sup>191</sup> *Michelin II*, p. 85.

<sup>192</sup> *Ibid.* p. 89.

fördraget, att beivraren kan visa att rabattgivarens syfte är att skapa lojalitetskrav hos sin medkontrahent och därmed i förlängningen potentiellt skapa en utestängningseffekt på marknaden.<sup>193</sup> Ifall systemet är utformat på så sätt att den standardiserade rabatten är direkt relaterad till inköpt kvantitet är således irrelevant i sammanhanget, om andra faktorer – tillsammans eller på egen hand – indikerar att syftet med systemet är tillräckligt lojalitetsskapande.

Ett viktigt uttalande i *Michelin II*, kanske det allra viktigaste tillsammans med de övriga bedömningskriterier som redogjorts för ovan, är således att Förstainstansrätten likställde missbrukets effekt med syftet av detsamma. Ställningstagandet kan sägas vara ytterligare en anledning till varför och hur Förstainstansrätten kom att fälla Michelin, varför ställningstagandet sannolikt kommer att vara av största principiella vikt för framtida missbruksbedömningar.<sup>194</sup> Mot bakgrund härav kommer jag i det närmaste därför belysa de grunder som jag antar att Förstainstansrätten beaktade vid sitt ställningstagande. Av utrymmesskäl kommer jag dock endast ge en översiktlig skildring.

#### *Mer om hur missbruk "kan påverka" enligt Artikel 82 EG-fördraget*

Till skillnad från Artikel 81(1) i EG-fördraget innehåller Artikel 82 i EG-fördraget som bekant inget uttryckligt krav på konkurrensbegränsande syfte eller effekt för att bestämmelsen skall kunna tillämpas, utan det är tillräckligt att missbruket kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.<sup>195</sup> Som antytts tidigare är uttrycket "kan påverka" ett mycket svårdefinierat begrepp och mycket besvärligt att hantera. Jag tänker mig dock att begreppet ej skall behandlas för sig, utan snarare i relation till missbruksbegreppet. I det här sammanhanget, när fokus riktas mot rabattsystem, blir det således graden av lojalitetskrav, eller graden av utestängningseffekt som kommer att vara avgörande för vad som "kan påverka".

Som framkommit inledningsvis är missbruk enligt EG-domstolens praxis en objektiv företeelse. Härav följer att det ej är nödvändigt att den konkurrensbegränsande effekten, i det här fallet utestängningseffekten, av ett visst

---

<sup>193</sup> Se avsnitt 5.4.4 för Förstainstansrättens bedömning. Bara för att ett rabattsystem karaktäriseras som ett kvantitetsrabattsystem är det inte per automatik tillåtet. Detta konstaterades redan i de förenade målen *Suiker Unie and others v. Kommissionen* p. 1663. se särskilt p 499. Se vidare Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 9 p. 20, där Gyselen vidareutvecklar sin tolkning av "potential foreclosure".

<sup>194</sup> Förstainstansrätten bekräftade ställningstagande i *Michelin II* i *British Airways mot Kommissionen*, p. 293.

<sup>195</sup> Min kursivering. För en närmre beskrivning om betydelsen av dominantens syfte, se Wetter Carl m fl. a.a. s. 585, samt Bellamy Christopher, Child Graham, a.a. s. 718.



förfarande, har inträffat för att en åtgärd skall anses utgöra missbruk.<sup>196</sup> Eftersom missbruksbegreppet är objektivt är det heller inte nödvändigt att det ifrågasatta handlandet faktiskt har genomförts, om de konkurrenshämmande *effekterna objektivt sett är ägnade att uppstå* redan genom att dominantens avsikt att vidta en viss åtgärd blir känd.<sup>197</sup> Märk att det är det objektiva syftet som tillmäts betydelse och det är inte nödvändigt att bedöma den subjektiva avsikten med en viss åtgärd.<sup>198</sup> Nyss sagda kan förfalla paradoxalt eftersom innebörden av begreppet syfte tar sikte på den subjektiva sidan av ett förfarande eller beteende. I detta sammanhang är det dock ”åtgärdens syfte som den framstår för en utomstående betraktare sett i dess *ekonomiska och rättsliga sammanhang*”<sup>199</sup>, som blir avgörande. Följaktligen är det som sagt även irrelevant för missbruksbedömningen om det företag som anses ha ett objektivt konkurrensbegränsande syfte med en viss åtgärd, hävdar att det ej var medveten om åtgärden innebar en överträdelse av förbudet i Artikel 82 EG-fördraget.<sup>200</sup>

I *Michelin II* anser jag att Förstainstansrätten drar missbruksbegreppet och begreppet ”kan påverka” till sin spets. Jag anser dock inte att resonemanget är helt överraskande eftersom man kan finna exempel på att domstolen även tidigare konstaterat att dominantens syfte spelar en viktig roll. I första hand tänker jag på *Michelin I* där domstolen explicit uttalade att det var nödvändigt att ”bedöma samtliga omständigheter ... samt att undersöka om *syftet* med rabatten ... är att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartnerna tillämpa

---

<sup>196</sup> Se exempelvis *Tetra Pak mot Kommissionen*, p 44. T-24/93-T-26/93 *Compaigne Maritime Belge Transports and others v Commission* [1996] ECR II-1201, p. 117-120, Se vidare Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 8 p. 18, där Gyselen vidareutvecklar sin tolkning av ”actual foreclosure”.

<sup>197</sup> Se t.ex. MD 1998:15 Posten Sverige AB./KKV (1998-11-11). Aviserandet av ett visst kommande prisförfarande genom pressmeddelanden och offentliggörandet av prislistor ansågs utgöra missbruk. *Omständigheter av betydelse för att fastställa det objektiva syftet var* (i) att Posten hade full insyn i konkurrentens verksamhet, (ii) att Posten hade för avsikt att införa zonprislistorna vid en tidpunkt då det var känt att konkurrenten ämnade företa en geografisk expansion av sin verksamhet men som ännu inte hunnit inledas, (iii) att Posten gjort uttalanden som påvisade ett konkurrensbegränsande syfte, (iv) att zonprislistorna innebar en ombalansering av Postens intäkter genom att sänkta priser i det sk zonområdena kompenaserades av prishöjningar i övriga landet, (v) att Posten införde den andra zonprislistan i direkt anslutning till att KKV förbjöd den första zonprislistan, samt (vi) att Posten saknade underbyggd kunskap om sina kostnader för distribution till olika geografiska områden. Se vidare Wetter Carl m fl. a.a. s. 586, särskilt fotnot 106.

<sup>198</sup> Därmed är det inte nödvändigtvis så att den subjektiva avsikten saknar betydelse. Gyselen hävdar att ett företags subjektiva konkurrensbegränsande syfte, kan ha betydelse för de fall företaget försöker rättfärdiga sitt beteende med objektivt godtagbara skäl, en invändning som i så fall skulle kunna motbevisas. Mot bakgrund av vad som sagts tidigare om *objektivt godtagbara skäl*, framstår dock resonemanget en aning förvirrande. Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 8. p. 17.

<sup>199</sup> Min kursivering. Wetter Carl m fl. a.a. s. 585-586.

<sup>200</sup> Wetter Carl m fl. a.a. s. 586.

olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrinda konkurrensen”.<sup>201</sup> Jag tänker även särskilt på domstolen uttalande i *AKZO mot kommissionen* där domstolen konstaterade att en prissättningsstrategi utgjorde missbruk, utan att det ifrågasatta agerandets konkreta verkningar bevisades i målet.<sup>202</sup>

### *Effekt eller ett per se förbud?*

I detta sammanhang vill jag till sist introducera läsaren till den debatt som är högaktuell med anledning av att det nu förefaller vara en tillräcklig förutsättning, för att Artikel 82 EG-fördraget skall vara tillämplig, att det objektiva syftet fastställs. I det väsentligaste berör debatten vilken betydelse Förstainstansrättens ställningstagande att likställa syfte med effekt kommer att få för konkurrensen i förlängningen, och stora frågor som konkurrensrättens skyddsintresse<sup>203</sup> och det marknadsfunktionella systemets gränser är i fokus.

I den uppsjö av material som finns hävdar jag att debatten nyanseras av å ena sidan dem som förespråkar utvecklig mot ett ekonomiskt tillämpningssätt av Artikel 82 EG-fördraget, och å andra sidan dem som förespråkar ett strukturellt tillämpningssätt av Artikel 82 EG-fördraget. Vad som upprört många som förespråkar ett ekonomiskt tillämpningssätt, som jag uppfattar det, är att beivraren i och med avgörandet i *Michelin II*, tycks ha fog att underlåta att göra en ekonomisk analys av ett visst rabattsystems konkurrensbegränsande effekt på marknaden vid tillämpning av Artikel 82 EG-fördraget. Ytterst förefaller kritiken således förankras i två utgångspunkter; för det första i att Kommissionen och Förstainstansrätten, i och med avgörandet i *Michelin II*, ser ut att motverka rättstillämpningen av Artikel 82 EG-fördraget att närma sig ett mer ekonomiskt bedömningsförfarande (likt det som gäller för Artikel 81 EG-fördraget), och för det andra i att man förbisett vikten att konstatera konkurrensbegränsande effekt på marknaden.

Jag anser dock att man kan finna förespråkare för båda ”skolorna” som anser att det krävs att någon form av effekt för att Artikel 82 EG-fördraget skall tillämpas, och problemet verkar i dessa fall snarare ligga i hur man väljer att definiera graden av ”effekt” samt i hur ”representanterna” uppfattar redan föreslagna ”definitioner”. I doktrin återfinns exempelvis Gyselen’s definition ”appreciable potential foreclosure

---

<sup>201</sup> *Michelin I*, p. 73. Min kursivering.

<sup>202</sup> *Michelin II*, p. 242, *AKZO mot kommissionen*, p. 72.

<sup>203</sup> Erinrar i detta sammanhang om avsnitt 2.1.3. Se vidare John Vickers uttalande som refereras ovan, fotnot 33. Se även Sher Brian, *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82 samt Wood David, Visser Matthijs, Legal certainty at the expense of economic rationality? The EU’s struggle with the pricing practices of dominant firms*, *Competition Law Insight*, juni 2004.

effects”<sup>204</sup> och Kallaugher och Sher’s definition ”the likelihood of anti-competitive effects in the short to medium term”.<sup>205</sup> Måhända utgör citaten återigen exempel på att man inom de strukturella respektive ekonomiska skolorna använder sig av olika förklaringsmodeller för att beskriva samma sak.

Beakta exempelvis att vid närmre granskning av de båda texter som respektive citat härrör från, ser man att Gyselen uttalar att det inte är tillräckligt att det ifrågasatta rabattsystemet endast ger upphov till ”theoretical or entirely negligible potential foreclosure problems.” utan det krävs att man utför en ”evidentiary exercise”, något som Gyselen menar vara likställt med att ta hänsyn till samtliga omständigheter.<sup>206</sup> Gyselen anför fortsättningsvis att Kommissionen måste ”assess the allegedly abusive practices in their market context” och att ”In this sense, one could perhaps say that there are no *per se* abuses”.<sup>207</sup> Utifrån nyss citerade passage menar Kallaugher och Sher, att Gyselen felaktigt negligerar vikten av att ta hänsyn till ”the percentage of the market foreclosed”, ”whether the switching costs generated by the system are likely to create a substantial barrier to entry” eller “whether it is likely in practice that any foreclosure created by the system will lead to a significant anti-competitive effect”.<sup>208</sup> Många antaganden från Kallaugher och Sher’s sida kan det tyckas.

Sammanfattningsvis anser jag att nyss citerade begrepp utgör exempel på att det finns fog att hävda att förespråkare från olika ”skolor” uttrycker sig annorlunda men att de i viss utsträckning egentligen är överens. Citaten ovan utgör även exempel på en nackdel med att kräva effekt, nämligen att oavsett hur man väljer att karaktärisera denna, uppstår gränsdragningsproblem avseende vad som skall falla inom respektive utanför en viss definition.

Skulle man ändå anse att man enligt ett strukturellt tänkande, helt bortser från någon form av konkurrensbegränsande effekt, håller jag med om att detta kan leda till att konkurrensen hämmas väsentlig på sikt, då effekten blir att man i själva verket skyddar konkurrenter och inte konsumenter och slutanvändare.<sup>209</sup> Ett

---

<sup>204</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 9 p. 20 – strukturalistiskt förhållningssätt.

<sup>205</sup> Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82* s. 280 – ekonomiskt förhållningssätt.

<sup>206</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 45 p. 123. Jfr I detta sammanhang med *Michelin I* p. 91.

<sup>207</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 9 p. 20

<sup>208</sup> Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82* s. 276.

<sup>209</sup> För mer artiklar som behandlar denna debatt, se t ex. Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*. Beträffande denna Artikel vill jag uppmärksamma läsaren på att Philip Lowe refereras felaktigt i

motargument torde dock vara att sannolikheten måste anses vara stor, att konkurrensen *kan påverkas* om det står klart att ett marknadsdominerande företag, som dessutom har ett särskilt ansvar, har ett objektiva konkurrensbegränsande syfte med ett ifrågasatt agerande. Som domstolen uttalade i *Michelin II* torde fastställandet av ett dominerande företags objektiva syftet i så fall vara tillräckligt för att visa att förfarandet potentiellt *kan påverka* handeln, och kanske bör Förstainstansrättens resonemang i denna kontroversiella del därför accepteras som ”ännu” en definition av vad som *kan påverka* handeln.

Slutligen, då många är angelägna om att rättstillämpningen blir koherent mellan Artikel 81 EG-fördraget och Artikel 82 EG-fördraget, särskilt beträffande en mer ekonomiskt tillämpning samt placering av bevisbördan, anser jag att det med samma argument, finns anledning att hävda att ett påvisat konkurrensbegränsande syfte, skulle kunna vara fällande även vid tillämpning av Artikel 82 EG-fördraget. För att undgå risken att skada ”the competitive process”, bör dock syftet, som nämnts ovan, utrönas såväl från sitt ekonomiska som från sitt rättsliga sammanhang.<sup>210</sup>

### *Framtidsutblick*

#### *– Praxis*

Med beaktande av den EG-rättsliga praxis som nu finns på området för rabatt- och bonussystem, har *Wetter m fl* gjort antagandet att det objektiva syftet kan ha stor betydelse för missbruksbedömningen ”åtminstone i vissa fall av konkurrentinriktade förfaranden”.<sup>211</sup> Utifrån granskning av relevant praxis är jag villig att instämma. I åtminstone tre av de mål som behandlar exkluderande missbruk som i första hand har en direkt inverkan på övriga konkurrenters ställning på marknaden, har såväl Kommissionen som domstolarna tillmätt dominantens

---

Artikeln, fotnot 85. Kallaugher och Sher menar att Philip Lowe uttalat att ”[i]n respect of certain types of abuses the inherent effect of the type of conduct concerned may be sufficient to find an abuse”. Vid närmre granskning av det tal man hänvisas till “DG Competition’s Review of the Policy on Abuse of Dominance” Thirtieth Conference ON International Antitrust Law and Policy, 23 Oktober, 2003, Fordham Corporate Law Institute, återfinns dock inget sådant uttalande. Se även Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?*, Sinclair Duncan, *Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC*, [2004] E.C.L.R., Issue 8, Sweet & Maxwell Ltd, John Vickers *Abuse of market power*, Sher Brian *The last of the Steam-Powered Trains, Modernisation Article 82*, Wood David, Visser Matthijs, *Legal certainty at the expense of economic rationality? The EU’s struggle with the pricing practices of dominant firms*, Ridyard Derek, Bishop Simon, Baker Simon, *The special responsibility of dominant firms under Article 82: don’t compete on price*, RBB Economics brief 13, februari 2004.

<sup>210</sup> Se vidare Wish Richard, *Competition Law*, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, Edinburgh, 3 uppl., Edinburgh 1993, 5 uppl., Edinburgh 2004.

<sup>211</sup> *Wetter Carl m fl. a.a. s. 585.*

objektiva syfte stor betydelse.<sup>212</sup> Följaktligen tror jag att företag även fortsättningsvis måste vara beredda på att bli fällda om Kommissionen förmår att visa att det objektiva syftet med ett visst rabattsystem är att hämma konkurrensen.<sup>213</sup> I sammanhanget är det dock viktigt att beakta Kommissionens kommande riktlinjer om tillämpning av Artikel 82 EG-fördraget.

#### – Kommissionens riktlinjer

Så sent som den 28 oktober 2004 uttalade Mario Monti att “[o]ur policy has undergone a substantial review in all fields of our competence in order to identify possible issues ripe for systematisation, improvement, modernisation or refining in the light of economic thinking. The enforcement of Article 82 EC has not been spared to the extent that Regulation 1/2003 also applies to this provision. However, a review of our policy in this field has only started. There might be scope to offer a comprehensive and systematic approach to abuses of dominance, thereby fostering consistency in a context of multiple enforcers, along with transparency for business.”<sup>214</sup> Att se över Artikel 82 EG-fördraget är således en stor framtida utmaning som står på Kommissionens agenda.

---

<sup>212</sup> Se exempelvis Förstainstansrättens dom i mål T-24-26 och 28/93 *Compagnie Maritime Belge m fl mot Kommissionen*, p. 148, samt EG-domstolens dom C-395 och 396/96 *Compagnie Maritime Belge och Dafra-Lines mot Kommissionen* REG 2000 s I-1365, p 117-120. Se även Förstainstansinstansrättens dom i *Irish Sugar mot Kommissionen*, p. 189. Förstainstansrättens dom upprätthölls i sak i mål C-497/99 *Irish Sugar plc mot Kommissionen* REG 2001 s I-5333. Se vidare *Michelin II*, p. 239-240.

<sup>213</sup> Observera i detta sammanhang Förstainstansrättens avgörande I Mål T-65/98 *Van den Bergh Foods mot Kommissionen*, 23 oktober, 2003. Se särskilt p. 98 (Artikel 81) och p. 160 (Artikel 82). Domen har överklagats, Mål C-552/03. I domen, som avkunnades mellan *Michelin II* och *British Airways mot Kommissionen*, upprätthöll Förstainstansrätten Kommissionens beslut där det uttalats att en ”de facto” prövning av en viss åtgärds verkningar var nödvändig för att utestängningseffekt skulle anses vara för handen. Märk att såväl Michelins som British Airways marknadsandelar var mindre än Van den Bergh Foods och att Van den Bergh Foods dessutom anklagades för tillämpning av exklusivitetsavtal. Följaktligen anser t ex Waelbroeck att domstolen i detta fall borde ha varit mindre angelägen att visa på åtgärdens effekt. Även i *Microsoft*, IP/04/382, COMP/37.792, beslut 24 mars 2004, tillämpade Kommissionen ett mer effekt-inriktat tillämpningssätt, p. 907, se Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* s. 8-9. I sammanhanget kan det slutligen nämnas att många rättstillämpare och företagsrepresentanter med anledning av det oklara rättsläget, gärna sett en rättsprövning av *Coca-Cola Company*s affärsmetoder och särskilt av Coca-Colas mål- och volymökningsrabatter, som sedan 5 år tillbaka varit föremål för Kommissionens undersökning. Den 19 oktober 2004 meddelade dock Kommissionen att Coca-Cola lämnat meddelande om ett antal åtaganden som gjorts av Coca-Cola och att antitrustärendet därmed var nära en lösning. Sannolikt uteblir därmed en mer ingående rättsprövning av Coca-Colas mål- och volymökningsrabatter. Se vidare, Kommissionens pressmeddelande IP/04/1247 samt *Undertaking CASE COMP/39.116/B-2 - Coca-Cola.*

<sup>214</sup> Mario Monti’s tal *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future.*

Enligt Philip Lowe kommer “the review ... be based on three main elements: the case law; economic analysis; and the effectiveness of enforcement.”<sup>215</sup> Vidare framhåller densamme att “[e]conomic theory needs to be applied to the case law”<sup>216</sup> och att “[w]e, I think as you, were slightly surprised at the Court of First Instance’s analysis in *Michelin II*, that it placed so great an emphasis on per se rules and on certain types of conduct and did not go into further economic analysis of the case”.<sup>217</sup> Av det sagda följer att det framstår som om Kommissionen kommer att vara mer benägen att ta större hänsyn till ett visst förfarandes påvisade effekt i framtiden.

Det är dock inte möjligt att dra några klara slutsatser eftersom Lowe’s fortsätter att konstatera, att “that doesn’t mean that we believe, in principle, in this review that there is not a genuine case for application of per se rules when there is conduct which *evidently is going to have an effect* – whether it has yet had the effect or not – on consumer welfare.”<sup>218</sup> I vilken utsträckning ett visst förfarandes effekt kommer att tillmätas betydelse och i vilken utsträckning Kommissionen och domstolarna är beredda att företa ekonomiska analyser vid missbruksbedömningen, får således den framtida rättstillämpning samt Kommissionens kommande riktlinjer visa inom sinom tid.<sup>219</sup>

Efter att ha sammanfattat de bedömningskriterier och tillämpningsförfarande som Kommissionen och Förstainstansrätten sannolikt kommer att beakta vid framtida missbruksbedömningar, återstår det till sist att summera samt kommentera det som framkommit beträffande objektiva godtagbara skäl i praxis.

## 6.2 Sammanfattning, objektiva godtagbara skäl

Som jag nämnt tidigare säger inte praxis mycket om vilka möjligheter företag egentligen har att rättfärdiga rabattsystem som konstaterats vara oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget.<sup>220</sup> Rent generellt skulle man dock kunna hävda att praxis

---

<sup>215</sup> Philip Lowe, Tal framfört på Thirtieth Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. Washington 23 Oktober, 2003, Fordham Corporate Law Institute. s. 3.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> Ibid. s. 4.

<sup>218</sup> Ibid.

<sup>219</sup> Det har hävdats att Kommissionens implementering av de kommande riktlinjerna, kommer hämmas väsentligt till följd av Förstainstansrättens bakåtsträvande tillämpningssätt i *Michelin II*. Se vidare, Ridyard Derek, Bishop Simon, Baker Simon, *The special responsibility of dominant firms under Article 82: don’t compete on price*. s. 1.

<sup>220</sup> Beträffande avsaknaden av rättspraxis framhåller Kallaughner och Sher att anledningen till att det endast finns ett fåtal rättsfall på området beror på att en traditionell tolkning av Artikel 82 EG-fördraget ej lämnar tolkningsutrymme för objektiva godtagbara skäl, Kallaughner and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 271.

förtäljer att möjligheten att rättfärdiga ett visst rabattsystem med objektivt godtagbara skäl, är större desto mindre exklusivetsliknande karaktärsdrag man anser att det ifrågasatta rabattsystemet har. Nyss sagda skulle även kunna uttryckas som att det är mycket svårt att rättfärdiga sådana rabattsystem som tillräknats den första av de kategorier som jag talat om tidigare, och att det är lättare att uppvisa objektivt godtagbara skäl ju mer ett rabattsystem liknar det som tillräknats den tredje kategorin.<sup>221</sup> Förvisso inbillar även jag mig att det, i jämförelse med ett standardiserat kvantitetsrabattsystem, typiskt sett borde vara svårare att rättfärdiga ett rabattsystem som är explicit framställt och tillämpat i syfte att skapa en exklusivetsverkan. Vid närmre granskning förefaller det dock inkonsekvent att endast stå fast vid sådana generella slutsatser eftersom den tidigare framställningen visat att exklusivetsåtaganden i vissa fall bringar konkurrensfördelar, medan standardiserade kvantitetsrabattsystem kan ha en utestängningseffekt på marknaden.

I detta sammanhang vill jag till sist kommentera Förstainstansrättens uttalande i *Michelin II*, att endast "economies of scale"<sup>222</sup>, kan vara "economically justified"<sup>223</sup> och således legitimera ett standardiserat kvantitetsrabattsystem.<sup>224</sup> Utifrån vad som framkommit tidigare med avseende på bedömningsgrunder och anledningen till varför institutet objektivt godtagbara skäl finns inrättat<sup>225</sup>, anser jag att det vore ofördelaktigt för konkurrensen totalt sett, att endast ta hänsyn till "economies of scale" och helt bortse från alla de andra fördelar, eller "normala" affärsmässiga beteenden med vilka företag bör ha rätt att rättfärdiga ett otillåtet kvantitetsrabattsystem.<sup>226</sup>

Som Gyselen påpekat torde förvisso möjligheten att rättfärdiga ett rabattsystem på grund av "economies of scale" vara *lättare* när det rör sig om standardiserade

---

<sup>221</sup> Gyselen Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, s. 44 p. 119, s. 48. p. 136 och slutligen s. 50 p. 141-142.

<sup>222</sup> Svensk översättning "stordriftsfördelar".

<sup>223</sup> Svensk översättning "ekonomiska motprestationer".

<sup>224</sup> *Michelin II* p. 98 och 100.

<sup>225</sup> Se kapitel 4.

<sup>226</sup> Waelbroeck framhåller särskilt Kommissionens Tillkännagivande – Riktlinjer om vertikala begränsningar (OJ 291/1) p. 116, p.141 och p. 153 samt Kommissionens Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (O.J C31/5) p. 76-88). Se vidare, Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* s. 2, 5-6. Se även Ridyard Derek, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 81 – An economic Analysis*, [2002] E.C.L.R. Sweet & Maxwell Ltd. s. 286, 288-90. Se vidare Bishop William & Walker Mike, *The Economics of EC Law: concepts, application and measurements*, 2 uppl., London 2002, p. 201-202. Slutligen 2 belysande exempel på vad som kan utgöra "business justifications" för individuella målrabatter återfinns i Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 283.

kvantitetsrabatter i jämförelse med individuella målrabatter, eftersom det ej ligger i det standardiserade rabattsystemets natur att vara diskriminerande, men att resonera som Förstainstansrätten gjort och utesluta alla andra möjligheter att åberopa objektiva godtagbara skäl, förefaller på lång sikt vara konkurrensbegränsande.

I vilken utsträckning rabattsystem kommer att rättfärdigas fortsättningsvis beror följaktligen helt på vilken betydelse och vilken mening Kommissionen och EG-domstolarna kommer att tillmäta begreppet objektiva godtagbara skäl, något som framtida rättstillämpning får konkretisera.



## Sammanfattande slutsatser

Enligt Artikel 82 EG-fördraget är det förbjudet för företag med dominerande ställning att tillämpa rabattsystem som utgör missbruk och som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Huruvida ett visst rabattsystem utgör exkluderande missbruk har varit föremål för Kommissionens och EG-domstolarnas prövning vid flertal tillfällen, och det förefaller numera som om *alla* rabattsystem kan utgöra sådant missbruk, om det påvisas att rabattsystemet ger upphov till ett tillräckligt starkt lojalitetsskapande syfte och därmed har en tillräcklig utestängningseffekt på marknaden. Med andra ord är det således inte rättfärdigande i sig att ett rabattsystem karaktäriseras som ett kvantitetsrabattsystem, dvs. ett sådant rabattsystem där rabatten ökar beroende på inköpsvolymen, om det såsom i *Michelin II*, framgår av kriterierna och reglerna för beviljandet av rabatten, att företaget som tillämpar systemet har ett lojalitetsskapande och därmed konkurrensbegränsande syfte. Beträffande rabatter som är förenade med exklusivitetsåtaganden och beträffande rabatter som är förenade med individuellt fastställda inköpsmål, torde det jämförelsevis vara lättare att fastställa sådant syfte och därmed konkurrensbegränsande effekt.

Mot bakgrund av att företag har vidsträckta behov och intresse av att bevilja sina kunder rabatt, särskilt kvantitetsrabatt, är det följaktligen av stor vikt att fastställa och beakta de omständigheter som varit särskilt viktiga vid tidigare missbruksbedömningar. Rabattsystemets beräkningsunderlag är då i stor utsträckning avgörande för rättstillämparens utslag, och i förevarande uppsats har jag hävdat att det är särskilt viktigt att beakta referensperiodens längd samt huruvida rabatten beräknats på den totala omsättningen eller ifall den beräknas per segment. Dessutom kan man urskilja andra återkommande faktorer som varit av anmärkningsvärd betydelse i praxis. Som exempel kan nämnas huruvida rabatten är progressiv i förhållande till inköpt kvantitet, i fall kunderna har insyn i vilka villkor som utgör förutsättningarna för att erhålla rabatt, ifall det rör sig om aggregerade rabatter samt ifall det råder stor skillnad mellan dominantens marknadsandel i förhållande till övriga aktörers marknadsandelar. I och med avgörandet i *Michelin II* har man ytterligare två bedömningskriterier att ta hänsyn till vid missbruksbedömningen, nämligen innebörden av vinstmarginalens storlek i ifrågasvarande bransch och rabattsystemets inverkan på parallellimport.

Det har ej visats att ovan nämnda faktorer på egen hand kan medföra att ett visst rabattsystem utgör exkluderande missbruk, däremot är det sannolikt att de vid en sammantagen bedömning kan vara av avgörande betydelse. I detta sammanhang har

jag särskilt poängterat sambandet mellan referensperiodens längd och huruvida rabatten beräknas på den totala omsättningen, samt att referensperiodens längd torde ses i ljuset av vinstmarginalen i ifrågavarande bransch. Ytterst förefaller den sammantagna bedömningen av samtliga dessa omständigheter vara avgörande. Utifrån praxis anser jag att det inte är möjligt att komma till någon mer specifik slutsats.

Eftersom fri prissättning är en grundläggande princip för marknadsekonomi och eftersom den affärsmässiga kontexten onekligen kräver att företag beviljar rabatter, är det även viktigt att beakta i vilken utsträckning det är möjligt att rättfärdiga rabattsystem med objektivt godtagbara skäl. I de allra flesta fall skall det då påvisas att kunden genom rabatten, får ta fördel av de kostnadsbesparingar som företaget gjort till följd av kundens motprestation. Praxis och doktrin inom detta område är dock knapphändig och framtida rättstillämpning är därmed svår att presumera. Likaså gäller frågor som rör bevisbörda samt bevisprövning beträffande objektivt godtagbara skäl. I detta avseende är det dock särskilt viktigt att framhålla proportionalitetsprincipen och det skyddsintresse som Artikel 82 EG-fördraget ytterst värnar om. Mot bakgrund härav har det beträffande kvantitetsrabattsystem konstaterats, att uppvisandet av "economies of scale" inte rimligtvis bör vara den enda möjligheten till rättfärdigande, utan även andra faktorer bör beaktas. Främst åsyftas sådana beteenden som motsvarar ett normalt konkurrensbeteende, varför det i alla fall fordras en granskning av vanligt förekommande affärsbeteenden i den specifika branschen. Därutöver bör principen om pris efter prestation vara vägledande.

Avslutningsvis, i samma anda av proportionalitets- och intresseavvägning, bör frågan som rör i vilken uträkning Kommissionen och EG-domstolarna har att ta hänsyn till en viss åtgärds effekt bedömas. Som rättsläget är nu förefaller det ej vara nödvändigt att visa på konkurrensbegränsande effekt för att ett rabattsystem skall anses vara oförenligt med Artikel 82 EG-fördraget, utan om det visas att ett agerande av ett företag i dominerande ställning syftar till att inskränka konkurrensen, anser Förstainstansrätten att agerandet också kan ha sådana verkningar.

Den debatt som är högaktuell till följd av Förstainstansrättens avgörande i *Michelin II* tar närmast sikte på om nuvarande rättsläge är önskvärt med hänsyn till framtida konkurrens, konsumenters välbefinnande och ett konkurrenskraftigt företagande inom EU. Kommissionens kommande riktlinjer för hur Artikel 82 EG-fördraget skall tillämpas är mycket eftertraktade och viktiga för att komma till rätta med i vilken riktning utvecklingen kommer att fortskrida, och förhoppningen är att de

skall vara så pass balanserade att de gynnar samtliga aktörer på marknaden. Som Kallaugher och Sher uttrycker det, ligger utmaningen i att utveckla en policy som är "coherent and that satisfies accepted policy objectives. In this context, there are clear relationships between policy choices."<sup>227</sup> Oavsett riktlinjernas slutliga lydelse kommer sannolikt den sociopolitiska acceptansen till sist blir avgörande för i vilken utsträckning Kommissionen kan och bör sätta gränser inom det marknadsfunktionella systemet.

---

<sup>227</sup> Kallaugher and Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82*, s. 284.

## Avslutande reflektion och kommentar

Efter att ha studerat gällande rätt i ljuset av Förstainstansrättens avgörande i *Michelin II* samt rättsutvecklingen mot ett mer ekonomiskt förhållningssätt till Artikel 82 EG-fördraget ser jag liksom många andra, fram mot att Kommissionen skall delge riktlinjer om hur Artikel 82 EG-fördraget skall tillämpas. Då det står klart att domen i *Michelin II* klargör att kvantitetsrabatter numera kan anses oförenliga med Artikel 82 EG-fördraget, återstår gränsdragningsproblematiken och det är i hög grad oklart vilken handelsfrihet företagen har att utfärda rabattsystem i allmänhet, och kvantitetsrabattsystem i synnerhet. Erhållandet av förnyade tillämpningsföreskrifter som i större utsträckning beaktar rabattsystemens viktiga del i företags prissättningsstrategier samt konsumenternas skyddsbehov, är således mycket viktigt.

Slutligen, en aspekt som av utrymmesskäl ej berörts närmre i förevarande uppsats är hur EU:s reglering och praxis förhåller sig i ett komparativt perspektiv och i detta sammanhang synes Förenta Staternas reglering och praxis vara av särskilt intresse. Mycket kortfattat kan man urskilja följande konceptuella skillnader: I Förenta Staterna har man på ett generellt plan visat sig mer välvilligt inställd till beviljandet av rabatter, även om dessa är lojalitetsskapande, och vid missbruksbedömningen beaktas i större utsträckning förfarandets konkurrensfrämjande aspekter och effekter. Vidare förefaller man vara mer benägen att ta hänsyn till åtgärdens konkurrensbegränsande effekt. I EU däremot ser man en tydligare tendens till att endast konkurrensbegränsande aspekter beaktas, så fort rabatt beviljas av ett marknadsdominerande företag. Efter Förstainstansrättens avgörande i målet *Michelin II* är det även oklart i vilken utsträckning man fortsättningsvis kommer att ta hänsyn till en ifrågasatt åtgärds effekt.<sup>228</sup> Mot bakgrund härav hade det varit intressant att göra en ingående komparativ studie för att ge ytterligare exempel på kriterier som kan tillmätas vikt vid missbruksbedömningen av rabattsystem, indikera tänkbara influerande faktorer inför moderniseringen av Artikel 82 EG-fördraget, samt belysa hur företag med världsomfattande verksamhet potentiellt kan drabbas med anledning av att det förekommer olika regelverk och tillämpningsriktlinjer på olika sidor av Atlanten.

---

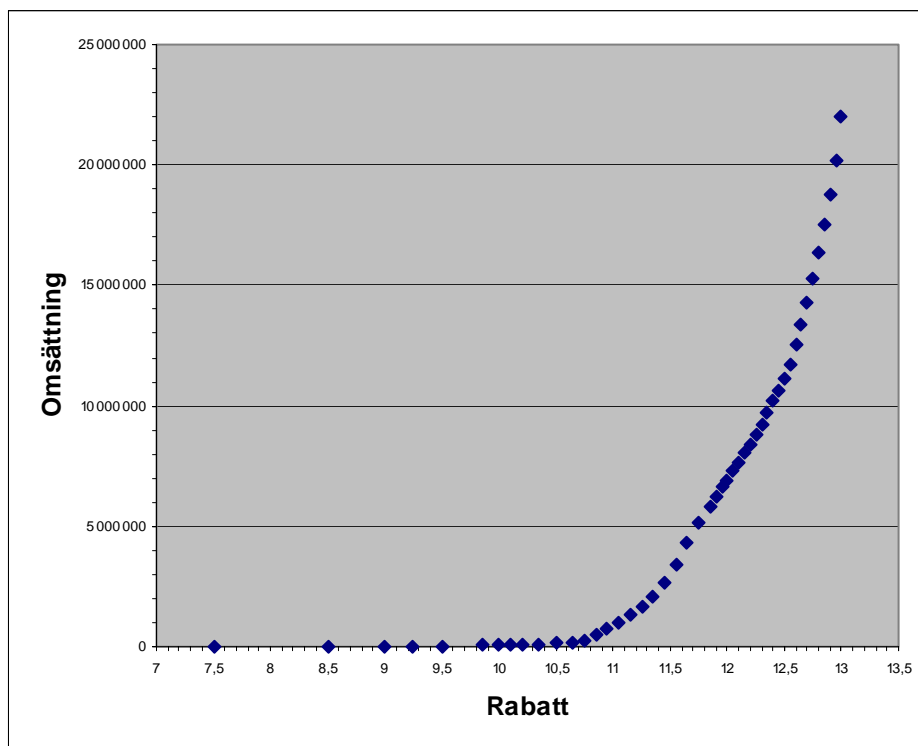
<sup>228</sup> Se bland annat Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* s. 2, 8-12 (beträffande rättsläget i Storbritannien s. 12). Se även Competition Law Insight, 14 september 2004, Issue 20, samt Facey A. Brian, Assaf H. Dany, *Monopolization and Abuse of Dominance In Canada, The United States, and the European Union: A Survey*.

# Bilaga 1

Tabell 1. Skalan för mängdåterbärningar för alla kategorier däck, 1990-1996

Omsättning	Rabatt	Omsättning	Rabatt	Omsättning	Rabatt	Omsättning	Rabatt
9 000	<b>7,50</b>	172 000	<b>10,65</b>	5 855 000	11,85	10 660 000	12,45
15 000	<b>8,50</b>	241 000	<b>10,75</b>	6 242 000	11,90	11 170 000	12,50
25 000	<b>9,00</b>	492 000	10,85	6 604 000	11,95	11 730 000	12,55
30 000	<b>9,25</b>	757 000	10,95	6 934 000	12,00	12 520 000	12,60
35 000	<b>9,50</b>	1 030 000	11,05	7 280 000	12,05	13 380 000	12,65
45 000	<b>9,85</b>	1 306 000	11,15	7 640 000	12,10	14 314 000	12,70
60 000	<b>10,00</b>	1 656 000	11,25	8 020 000	12,15	15 314 000	12,75
80 000	<b>10,10</b>	2 100 000	11,35	8 415 000	12,20	16 385 000	12,80
100 000	10,20	2 663 000	11,45	8 830 000	12,25	17 532 000	12,85
118 000	10,35	3 376 000	11,55	9 260 000	12,30	18 792 000	12,90
142 000	10,50	4 280 000	11,65	9 710 000	12,35	20 145 000	12,95
		5 136 000	11,75	10 180 000	12,40	22 000 000	13,00

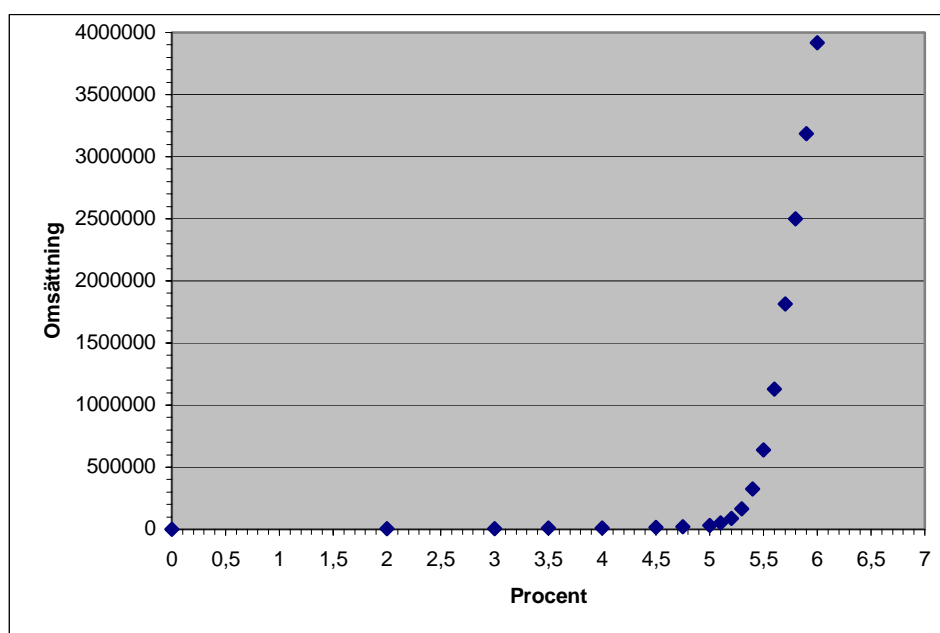
Graf 1. Skalan för mängdåterbärningar för alla kategorier däck, 1990-1996



Tabell 2.<sup>229</sup> Skalan för regummerade däck, 1995

Omsättning	Rabatt	Omsättning	Rabatt
< 7 000	<b>0,00</b>	88 200	5,20
7 000	<b>2,00</b>	166 600	5,30
7 400	<b>3,00</b>	323 400	5,40
8 000	<b>3,50</b>	637 000	5,50
10 800	4,00	1 127 000	5,60
14 700	<b>4,50</b>	1 813 000	5,70
19 600	<b>4,75</b>	2 499 000	5,80
29 400	<b>5,00</b>	3 185 000	5,90
49 000	<b>5,10</b>	> 3 920 000	6,00

Graf 2. Skalan för regummerade däck, 1995



<sup>229</sup> Tabellerna återfinns i *Michelin II*, p. 70. Den fetstilta stilen i tabellerna ovan indikerar att det förekommer en skillnad i rabattökningen. Graferna har jag upprättat egenhändigt.

# Litteraturförteckning

## Litteratur, artiklar och tal

- Bellamy Christopher, Child Graham, *The European Law of competition*, 5 uppl., London 2001
- Bernitz Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*, Nordstedts Juridik AB 1996
- Bernitz Ulf, *Prisdiskriminering*, SvJT 1979, s. 513-537
- Bishop William & Walker Mike, *The Economics of EC Law: concepts, application and measurements*, 2 uppl., London 2002
- Competition Law Insight, *Abuse of dominance divides US and EU*, 14 September 2004
- Faull Jonathan & Nikpay Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford 1999
- Facey A. Brian, Assaf H. Dany, *Monopolization and Abuse of Dominance In Canada, The United States, and the European Union: A Survey*"
- Goyder D.G, *EC Competition Law*, Oxford University Press Inc., New York, 2 uppl., 1993. 4 uppl., 2003
- Grogan Niamh, SJ Berwin, Comment: David Melville Head of Legal and Regulatory Policy Wanadoo International, Brussels, *Pricing and the Dominant Firm: Some practical implications for sales and marketing: a risk assessment*, Material från IBC Global Conference, Abuse of Dominance – Where Next?, Bryssel 24 September 2004
- Gyselen Luc, *Abuse of Monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC treaty : recent developments, in 1989*, Fordham Corporate Law Institute 1989
- Gyselen's Luc, *Rebates: Competition on the Merits or Exclusionary Practice*, Published in European Competition Law Annual : What is an Abuse of Dominant Position ? Hart Publishing of Oxford 2003
- Henriksson Lars, *Rätten till priskonkurrens – I marknadsdominans*, MercurIUS, Stockholm 2003
- Jones Alison, Sufrin Brenda EC, *Competition Law, Text, Cases and Material*, Oxford University Press Inc., New York, 2 uppl., New York 2004
- Kallaugher John, Sher Brian, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82* [2004] E.C.L.R., Issue 5. Sweet & Maxwell Ltd
- Kallaugher John, Sher Brian, *Discounts as Exclusionary Abuse under Article 82*, [2004] E.C.L.R., Issue 5, Sweet & Maxwell Ltd
- Kjolbye Lars, *Recent Cases on Pricing practices of dominant firms*, Material från IBC Global Conference, Abuse of Dominance – Where Next?, Bryssel 24 September 2004
- Kjolbye Lars, *The New Commission Guidelines on the Application of Article 81(3): An Economic Approach to Article 81*, [2004] E.C.L.R., Issue 9 Sweet & Maxwell Ltd
- Kon, Turnbull, *Pricing and the Dominant Firm: Implications of the Competition Comission Appeal Tribunal's Judgement in the Napp Case* [2003] E.C.L.R s. 70

- Korah Valentine, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing Ltd, Oxford, 7 uppl., Oxford 2000, 8 uppl., Oxford 2004
- Lang John Temple & O'Donoghue Robert, *Defining legitimate competition: how to clarify pricing abuses under Article 82 EC*, Fordham International Law Journal, 2002
- Lowe Philip, Tal framfört på the 30<sup>th</sup> Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, Washington 23 oktober 2003
- Lowe Philip, *Current Issues of EU Competition Law – The new Enforcement Regime*, North Western Journal of International Law and Business
- Lowe Philip, the Role of the Commission in the Modernisation of EC Competition Law. Tal framfört på the UKAEL Conference on Modernisation of EC Competition Law, Uncertainties and Opportunities 23 januari 2004
- Lowe Philip, *The Commission's current thinking on Article 82*, Material från IBC Global Conference, Abuse of Dominance – Where Next?, Bryssel 24 September 2004
- Monti Mario, Extracts from a speech by Mario Monti *The Future for Competition Policy in the European Union*, London 9 juli 2001, SPEECH/01/340, 10/07/2001
- Monti Mario, Tal *Competition for consumers' benefit* framfört på "European Competition Day", Amsterdam 22 oktober 2004
- Monti Mario, Speech by Mario Monti *A reformed competition policy: achievements and challenges for the future*, Bryssel 28 oktober 2004, SPEECH/04/477, 28/10/2004
- OFT Guidelines on Assessment of Individual Agreements and Conduct
- Pigou Arthur Cecil, *The Economics of Welfare*, Macmillan and Co. Limited, London 1920
- Posner A. Richard, *Economic Analysis of Law*, 6 uppl., Aspen Publishers, New York 2002
- Ridyard Derek, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 81 – An economic Analysis*, [2002] E.C.L.R. Sweet & Maxwell Ltd
- Ridyard Derek, Bishop Simon, Baker Simon, *The special responsibility of dominant firms under Article 82: don't compete on price*, RBB Economics brief 13, Februari 2004
- Sher Brian, *Price Discounts and Michelin 2: What Goes Around, Comes Around*, [2002] E.C.L.R., Issue 10, Sweet & Maxwell Ltd
- Sher Brian, *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, [2004] E.C.L.R., Issue 5, Sweet & Maxwell Ltd
- Sinclair Duncan, *Abuse of Dominance at a Crossroads – Potential Effect, Object and Appreciability Under Article 82 EC*, [2004] E.C.L.R., Issue 8, Sweet & Maxwell Ltd
- Spector, *Loyalty rebates and related pricing practices: When should competition authorities worry?* Kapitel 10, Global Competition Policy: Economic issues and impacts, LECG, 2004 s. 325, 326 och 329
- Vickers John, *Abuse of market power*, Tal framfört på the 31<sup>st</sup> conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Berlin 3 september 2004
- Waelbroeck D. *Michelin II : A per se rule against rebates by dominant companies?* Material från IBC Global Conference, Abuse of Dominance – Where Next?, Bryssel 24 September 2004
- Wetter Carl, Ericsson Eric, Karlsson Johan, Rislund Olle, *Konkurrenslagen i praxis*, Juridik & Samhälle, 1995
- Wetter Carl, Karlsson Johan, Rislund Olle, Östman Marie, *Konkurrenslagen – en handbok*, Thomson fakta; Advokatfirman Vinge KB, 3 uppl., Stockholm 2004



Wish Richard, *Competition Law*, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, Edinburgh, 3 uppl.,  
Edinburgh 1993, 5 uppl., Edinburgh 2004

Wood David, Visser Matthijs, *Legal certainty at the expense of economic rationality? The  
EU's struggle with the pricing practices of dominant firms*, Competition Law Insight,  
juni 2004

# Rättsfallsförteckning

## Rättsfall från EG-domstolen och Förstainstansrätten

- C-6/72 *Continental Can v Commission* [1973] ECR 215
- C-40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, *Suiker Unie and others v Commission* [1975] ECR 1663, [1976] 1 CMLR 295
- C-27/76 *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission* [1978] ECR 207
- C-85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461
- C-322/81 *Michelin v Commission (Michelin I)* [1983] ECR 3461
- Förslag till avgörande, mål C-322/81, *Michelin mot Kommissionen (Michelin I)*, [1983] ECR 3527, p 3542
- C-62/86 *AKZO Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359
- T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439
- T-65/89 *BPB Industries plc. And British Gypsum Ltd. v Commission* [1993] ECR II-389
- T-83/91 *Tetra Pak International SA v Commission (Tetra Pak II)* [1994] ECR II-755
- T-53/92 P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-666
- C-310/93 P *BPB Industries AG and British Gypsum v Commission* [1995] ECR I-865
- C-333/94 P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951
- T-24/93-T-26/93 *Compaigne Maritime Belge Transports and others v Commission* [1996] ECR II-1201
- T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999], ECR II-2969, 5 CMLR 1300 para. 213
- C-157/97 and C-148/97 *Deutsche Post AG v Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZH) and Citicorp Kartenservice GmbH* [2000] ECR I-825
- C-395 och 396/96 *Compaigne Maritime Belge och Dafra-Lines mot Kommissionen* [2000] ECR I-1365
- Förslag till avgörande, 16 maj 2000, mål C-344, *Masterfoods v. HB Ice Cream* [2000] ECR I-11.371
- C-163/99 *Portugal v. Commission* [2001] ECR I-2613
- C-497/99 P *Irish Sugar plc v Commission* [2001] ECR I-5333
- Förslag till avgörande, 19 oktober 2000, mål C-163/99, *Portugal mot Kommissionen*, REG 2001, s. I-2618
- Mål T-203/01 *Michelin mot Kommissionen (Michelin II)*, 30 September 2003
- Mål T-219/99 *British Airways mot Kommissionen*. [2003], 17 december 2003

## Beslut och Meddelanden från Kommissionen

- 73/109/EEG, Commission Decision of 26 may 1975 *European Sugar Industry O.J. L* 140/17, 1975
- Commission Decision of 6 June 1976 (IV/29.020 *Vitamins*), O.J. L 223/27, 1976
- Commission Decision of 7 October 1981 (IV/29.491 –Bandengroothandel, Frieschebrug BV/NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin) O.J. L 353/33

865/609/EEC, Commission Decision of 14 December 1985, (IV/30.698 – *ECS/AKZO*), OJ L 374/1, 1985

88/138/EEC, Commission Decision of 22 December 1985, (IV/30.787 and 31.488 – *Eurofix-Bauco v Hilti*), OJ L 65/19, 1988

88/518/EEC, Commission decision of 18 July 1988, (IV/30.178 *Napier Brown – British Sugar*), OJ L 65/19, 1988

89/22/EEC, Commission Decision of 19 December 1990, (IV731.900 – *BPB Industries plc.*) OJ L 10/50, 1989

91/300/EC, Kommissionens beslut av den 19 december 1990 (IV/33.133-D – *Carbonate de Soude - ICI*) EGT L 152, 1991/40, 1990

92/163/EEC, Commission Decision of 24 July 1991, (IV/31.1043 *Tetra Pak II*), OJ L 72/1, 1992

Meddelanden enligt artikel 19.3 i förordning nr 17 angående rabattsystem som tillämpades av *British Gypsum*, O.J C 321, s. 9-11, 1992

98/531/EEC, Commission Decision of 11 March 1998, (IV/34.073, IV/34.395 and IV/35.436 – *Van den Bergh Foods*), OJ L 246/1, 1998

1999/200/EC, Beslutet i Portugal v Kommissionen av den 10 februari 1999, (IV/35.703 - *Portugisiska flygplatser*) EGT L 69/31, 1999

2000/74/EC, Kommissionens beslut av den 14 juli 1999 (IV/D-2/34.780 — *Virgin/British Airways*) EGT OJ L 30/1, 2000, 4 CMLR 1999

2000/C291/01 Tillkännagivande från Kommissionen — Riktlinjer om vertikala begränsningar, EGT C 291/1

2001/892/EC, Kommissionens beslut av den 25 juli 2001, (COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post II*), EGT L 331/40, 2001

2001/354/EC, Kommissionens beslut av den 20 mars 2001 (COMP/35.141 - *Deutsche Post AG*), EGT L 125/27, 2001

2002/405/EC, Kommissionens beslut av den 20 juni 2001 (COMP/E-2/36.041/PO – *Michelin II*) EGT L 143/1, 2002, 5 CMLR 388

2003/7/EC, Kommissionens beslut av den 13 december 2000, (COMP/33.133 - C: *Soda - Solvay*) EGT L /10/10, 2003

2003/7/EC, Kommissionens beslut av den 13 december 2000 (COMP/33.133 - D: *Soda - ICI*) EGT L 10/33, 2003

Commission Decision of 24 March 2004 (COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*) NYR.

## Övrigt material från Kommissionen

Kommissionens hemsida [http://europa.eu.int/pol/comp/index\\_sv.htm](http://europa.eu.int/pol/comp/index_sv.htm).

[http://europa.eu.int/comm/commissioners/monti/cv\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/commissioners/monti/cv_en.html)

[http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/people/philip\\_lowe.htm](http://europa.eu.int/comm/dgs/competition/people/philip_lowe.htm)

[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index\\_2003.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/index_2003.html).

EU competition policy and the consumer - a new brochure describing the basic concepts of European competition policy.

[http://europa.eu.int/comm/competition/publications/consumer\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/publications/consumer_en.pdf)

DAFFE/COMP(2002)21, *OECD report on loyalty and fidelity discounts and rebates*

2004/C 31/14, 5 februari 2004 "Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings", punkt 85. Per december 2004 finns meddelandet ännu inte att tillgå från EU:s Officiella Tidning, dock från Kommissionens hemsida:  
<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/oj/>.

### **Avgöranden från svenska domstolar**

Stockholms TR, 11 juni, 1998, mål Ä 8-94-96 *Telia Mobile AB./KKV*  
MD 1998:15, *Posten Sverige AB./KKV* (1998-11-11)

### **Beslut från Konkurrensverket**

Dnr 63/94 *Telia Mobile AB* (1996-06-26)  
Dnr 951/1998, *Telia AB* (1999-06-07)

### **Övrigt material från Konkurrensverket**

Konkurrensverkets rapport *Konkurrensen i Sverige 2004*, 4 januari 2005. Rapporten kan erhållas på följande länk, <http://www.kkv.se/bestall/rapporter.asp>

# Offentligt tryck

## Förarbeten

SOU 1991:59 *Konkurrens för ökad välfärd*

Prop. 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Prop. 1999/2000:140, *Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald*, s. 59

## Förordningar och direktiv

Förordning 17/62, av den 6 februari 1962

Förordning 1/2003, L 1/1 av den 16 december 2002