

Hvordan har overgangen til en virkningsbasert tilnærming påvirket EU-rettens vurdering av lojalitetsrabatter?

*How has the shift towards an effects-based approach influenced the EU legal
assessment of loyalty rebates?*

Jesper Bekkevoll

Studentnummer: 20240508

Antall ord: 14 541



Cand.merc. (jur.).

Master of Science (MSc) in Business Administration and Commercial Law.

Veileder: Dorthe Kristensen Balshøj

Abstract

This thesis analyzes how the shift towards an effects-based approach has influenced the EU legal assessment of loyalty rebates under Article 102 TFEU. Loyalty rebates are widespread commercial tools aimed at enhancing buyer retention and achieving distributional efficiencies. However, when used by dominant undertakings, such rebates can also distort competition, restrict market access for rivals, and ultimately harm consumer welfare. The legal challenge lies in drawing the line between legitimate price competition and exclusionary abuse.

The research adopts a doctrinal legal method, with a systematic analysis of the most significant judgments by the European Courts—such as *Hoffmann-La Roche*, *Michelin I* and *II*, *British Airways*, *Tomra*, *Post Danmark I and II*, and *Intel*—as well as the European Commission’s 2009 Guidance on enforcement priorities. These sources are examined chronologically to trace the development of legal doctrine from a predominantly form-based approach, in which certain types of rebates were deemed inherently abusive, towards a more effects-based analysis that increasingly considers economic evidence and market context.

Central to this development is the growing importance of the as-efficient-competitor (AEC) test, which serves both as an evidentiary benchmark and as a proxy for assessing foreclosure effects. The thesis scrutinizes the role, scope and limitations of the AEC test, especially in light of the *Intel* judgment by the Court of Justice, which clarified that the Commission must consider dominant undertakings’ efficiency arguments when substantiated. Despite this formal endorsement of a more economic approach, the thesis finds that legal uncertainty remains regarding the exact evidentiary standard and how efficiency justifications are to be weighed against potential foreclosure.

The analysis also reveals persistent tensions in the Sak law between the goals of legal certainty, administrative practicability, and economic accuracy. While dominant undertakings have gained more room to argue efficiency-based defences, the burden of proof remains high, and there is limited guidance on when such justifications will suffice. Moreover, the lack of a clear framework for balancing pro-competitive and anti-competitive effects continues to generate ambiguity in enforcement practice.

This thesis concludes that EU competition law is undergoing a gradual, but incomplete, paradigm shift in its treatment of loyalty rebates. The emerging effects-based approach seeks to protect competition on the merits while acknowledging that not all exclusion is harmful.

However, the transition is still marked by doctrinal frictions and unresolved interpretive questions. Future Sak law and the anticipated revision of the Commission's Article 102 Guidance are expected to play a pivotal role in clarifying the normative foundation and practical implementation of this balancing exercise.

Innholdsfortegnelse

Abstract	1
Innholdsfortegnelse	2
1. Innledning	3
1.1 Avgrensning	4
1.2 Aktualitet	5
1.3 Metode	6
1.4 Begrepsforklaring	8
1.5 Struktur	9
2. Rettslige rammer	9
2.1 Dominerende stilling	10
2.2 Misbruk	12
2.2.1 Et fleksibelt og objektivt misbruksbegrep	12
2.2.2 Kravet til grenseoverskridende virkning og geografisk omfang	12
2.2.3 Misbruk og lojalitetsrabatter	13
2.2.4 Sanksjoner og håndheving	14
2.3 Rabattordninger	15
2.3.1 Rabattbegrepet og grunnleggende funksjon	15
2.3.2 Kategorisering av rabatter	15
2.3.3 Rabattsystemer og struktur	18
2.3.4 Formålet med lojalitetsskapende rabatter	19
3. Analyse	20
3.1 Fra formbasert til virkningsbasert vurdering under artikkel 102 TEUV	22
3.2 Overgang til virkningsbasert vurdering og forbrukervelferd	25

3.3 AEC-testens rolle i vurderingen av lojalitetsrabatter	28
3.4 Sentrale vurderingsmomenter ved effektanalysen av lojalitetsrabatter	30
3.4.1 Supplerende momenter og forsterkende mekanismer	33
3.5 Balansen mellom konkurransebeskyttelse og effektivitetsgevinster	34
3.5.1 Bevisbyrde og vurderingsstandard ved effektivitetsforsvar	36
4. Diskusjon	38
4.1 Avveiningen mellom konkurransebeskyttelse og effektivitetsgevinster	39
4.2 EU-domstolens balansegang i vurderingen av lojalitetsrabatter	41
4.3 Effektivitetsgevinster – en reell forsvarsgrunn eller et svakt argument?	43
4.4 Tilstrekkelig klar rettsstilling for dominerende aktører?	45
4.5 Retningslinjer i utvikling: Kodifisering eller kursendring?	47
4.6 Lovlige rabattsystemer	50
5. Konklusjon	52
6. Litteraturliste	54
7. Bilag	59

1. Innledning

EU-rettens konkurranseregler spiller en avgjørende rolle i å sikre et velfungerende indre marked basert på rettferdig og effektiv konkurranse. En sentral utfordring i dette arbeidet er håndteringen av forretningspraksiser som potensielt kan begrense konkurransen, samtidig som de også kan være effektivitetsfremmende. Et slikt virkemiddel er lojalitetsrabatter.

Lojalitetsrabatter, også kjent som *fidelity rebates*, innebærer prisstrukturer der kunder mottar gunstigere betingelser ved å forplikte seg til å kjøpe en stor eller økende andel av sine behov fra én leverandør.¹ Slike rabatter kan fremme effektivitet ved å styrke kundeforhold og redusere transaksjonskostnader², men kan også ha ekskluderende virkninger når de anvendes av dominerende foretak. Når en dominerende aktør tilbyr lojalitetsrabatter, kan dette føre til at

¹ Pike, Chris. Fidelity Rebates (January 3, 2022). Concurrences, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4070795> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4070795>

² EU-kommisjonen, Veiledning om Kommisjonens håndhevelsesprioriteringer ved anvendelsen av artikkel 82 EF-traktaten på utilbørlig utestengende atferd fra dominerende foretak, 2009/C 45/02, avsn. 45–46. (*Heretter: Kommisjonens veiledning (2009)*)

kunder i praksis låses til leverandøren, noe som svekker konkurransen og vanskeliggjør markedsadgang for rivaler.³

Temaet for denne oppgaven er hvordan overgangen til en virkningsbasert tilnærming har påvirket EU-rettens vurdering av lojalitetsrabatter etter artikkel 102 i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV). Oppgaven undersøker hvordan rettspraksis gradvis har beveget seg bort fra en formbasert til en mer virkningsbasert vurdering, og hvilke rettslige og metodiske konsekvenser dette har hatt for vurderingen av lojalitetsrabatter. Analysen bygger på en systematisk gjennomgang av avgjørelser fra EU-domstolene, Kommisjonens veiledninger og juridisk teori, med særlig vekt på hvordan rettens tilnærming til virkning, markedsstruktur og effektivitetsargumenter har utviklet seg over tid. En sentral del av vurderingen er hvilken rolle AEC-testen (As-Efficient Competitor-testen) spiller i denne utviklingen, og hvilke begrensninger og muligheter testen medfører for anvendelsen av artikkel 102 TEUV.

På denne bakgrunn reises følgende problemstilling: Hvordan har overgangen til en virkningsbasert tilnærming påvirket EU-rettens vurdering av lojalitetsrabatter?

Vurderingen av lojalitetsrabatter i EU-retten har gjennomgått en betydelig rettsutvikling. Der slike rabatter tidligere ble ansett som ulovlige ut fra sin form alene, har nyere praksis etablert et krav om en konkret og virkningsbasert analyse av rabattenes effekt på konkurransen.

Avgjørelser som *Hoffmann-La Roche*⁴, *Intel*⁵ og *Post Danmark II*⁶ illustrerer denne rettsutviklingen, og reiser tolkningsspørsmål om definisjon av lojalitetsrabatter, relevante vurderingsmomenter og fordeling av bevisbyrde.

Lojalitet er i utgangspunktet et positivt ladet begrep med assosiasjoner til stabilitet og samarbeid. Innenfor konkurranseretten reiser lojalitetsmekanismer imidlertid særlige bekymringer når de benyttes strategisk av dominerende foretak for å hindre eller begrense konkurranse.⁷ Denne dobbeltheten gjør temaet både komplekst og aktuelt, og gir grunnlag for en grundig rettslig analyse.

³ Ibid.

⁴ *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission*, sak 85/76, ECLI:EU:C:1979:36.

⁵ *Intel Corp. V Commission*, sak C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632. (Heretter: *Intel II*).

⁶ *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, sak C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172. (Heretter: *Post Danmark I*).

⁷ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 352.

1.1 Avgrensning

Denne oppgaven avgrenser seg til en juridisk analyse av lojalitetsrabatter innenfor EU-rettens konkurranseregler, med særlig fokus på artikkel 102 TEUV om misbruk av dominerende stilling. Analysen er rettsdogmatisk og bygger på EU-domstolens og Kommisjonens praksis, med vekt på hvordan rettstilstanden har utviklet seg gjennom overgang fra en formbasert til en virkningsbasert vurdering.

Det rettes særlig oppmerksomhet mot hvordan denne metodiske utviklingen har påvirket vurderingen av lojalitetsrabatter i praksis, herunder balansen mellom konkurransevern og effektivitetsgevinster. Sentrale vurderingsverktøy som AEC-testen og vilkårene for effektivitetsforsvar inngår som ledd i analysen av hvordan dagens rettspraksis strukturerer og begrunner inngrepsvurderingen.

Oppgaven inkluderer ikke en selvstendig økonomisk analyse av lojalitetsrabattenes markedsvirkninger. Økonomiske hensyn omtales kun i den grad de er relevante for å belyse rettens argumentasjon. Videre analyseres ikke lojalitetsrabatter i lys av spesifikke markeder eller bransjer; vurderingene gjøres på et generelt nivå, med fokus på de juridiske prinsippene.

Nasjonale konkurranserettslige regler i medlemsstatene behandles ikke. Oppgaven forholder seg utelukkende til hvordan EU-retten tolker og anvender artikkel 102 TEUV. Selv om nasjonal rett i enkelte tilfeller kan speile EU-rettens utvikling, er det EU-domstolens rettspraksis som danner grunnlaget for analysen.

1.2 Aktualitet

Lojalitetsrabatter reiser prinsipielle spørsmål i EU-retten fordi de opererer i et spenningsfelt mellom legitim forretningspraksis og ulovlig konkurransebegrensning. Korrekt anvendt kan slike rabatter fremme etterspørsel, sikre skalafordeler og styrke kundeforhold; noe som kan gi opphav til effektivitetsgevinster. Når de brukes av foretak med dominerende stilling kan de derimot fungere som virkemidler for å begrense markedsadgangen for like effektive konkurrenter. Dette stiller EU-retten overfor behovet for en avveining som både beskytter konkurransestrukturen og gir rom for effektive og lovlige kommersielle insentiver.

Denne balansegangen er juridisk og økonomisk kompleks, og har gjennomgått en dynamisk utvikling i rettspraksis. Saker som *Intel*⁸ og *Post Danmark II*⁹ har markert et skifte mot en mer effektbasert vurdering, hvor det kreves en grundigere analyse av rabattenes faktiske virkninger på markedet.

Lojalitetsrabatter er utbredt i praksis og benyttes på tvers av sektorer. Dette gjør temaet aktuelt for en rekke foretak, særlig de med dominerende markedsposisjon. Artikkel 102 TEUV, som forbyr misbruk av slik markedsrett, er sentral i vurderingen av hvilke rammer selskaper må forholde seg til når de utformer sine rabattsystemer.

EU-retten legger til grunn at lojalitetsrabatter ikke er ulovlige *per se*.¹⁰ Deres rettslige stilling avhenger av en konkret vurdering av omstendighetene, herunder rabattenes struktur, effektene på konkurransen og foretakets markedsrett. Dette krever en inngående analyse av både rettspraksis og underliggende rettsprinsipper. Temaet er derfor høyaktuelt som et eksempel på hvordan EU-retten søker å balansere hensynet til konkurransebeskyttelse med muligheten for legitime effektivitetsgevinster.

Relevansen underbygges også av nyere dokumentasjon fra EU-kommisjonens Generaldirektorat for Konkurranse. En rapport som vurderer effekten av konkurransehåndhevelse i perioden 2012–2022 anslår at direkte kundebesparelser har vært mellom 145 og 250 milliarder euro – tilsvarende 13 til 23 milliarder euro i årlige fordeler.¹¹

Selv om rapporten ikke spesifikt omtaler lojalitetsrabatter, viser den hvor sentral effektiv konkurransehåndhevelse er for forbrukervelferd og markedsfunksjon. Figuren som illustrerer disse besparelsene er vedlagt som *bilag 1*. I tillegg fremheves det at de totale fordelene også inkluderer indirekte effekter som innovasjon og økt kvalitet. Det pågående “State of EU Competition”-prosjektet viser at Kommisjonen fortsatt prioriterer overvåking av markeder og identifisering av konkurransebegrensende praksiser, inkludert mulige misbruk i form av lojalitetsrabatter.¹²

⁸ *Intel II*, sak C-413/14 P.

⁹ *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, sak C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651. (= *Post Danmark II*).

¹⁰ Se f.eks. O’Donoghue & Padilla, 2006, s. 352.

¹¹ Europakommisjonen. (2024). Report on Competition Policy 2023 (COM(2024) 115 final). Publications Office of the European Union. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52024DC0115>

¹² *Ibid*.

1.3 Metode

Oppgaven bygger på en rettsdogmatisk metode og har som formål å analysere, tolke og systematisere gjeldende rett (*de lege lata*) for lojalitetsrabatter under artikkel 102 TEUV. Den rettslige vurderingen fokuserer på hvordan EU-domstolene har utviklet kriteriene for når lojalitetsrabatter innebærer misbruk av dominerende stilling.

Rettspraksis fra EU-Domstolen og Den europeiske unions rett (EU-Retten) utgjør de primære rettskildene da disse gir den mest autoritative tolkningen av hvordan TEUV artikkel 102 skal anvendes. I tillegg benyttes relevante veiledninger og retningslinjer fra EU-kommisjonen, som selv om de ikke er rettslig bindende, har høy fortolkningsverdi. De bidrar til en dypere forståelse av Kommisjonens håndhevingspraksis, særlig i lys av overgangen fra en formbasert til en mer virkningsbasert tilnærming til vurderingen av misbruk.

Juridisk teori og faglitteratur anvendes som støtte for rettskildetolkningen og for å belyse sentrale begreper og utviklingstrekk i rettspraksis. Disse kildene bidrar til å sette rettspraksis i kontekst og utdype forståelsen av de underliggende prinsippene som styrer EU-rettens behandling av lojalitetsrabatter.

For å gjøre analysen systematisk benyttes en strukturert rettskildeanalyse hvor autoritative rettskilder prioriteres. Domstolspraksis velges ut basert på dens betydning for utviklingen av vurderingen av lojalitetsrabatter etter artikkel 102 TEUV. Særlig vektlegges avgjørelser som *Hoffmann-La Roche*¹³, *Michelin I*¹⁴ og *II*¹⁵, *British Airways*¹⁶, *Tomra*¹⁷, *Post Danmark I*¹⁸ og *II*¹⁹ samt *Intel*²⁰, ettersom disse enten etablerer, videreutvikler eller utfordrer sentrale rettslige vurderingskriterier.

Analysen gjennomføres både kronologisk, for å fremheve utviklingen fra en formbasert til en virkningsbasert vurdering, og tematisk, for å analysere sentrale vurderingsmomenter som konkurransebeskyttelse, effektivitetsgevinster og bruken av AEC-testen. Denne metodiske kombinasjonen muliggjør en dypere forståelse av både endringene i rettspraksis over tid og de materielle vurderingskriteriene som gjelder i dag.

¹³ Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche*.

¹⁴ Sak 322/81, *Michelin v Commission*, ECLI:EU:C:1983:313. (Heretter: *Michelin I*).

¹⁵ Sak T-203/01, *Michelin v Commission*, ECLI:EU:T:2003:250. (Heretter: *Michelin II*).

¹⁶ Sak C-95/04 P, *British Airways plc v Commission*. ECLI:EU:C:2007:166.

¹⁷ Sak C-549/10 P, *Tomra Systems ASA and Others V Commission*, ECLI:EU:C:2012:221.

¹⁸ Sak C-209/10, *Post Danmark I*.

¹⁹ Sak C-23/14, *Post Danmark II*.

²⁰ Sak C-413/14 P, *Intel II*.

EU-domstolens avgjørelser er kun autentiske på prosessspråket fransk, noe som innebærer en metodisk begrensning. Siden jeg ikke behersker fransk har jeg forholdt meg til de engelske og danske språkversjonene. Den engelske versjonen er i tvilstilfeller tillagt størst vekt, da den ofte fungerer som referansespråk i teori og praksis.²¹

Økonomiske vurderinger inkluderes kun i den utstrekning de er uttrykkelig integrert i domstolenes *raisonnement* eller Kommisjonens veiledninger. Oppgaven foretar ingen selvstendig økonomisk analyse av markedseffekter, men bygger på de vurderinger som fremgår av de anvendte rettskildene.

1.4 Begrepsforklaring

EU-retten består av to instanser: Den europeiske unions Domstol (European Court of Justice, ECJ) og Retten (General Court, tidligere Førsteinstansretten). I denne oppgaven omtales European Court of Justice konsekvent som Domstolen, og General Court som Retten.

For å gjøre fremstillingen mer leservennlig benyttes forkortede navn på dommene gjennom oppgaven, som for eksempel *Hoffmann-La Roche*, *Michelin I*, *Tomra*, *Post Danmark II*. Fullstendige referanser, inkludert ECLI-numre²², gis i fotnoter ved første gangs omtale av dommen.

I henvisninger til EU-dommer benyttes begrepet “avsnitt” for å vise til nummererte utsagn i domstekstene. Dette tilsvarer “præmis” i danske oversettelser og “paragraph” i engelske. Valget er gjort for å opprettholde språklig konsistens i en norsk fremstilling.

Begrepet “competition on the merits”²³ viser til en konkurranseform basert på ytelsesrelaterte kriterier som pris, kvalitet, innovasjon, kundeservice og effektivitet.²⁴ Foretak som konkurrerer ved å forbedre egne produkter og tjenester handler innenfor dette konseptet, mens praksis som benytter midler utenfor saklig ytelsesbasert konkurranse, og som kan hindre rivalers adgang til markedet eller endre markedets struktur, faller utenfor. Etter EU-domstolens praksis innebærer dette at konkurranse som bygger på egne prestasjoner er

²¹ EU-domstolen. (u.å.). Språkordning. Hentet 10. februar 2025 fra https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_10739/en/

²² ECLI - European Sak-Law Identifier

²³ Norsk: konkurranse på meritter, eller “ytelsesbasert konkurranse”.

²⁴ *Post Danmark I*, Sak C-209/10, avsnitt 22.

lovlig, mens strategier som ekskluderer rivaler gjennom andre midler kan utgjøre misbruk, uavhengig av foretakets intensjon.²⁵

1.5 Struktur

For å besvare problemstillingen er oppgaven delt inn i tre hoveddeler som samlet bygger opp under den rettslige analysen og diskusjonen. Oppbygningen følger en logisk progresjon fra definisjonsmessig og rettslig grunnlag, via dyptgående analyse, til diskusjon og konklusjon.

Første del presenterer det rettslige rammeverket og klargjør sentrale begreper og prinsipper som danner grunnlaget for analysen. Her introduseres ulike rabatttyper, med særlig fokus på lojalitetsrabatter og formålet bak slike prisstrategier. Det gis en gjennomgang av gjeldende rett etter artikkel 102 TEUV, inkludert hvordan EU-retten definerer henholdsvis dominerende stilling og misbruk.

Andre del utgjør oppgavens hovedanalyse. Her vurderes det nærmere i hvilke situasjoner lojalitetsrabatter kan utgjøre misbruk i strid med artikkel 102 TEUV. Analysen har en virkningsbasert tilnærming og tar utgangspunkt i rettspraksis og Kommisjonens veiledning om håndhevelsesprioriteringer. Det gis særlig oppmerksomhet til AEC-testen og dens betydning for vurderingen av om slike rabatter kan ha ekskluderende virkninger for like effektive konkurrenter. Begrepet “competition on the merits” belyses for å vurdere hvorvidt lojalitetsrabatter kan være forenlig med prinsippet om konkurranse basert på egne ytelser. Det drøftes også i hvilken grad effektivitetsgevinster kan rettferdiggjøre ellers ulovlig adferd.

Tredje del består av en diskusjon og en avsluttende konklusjon. Her vurderes de funnene som fremkommer i analysen i lys av rettspraksis, teori og konkurransepolitiske hensyn. Det drøftes også mulige utviklingstrekk innenfor rammen av gjeldende rett, slik den tolkes i lys av nyere praksis og Kommisjonens uttalelser.

2. Rettslige rammer

EU-domstolen er i henhold til artikkel 19 TEU²⁶ tillagt ansvaret for å sikre “overholdelsen av retten ved fortolkningen og anvendelsen av traktatene”. Når Domstolen har fastlagt hvordan

²⁵ Se *Hoffmann-La Roche*, sak 85/76, avsnitt 89–91; *Servizio Elettrico Nazionale SpA and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato and Others*, sak C-377/20, EU:C:2022:379, avsnitt 61.

²⁶ Traktaten om Den europeiske union.

en traktatsbestemmelse skal forstås, er dette som hovedregel bindende for øvrige EU-institusjoner og medlemsstatene.²⁷ Det er derfor begrenset adgang til å fravike Domstolens rettsoppfatning i senere anvendelse og rettsutvikling.

For å sikre at konkurransen på EUs indre marked fungerer slik den er ment, inneholder traktaten et forbud mot misbruk av markedsrett. Dette er forankret i artikkel 102 TEUV (tidligere artikkel 82 TEF²⁸), som retter seg mot foretak med dominerende stilling og begrenser deres mulighet til å opptre på måter som kan skade konkurransen og hindre markedets frie utvikling.

Artikkel 102 TEUV fastslår at enhver misbruk av en dominerende stilling på det indre marked er forbudt i den utstrekning det kan påvirke handelen mellom medlemsstatene. Bestemmelsen rammer ikke det å inneha en dominerende posisjon i seg selv, men legger begrensninger på hvordan denne posisjonen kan utnyttes. Artikkel 102 klargjør at det forbyr misbruk av en dominerende stilling, men det hindrer ikke selve etableringen av denne stillingen. Rettspraksis har presisert dette blant annet i *Michelin I*²⁹ og *TeliaSonera*.³⁰ Misbruk kan for eksempel bestå i å påtvinge urimelige priser eller forretningsvilkår, begrense produksjon eller markedsadgang, eller forskjellsbehandle handelspartnere på en måte som svekker konkurransen.

I vurderingen etter artikkel 102 inngår derfor to hovedkomponenter: For det første må det konstateres at foretaket har en dominerende stilling på et relevant marked.³¹ For det andre må det vurderes om foretakets atferd utgjør et misbruk av denne posisjonen.³² Formålet med denne todelte vurderingen er å sikre at konkurransevernet etter artikkel 102 ikke utvides på en

²⁷ Se f.eks. *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, sak C-106/77, ECLI:EU:C:1978:49, avsnitt 21, hvor Domstolen fastslo at nasjonale myndigheter og domstoler ikke kan anvende nasjonale regler som er i strid med EU-retten, selv om de er av senere dato; jf. også *International Chemical Corporation v Amministrazione delle finanze dello Stato*, sak C-66/80, ECLI:EU:C:1981:102, avsnitt 13; og *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, sak C-344/98, ECLI:EU:C:2000:689, avsnitt 49–52, hvor det presiseres at nasjonale myndigheter er forpliktet til å følge Kommisjonen og Domstolens rettsoppfatning når det gjelder tolkningen av traktaten.

²⁸ Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap.

²⁹ *Michelin I*, sak 322/81, avsnitt 57.

³⁰ *TeliaSonera Sverige AB v Konkurrenter*, sak C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, avsnitt 24.

³¹ European Commission. (2013). Competition: Antitrust procedures in abuse of dominance — Article 102 TFEU Cases (Factsheet). Publications Office of the European Union.

https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en

³² Ibid.

måte som hindrer foretak i å benytte forretningsstrategier som er forenlige med konkurransens virkemåte.

2.1 Dominerende stilling

I EU-konkurranseretten er det sentrale rettslige subjektet et foretak.³³ Hva som regnes som et foretak i EU-retten bestemmes av EU-retten selv, og ikke av nasjonale regler om selskapsformer eller organisering. Ifølge EU-domstolen omfatter begrepet enhver enhet som utøver økonomisk aktivitet, uavhengig av dens rettslige status og måten den er finansiert på.³⁴ Dette innebærer at både fysiske og juridiske personer kan omfattes, enten de er private eller offentlige, så lenge de tilbyr varer eller tjenester på et marked. Også non-profit-organisasjoner kan anses som foretak dersom de driver økonomisk virksomhet.³⁵

Som tidligere nevnt krever artikkel 102 at foretaket innehar en dominerende stilling på et relevant marked, eller en vesentlig del av det. Dette vilkåret danner grunnlaget for vurderingen av om foretakets atferd utgjør et misbruk. I *Hoffmann-La Roche*³⁶ fastslo EU-domstolen at en dominerende stilling innebærer en økonomisk maktposisjon som gjør det mulig for foretaket å hindre at effektiv konkurranse opprettholdes. Dette skjer ved at foretaket i betydelig grad kan opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder, og i siste instans, forbrukerne.³⁷

Det avgjørende spørsmålet i vurderingen er om foretaket faktisk har evne til å handle uavhengig av konkurransen rundt seg. En slik evne innebærer at det i betydelig grad kan påvirke markedsvilkårene uten å måtte tilpasse seg normal konkurranseatferd. Det er ikke nødvendig at foretaket alene bestemmer hvordan markedet utvikler seg, men det må kunne utøve merkbar innflytelse, og ha rom for å opptre uten å ta hensyn til andre aktører.³⁸

Vurderingen bygger på de økonomiske forholdene som forelå på tidspunktet for den påståtte overtredelsen.³⁹

³³ Dansk - "Virksomhed", engelsk - "Undertaking".

³⁴ *Höfner and Elser v Macrotron GmbH*, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, avsnitt 21.

³⁵ *AG2R Prévoyance v Beaudout Père et Fils SARL*, sak C-437/09, ECLI:EU:C:2010:676, avsnitt 64.

³⁶ *Hoffmann La-Roche*, sak 85/76, avsnitt 38.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid. avsnitt 39.

³⁹ *United Brands v Commission*, sak 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, avsnitt 65.

Domstolen har også presisert at det må skilles mellom en dominerende stilling og en oligopol situasjon. I et oligopol påvirker aktørene hverandre gjensidig, mens et dominerende foretak i større grad kan fastsette sin egen atferd. En kollektiv dominerende stilling krever at flere aktører samlet utgjør en økonomisk enhet som kan opptre uavhengig av markedspress.⁴⁰ En dominerende stilling kan oppstå som følge av flere forhold i samspill, slik som høye markedsandeler, adgangsbarrierer, teknologiske fortrinn eller vertikal integrasjon.⁴¹ Selv om ingen enkeltfaktor er avgjørende, tillegges særlig høye markedsandeler stor vekt. I *AKZO*⁴² uttalte domstolen at en markedsandel på over 50 % i utgangspunktet er en sterk indikasjon på dominans, med mindre det foreligger særlige omstendigheter.

Kjernen i vurderingen etter artikkel 102 er altså om foretaket besitter en faktisk evne til å opptre uavhengig av konkurransepresset i markedet, og dermed har makt til å påvirke konkurransens struktur og utvikling.

2.2 Misbruk

2.2.1 Et fleksibelt og objektivt misbruksbegrep

Artikkel 102 TFEU gir eksempler på atferd som kan utgjøre misbruk av dominerende stilling, men listen er ikke uttømmende.⁴³ Uttrykket “kan særlig bestå i”⁴⁴ signaliserer at andre former for atferd også kan anses som misbruk dersom de forvrenger konkurransen eller skader forbrukerne i det indre marked. Dette gir rom for en fleksibel vurdering, basert på de konkrete omstendighetene og den konkurransemessige virkningen av atferden.

I *Hoffmann-La Roche*⁴⁵ fastslo EU-domstolen at misbruksbegrepet er objektivt. Det kreves ikke subjektiv hensikt, men vurderingen tar utgangspunkt i hvorvidt atferden etter sin art og virkning kan svekke konkurransen.⁴⁶ Misbruk foreligger særlig der en dominerende aktør benytter andre midler enn dem som inngår i normal konkurranse, det vil si midler som ikke er basert på pris, kvalitet eller innovasjon.⁴⁷ Slike handlinger kan være rettsstridige dersom de

⁴⁰ *Compagnie Maritime Belge v Commission*, forente saker C-395/96 P og C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, avsnitt 38–39.

⁴¹ *United Brands*, sak 27/76, avsnitt 65–66.

⁴² *AKZO Chemie BV v Commission*, sak C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, avsnitt 60.

⁴³ *TeliaSonera*, sak C-52/09, avsnitt 26; se også Nazzini 2011.

⁴⁴ Engelsk: in particular.

⁴⁵ *Hoffmann-La Roche*, sak 85/76, avsnitt 91.

⁴⁶ Se *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt. 133–134; Generaladvokat Rantos i *Servizio Elettrico Nazionale*, sak C-377/20, avsnitt 44.

⁴⁷ *Post Danmark I*, Sak C-209/10, avsnitt 25.

svekker eller hindrer den gjenværende konkurransen på markedet, som allerede er sårbar på grunn av foretakets dominerende stilling.

2.2.2 Kravet til grenseoverskridende virkning og geografisk omfang

For at artikkel 102 skal komme til anvendelse må foretakets dominerende stilling dekke det indre marked eller en vesentlig del av dette.⁴⁸ Kravet avgrenser bestemmelsens geografiske rekkevidde og sikrer at den ikke brukes på rent lokale markedsforhold uten betydning for samhandelen.⁴⁹ I *Suiker Unie*⁵⁰ presiserte domstolen at vurderingen av hva som utgjør en “vesentlig del” ikke kun baseres på areal, men også på økonomiske forhold som produksjons- og forbruksmønstre, samt forholdene for selgere og kjøpere.

Uavhengig av markedsavgrensningen kreves det i tillegg at misbruket er egnet til å påvirke samhandelen mellom medlemsstatene, jf. TEUV artikkel 102 innledning. Dette innebærer at atferden må kunne ha en faktisk eller potensiell innvirkning på handelsstrømmer, som igjen kan true målet om integrerte og konkurransedyktige markeder i EU.

Domstolen har presisert at det ikke er nødvendig å vente til konkurransen er fullstendig eliminert før artikkel 102 får anvendelse.⁵¹ Bestemmelsen kommer til anvendelse allerede når det foreligger en risiko for betydelig konkurransebegrensning.⁵² I *Microsoft I*⁵³ ble det slått fast at det ikke er nødvendig å dokumentere at skadene har inntruffet fullt ut; det holder at atferden etter sin art er egnet til å skade konkurransen. Det innebærer at myndighetene kan gripe inn før konkurranseforholdene er varig svekket. Noe som er viktig for å verne om konkurranseprosessens dynamikk og innovasjonspotensial.

2.2.3 Misbruk og lojalitetsrabatter

Lojalitetsrabatter fra dominerende virksomheter har potensial til å undergrave konkurransen på flere måter. Ved å tilby rabatter som er betinget av kundens lojalitet, kan virksomheten binde kundene til seg og redusere insentivene til å kjøpe fra konkurrerende leverandører, selv om disse tilbyr bedre vilkår for deler av etterspørselen. Dette kan føre til at like effektive

⁴⁸ Artikkel 102 TEUV.

⁴⁹ *United Brands*, sak 27/76, avsnitt 44.

⁵⁰ *Suiker Unie and Others v Commission*, forente saker 40–48, 50, 54–56, 111, 113 og 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, avsnitt 371.

⁵¹ *United Brands*, sak 27/76, avsnitt 113.

⁵² *Microsoft Corp. v Commission*, sak T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, avsnitt 563. (*Microsoft I*).

⁵³ *Ibid.*

konkurrenter ikke får tilgang til nødvendig volum, og dermed hindres i å oppnå den skalaen som kreves for å konkurrere effektivt.⁵⁴

Særlig problematisk er retroaktive rabatter, hvor hele rabatten avhenger av samlet kjøp innenfor en gitt periode. Disse rabattene skaper en såkalt “sugeeffekt” mot slutten av rabattperioden ettersom kostnaden ved å bytte leverandør øker for kunden.⁵⁵ Denne mekanismen ble blant annet fremhevet av EU-domstolen i *Tomra*⁵⁶ som særlig ekskluderende, da rabattene reduserte kundens reelle valgfrihet og effektivt hindret konkurrenter i å få tilgang til markedet.

I *Hoffmann-La Roche*⁵⁷ slo EU-domstolen fast at lojalitetsrabatter fra et dominerende foretak kan utgjøre misbruk dersom de gjennom sin struktur virker lojalitetsskapende og dermed begrenser kundens valgfrihet. Domstolen la til grunn at slike rabatter, uavhengig av konkret markedsvirkning, er egnet til å hindre konkurranse og adgang til markedet for like effektive konkurrenter, og dermed utgjør en anvendelse av midler som ikke inngår i den normale konkurransen.⁵⁸

Det er mye diskutert i juridisk litteratur hvorvidt formålet med EU-konkurranseretten er å beskytte konkurrenter, eller snarere konkurranseprosessen og forbrukerne.⁵⁹ Det er likevel bred enighet om at artikkel 102 skal verne en effektiv konkurranseprosess som kommer forbrukerne til gode, og ikke nødvendigvis garantere overlevelsen til mindre effektive konkurrenter.⁶⁰ Dette innebærer at praksiser som lojalitetsrabatter kan være forbudt for dominerende aktører, selv om tilsvarende atferd ville vært lovlig dersom den ble utvist av ikke-dominerende foretak.⁶¹

⁵⁴ *Tomra*, sak C-549/10 P, avsnitt 75.

⁵⁵ *Ibid.* avsnitt 78–79

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Hoffmann La Roche*, sak 85/76, avsnitt 91.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Se f.eks. Marinova, M. (2025). The As-Efficient Competitor Test: A Cornerstone or a Controversy in EU Competition Law? *Competition Law Insight*, kap. II; Dunne, N. (2020). Public Interest and EU Competition Law, *The Antitrust Bulletin*, 65(2), 256–281, <https://doi.org/10.1177/0003603X20912883>, kap. II; O’Donoghue, R., & Padilla, J. (2006). *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, s. 367–368. (Heretter: *O’Donoghue og Padilla*, 2006).

⁶⁰ Se f.eks. O’Donoghue & Padilla, 2006, s. 367–368; *Post Danmark I*, sak C-209/10, avsnitt 24–25.

⁶¹ *AKZO*, C-62/86, avsnitt 70.

2.2.4 Sanksjoner og håndheving

Selv om artikkel 102 TFEU ikke selv fastsetter sanksjoner, gir bestemmelsen grunnlag for inngripen mot misbruk gjennom et institusjonelt og prosessuelt rammeverk fastsatt i sekundærlovgivningen. Den sentrale hjemmelen i denne sammenheng er forordning 1/2003⁶², som gir både Europakommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter kompetanse til å etterforske og sanksjonere overtredelser av artikkel 102. Kommisjonen kan i medhold av artikkel 7 pålegge foretak å bringe misbruk til opphør, og har etter artikkel 23 myndighet til å ilegge betydelige bøter ved forsettlig eller uaktsomme overtredelser.⁶³ For å stanse alvorlig skade i påvente av endelig vedtak, kan det treffes midlertidige forføyninger etter artikkel 8. Kommisjonen har også adgang til å avslutte saker gjennom bindende tilsagnsvedtak etter artikkel 9, der foretak frivillig påtar seg forpliktelser for å møte Kommisjonens konkurransebekymringer uten at det tas stilling til om artikkel 102 er overtrådt. Disse fleksible virkemidlene har særlig praktisk betydning i markeder preget av rask utvikling og kompleks atferd. Bøtene kan utgjøre inntil ti prosent av foretakets globale årsomsetning.⁶⁴ Sanksjonene og prosedyrene skal samlet bidra til effektiv håndheving og ha preventiv effekt, og vedtak fra Kommisjonen kan bringes inn for Retten og eventuelt Domstolen. I tillegg kan avtaler som er inngått som følge av misbruk anses som ugyldige.⁶⁵

Et særlig viktig aspekt ved håndhevingen av artikkel 102 er at forordning 1/2003 innebærer en desentralisering av kompetanse. Nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler er forpliktet til å anvende artikkel 102 parallelt med nasjonale regler, og det følger av artikkel 3 at artikkel 102 har forrang, og at medlemsstatene ikke kan anvende nasjonale regler som tillater atferd som er i strid med EU-retten. Denne samordningen av offentlig håndheving bidrar til enhetlig konkurranserettslig praksis, men forutsetter også retts teknisk kompetanse og bevisvurdering på nasjonalt nivå. Koordineringen mellom Kommisjonen og nasjonale myndigheter skjer innenfor rammen av Det europeiske konkurransenettverket (ECN), som er etablert gjennom forordning 1/2003 og legger til rette for informasjonsutveksling, kompetanseavklaring og harmonisert håndheving.

⁶² Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføringen av konkurransereglene i artikkel 81 og 82 EF (nå artikkel 101 og 102 TFEU), EUT L 1, 4.1.2003.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Europakommisjonen. (u.å.). Bøter. Hentet fra https://competition-policy.ec.europa.eu/index/fines_en

⁶⁵ Se f.eks. *BPB Industries v Commission*, sak T-65/89, EU:T:1993:31, avsnitt 93–94.

I tillegg til offentlig håndheving gir EU-retten adgang til privatrettslig oppfølging gjennom erstatningskrav.⁶⁶ Domstolen har i *Courage Ltd v Crehan*⁶⁷ fastslått at private kan kreve erstatning for tap påført som følge av overtredelser av artikkel 102. Dette ble utdypet i forente *Manfredi*⁶⁸, hvor det presiseres at erstatning er en integrert del av den fulle virkning (*effet utile*) av konkurransereglene. For eksempel kan en konkurrerende aktør som er blitt stengt ute fra markedet som følge av ulovlige lojalitetsrabatter, kreve kompensasjon for tapt omsetning. Likevel har den praktiske betydningen av privat håndheving vært begrenset sammenliknet med Kommisjonens inngrep, noe som blant annet skyldes bevisbyrde og prosessuelle hindre i nasjonal rett. For å styrke og harmonisere vilkårene for slike søksmål ved overtredelser av artikkel 102, vedtok EU Direktiv 2014/104/EU⁶⁹ om erstatningssøksmål for brudd på konkurransereglene. Direktivet fastsetter blant annet regler om bevisbyrde, foreldelse, dokumentinnsyn og felles ansvar, og har som formål å effektivisere den private håndhevingen i hele EU.

Ettersom lojalitetsrabatter ofte utformes nettopp med sikte på å binde kunder og svekke konkurransen, illustrerer de behovet for en effektiv og flerleddet håndhevingsstruktur. Atferden kan være vanskelig å oppdage og krever inngående markedsanalyse. Samtidig er sanksjonens styrke avgjørende for å opprettholde den avskrekkende virkningen og sikre at dominerende foretak avstår fra misbruk. Håndhevingssystemets utforming er dermed ikke bare en administrativ mekanisme, men et rettspolitisk virkemiddel med direkte betydning for at konkurransereglene skal virke etter sitt formål.

2.3 Rabattordninger

2.3.1 Rabattbegrepet og grunnleggende funksjon

Rabatter utgjør en sentral del av et foretaks prisstrategi og er et vanlig kommersielt virkemiddel på tvers av bransjer. I sin enkleste form innebærer en rabatt en reduksjon fra den opprinnelige salgsprisen, enten uttrykt som et prosentvis avslag, en fast sum eller en betinget bonus.⁷⁰ Det rettslige og økonomiske utgangspunktet er at rabatter, også fra dominerende

⁶⁶ Faull & Nikpay, 2014, s. 331; sak C-453/99, *Courage v Crehan*, EU:C:2001:465.

⁶⁷ *Courage Ltd v Crehan*, sak C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465.

⁶⁸ *Manfredi*, Forente saker C-295/04 to C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461.

⁶⁹ Direktiv 2014/104/EU av Europaparlamentet og Rådet 26. november 2014 om visse regler som regulerer erstatningssøksmål etter nasjonal rett for overtredelser av bestemmelser i medlemsstatenes og Unionens konkurranserett (EØS-relevant tekst), EUT L 349, 5.12.2014.

⁷⁰ Se f.eks. O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 352; Faull & Nikpay, 2014, s. 424–425; Kommisjonens meddelelse om prioriteringer for håndheving av artikkel 82 EF, 2009, avsnitt 37.

foretak, ikke er ulovlige i seg selv. Tvert imot kan de fremme konkurranse ved at foretak søker å tiltrekke seg kunder gjennom gunstige vilkår, noe som igjen kan øke forbrukervelferden gjennom lavere priser og større utvalg.⁷¹

Rabatter kan dermed være konkurransefremmende ved at de gir kundene insentiv til å sammenligne tilbud og bytte leverandør. EU-domstolen har anerkjent at rabatter kan ha legitime og forretningsmessig berettigede formål, særlig når de er knyttet til kostnadsbesparelser eller økt effektivitet.⁷² Rabatter kan dermed både fremme og hemme konkurransen; avhengig av om de utformes for å gi kunden valgfrihet eller for å binde kunden til én leverandør gjennom lojalitetsbetingelser.

Foretak i dominerende stilling har etter artikkel 102 TFEU et særlig ansvar for ikke å forvride konkurransen. Når slike foretak tilbyr rabatter som ikke gjenspeiler objektive økonomiske besparelser, men snarere har til hensikt å begrense kundens valgfrihet, oppstår en rettslig problemstilling. I denne konteksten er det avgjørende å forstå hvordan ulike rabatter klassifiseres og vurderes, samt hvilke strukturelle kjennetegn som er relevante for den rettslige bedømmelsen.

2.3.2 Kategorisering av rabatter

Selv om EU-retten opererer med ulike rabatttyper, er det ikke et krav at en rabatt må klassifiseres i en bestemt kategori for å vurderes etter artikkel 102 TFEU.⁷³ Kategoriseringen fungerer primært som en analytisk ramme for å strukturere vurderingen.⁷⁴ Likevel har både Kommisjonen og domstolene i praksis utviklet en analytisk inndeling, hvilket bidrar til struktur og forutberegnelighet i rettsanvendelsen.

En første kategori er kvantumsrabatter, som innebærer at rabatten øker med mengden som kjøpes. Slike rabatter er gjerne lineære eller trappetrinnsbaserte og tilbys alle kunder på like vilkår. De anses som lovlige, særlig når de gjenspeiler reelle kostnadsbesparelser som lavere enhetskostnader ved større leveranser, eller reduserte logistikk- og transaksjonskostnader. EU-domstolen har i flere avgjørelser, herunder *Michelin I*⁷⁵ og *Portugisiske flyplasser*⁷⁶,

⁷¹ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 352.

⁷² *Michelin I*, sak 322/81, avsnitt 85.

⁷³ *Intel v Commission*, Sak T-286/09, EU:T:2014:547, avsnitt 74. (Heretter: *Intel I*).

⁷⁴ Faull & Nikpay, 2014, s. 424-425.

⁷⁵ *Michelin I*, sak 322/81.

⁷⁶ *Portuguese Republic v Commission*, sak C-163/99, EU:C:2001:189.

presisert at slike rabatter i utgangspunktet ikke er problematiske så lenge de er objektivt begrunnet og ikke selektive.

Denne forståelsen ble bekreftet av generaladvokat Kokott i *Post Danmark II*⁷⁷, hvor hun fremhevet at kvantumsrabatter som utelukkende knytter seg til volum, normalt ikke har konkurransebegrensende virkninger, og derfor ikke anses som misbruk selv når de tilbys av dominerende foretak. Hun understreket at dersom økt kjøpsvolum reduserer leverandørens kostnader, står leverandøren fritt til å videreføre disse besparelsene til kundene gjennom gunstigere priser.⁷⁸ Samtidig påpekte hun at den avgjørende vurderingen ikke utelukkende avhenger av rabattens formelle kategori, men av om rabatten yter en fordel som ikke er basert på reelle økonomiske forhold, og som dermed har en evne til å begrense kundens frihet i valg av leverandør eller hindre konkurrenters adgang til markedet.⁷⁹

Neste kategori består av mål- eller mengderabatter, som krever at kunden oppnår en bestemt kjøpsmengde innenfor en gitt periode for å kvalifisere for rabatt. Disse rabattene skiller seg fra kvantumsrabatter ved at terskelen må nås for at rabatten utløses.⁸⁰ En særlig underkategori er retroaktive rabatter, der rabatten anvendes på hele kjøpsvolumet etter at terskelen er nådd – ikke bare på de enhetene som overstiger terskelen. Dette skaper et “alt eller ingenting”-insentiv, hvor ethvert kjøp hos en konkurrent kan medføre at kunden mister rabatten for hele perioden.⁸¹ Domstolen har påpekt at denne strukturen kan medføre en ekskluderende effekt selv om det ikke stilles formelle krav om eksklusivitet.⁸²

En tredje og mer sensitiv kategori er lojalitetsrabatter, som tilbys kun dersom kunden forplikter seg til å dekke hele eller en vesentlig del av sitt behov hos det dominerende foretaket. Slike rabatter har som formål å styrke kundelojalitet og samtidig gjøre det økonomisk ugunstig for kunden å handle med konkurrenter.⁸³ I motsetning til eksplisitte eksklusivitetsklausuler, oppnår lojalitetsrabatter en *de facto* eksklusivitet gjennom økonomiske insentiver, uten at det nødvendigvis foreligger en formell kontraktsmessig

⁷⁷ AG Kokott, *Post Danmark II*, sak C-23/14, EU:C:2015:343, avsnitt 28.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid. avsnitt 29.

⁸⁰ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 396–398.

⁸¹ Ibid.

⁸² *British Airways v Commission*, sak C-95/04 P, EU:C:2007:166, avsnitt 67; Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 37-39.

⁸³ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 352.

binding.⁸⁴ Historisk har slike rabatter vært underlagt en formbasert, nærmest *per se*-ulovlighetstilnærming under artikkel 102 TFEU, en tilnærming som senere er blitt kritisert for å overse mulige effektivitetsgevinster og konkurransefremmende effekter.⁸⁵

EU-domstolen har i flere avgjørelser, særlig i *Hoffmann-La Roche*⁸⁶, fastslått at lojalitetsrabatter fra dominerende foretak i utgangspunktet anses som misbruk fordi de er egnet til å binde kundene og hindre markedsadgang for konkurrenter. Det ble i denne fasen ikke stilt krav om konkret påvist skade, så lenge rabatten hadde en iboende evne til å begrense konkurransen. Senere praksis, særlig *Intel II*⁸⁷, har imidlertid åpnet for at konkrete virkningsvurderinger må foretas når det anføres effektivitetsforsvar.

Til sist kan det nevnes mer komplekse rabatter som top-slice-rabatter eller marginalrabatter, hvor den høyeste rabatten kun gis for tilleggskjøp utover en viss grunnmengde.⁸⁸ Formålet med slike rabatter er ofte å sikre at kunden legger sine marginale innkjøp hos det dominerende foretaket, noe som svekker muligheten for at konkurrenter kan vinne deler av etterspørselen.⁸⁹ Kommisjonen har i sin praksis, blant annet i *Soda Ash - Solvay*⁹⁰, behandlet slike rabatter som potensielt ekskluderende når de ikke er basert på objektive økonomiske forhold. I denne sammenheng er det fremhevet at det avgjørende ikke er hvordan rabatten er utformet, men om salgsbetingelsene gjør det finansielt attraktivt for kunden å dekke sitt behov eksklusivt eller hovedsakelig hos det dominerende foretaket.⁹¹

2.3.3 Rabattsystemer og struktur

Ved vurderingen av rabattordninger etter artikkel 102 TFEU er det ikke bare rabattens type som er avgjørende, men hvordan rabatten er strukturert og anvendt i praksis. Selv rabatter som i utgangspunktet fremstår som legitime, kan få konkurransebegrensende virkninger dersom systemets utforming skaper sterke økonomiske insentiver for kundene til å forholde

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid; Se også Generaladvokat Wahl i *Intel I*, sak C-413/14 P, EU:C:2016:788, avsnitt. 75, hvor han omtaler Kommisjonens tilnærming som et “per se prohibition approach” og kritiserer den for å overse de konkrete omstendighetene i saken.

⁸⁶ *Hoffmann-La Roche*, sak 85/76, avsnitt 89-90.

⁸⁷ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 137.

⁸⁸ Jessen, Pernille Wegner, m.fl., *Regulering af Konkurrence i EU*, 2016, s. 294.

⁸⁹ O’Donoghue & Padilla, 2006, s. 394–395.

⁹⁰ *Solvay SA v Commission*, Kommisjonsvedtak OJ 1991 L 152/21, avsnitt 51; O’Donoghue & Padilla, 2006, s. 394.

⁹¹ Se f.eks. *Michelin I*, sak 322/81, avsnitt 73.

seg lojale til én leverandør.⁹² Strukturen på rabattene, herunder vilkår, varighet og oppbygging, spiller derfor en sentral rolle i den konkurranserettslige analysen.⁹³

Et sentralt skille går mellom fremoverskuende og retroaktive rabatter. Fremoverskuende rabatter gjelder kun for den delen av kjøpet som overstiger en bestemt terskel, og kan dermed stimulere til økt volum uten nødvendigvis å skape sterke bindingseffekter. Retroaktive rabatter anvendes derimot på hele innkjøpsvolumet dersom terskelen nås, noe som gjør det økonomisk lite attraktivt for kunden å fordele kjøp mellom flere leverandører.⁹⁴ Tapet av rabatten kan da overstige verdien av konkurrerende tilbud og skape en ekskluderings-effekt.⁹⁵

Rabattsystemer som stiller flere betingelser samtidig, eksempelvis krav om store samlede kjøp, eksklusivitet eller måloppnåelse på flere produkter, kan forsterke kundens avhengighet av den dominerende leverandøren.⁹⁶ Kombinasjonen av slike krav kan medføre at selv små rabatter får en ekskluderende virkning fordi kundene risikerer å miste fordeler dersom de handler med konkurrenter. Dette kan begrense adgangen til markedet for like effektive aktører.

Kommisjonen har i sin veiledning om håndhevingsprioriteringer understreket at vurderingen av rabattsystemer må baseres på en helhetsvurdering der faktorer som markedsdekning, avhengighetsgrad, varighet og styrken på de økonomiske insentivene vurderes samlet.⁹⁷ Det avgjørende er om systemets totale utforming gjør det økonomisk unaturlig for kunden å handle med konkurrerende leverandører, og om dette er egnet til å svekke den effektive konkurransen i markedet.

Selv om rabatter ofte er uttrykk for effektiv priskonkurranse og tilpasning til kundebehov, må de vurderes konkret når de anvendes av dominerende foretak. Rabatter som gjennom sin struktur eller vilkår begrenser kundens reelle valgfrihet kan ha ekskluderende virkninger som rammes av artikkel 102 TEUV. Det er derfor nødvendig å analysere hvordan EU-retten balanserer hensynet til effektiv konkurranse mot beskyttelsen av markedstilgang.

⁹² O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 394–395.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ *Tomra*, sak C-549/10 P, avsnitt 75–81.

⁹⁵ Se f.eks. *Post Danmark II*, sak C-23/14, avsnitt 29.

⁹⁶ Se *Tomra*, sak C-549/10 P, avsnitt 74–81; *Michelin II*, sak T-203/01, avsnitt 107–111.

⁹⁷ Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt. 37–39.

2.3.4 Formålet med lojalitetsskapende rabatter

Rabatter anvendes ofte som et middel til å realisere effektivitetsgevinster; for eksempel ved å styrke salgsinnsatsen hos forhandlere, forhindre *free riding* på egne investeringer, sikre stordriftsfordeler eller redusere transaksjonskostnader.⁹⁸ Gjennom insentiver knyttet til kjøpsvolum eller varighet i kundeforholdet kan leverandører oppnå mer stabil etterspørsel og bedre utnyttelse av produksjonskapasitet.⁹⁹ Slik sett er rabatter et viktig verktøy for å fremme lojalitet og sikre en jevnere etterspørselssituasjon, uten at de nødvendigvis er problematiske i konkurranserettslig forstand. Lojalitetsrabatter binder kunden gjennom økonomisk påvirkning snarere enn gjennom formelle avtaler om eksklusivitet eller kjøpsplikt.

I konkurranserettslig sammenheng oppstår problemene først når slike rabatter anvendes av foretak i dominerende stilling, og rabatten er betinget av eksklusivitet eller nesten full dekning av kundens behov. Under slike omstendigheter kan rabatten skape en økonomisk lojalitet som reduserer insentivene til å vurdere alternative leverandører, selv om disse tilbyr lavere priser eller bedre vilkår. Når rabatten mangler dokumenterbare effektivitetsgevinster og samtidig virker ekskluderende, vil praksisen kunne anses som et misbruk i strid med artikkel 102 TEUV. Som fastslått i *Hoffmann-La Roche*¹⁰⁰, er lojalitetsrabatter som begrenser kundens reelle valgfrihet uforenlige med formålet om å bevare effektiv konkurranse i det indre marked.

Samlet sett tilsier dette at vurderingen av rabatter etter artikkel 102 TEUV må bygge på en konkret analyse av hvordan ordningen faktisk virker i markedet, fremfor en formell klassifisering av rabattypen. I den videre analysen undersøkes hvordan EU-retten balanserer hensynet til effektiv konkurranse mot beskyttelsen av markedstilgang i vurderingen av lojalitetsrabatter.

3. Analyse

EU-rettens tilnærming til lojalitetsrabatter etter artikkel 102 TEUV har beveget seg fra en formbasert til en mer virkningsbasert vurdering. I eldre praksis ble slike rabatter ansett som i seg selv utestengende når de ble gitt av et dominerende foretak, uten krav om dokumenterte markedsvirkninger. Denne presumsjonsbaserte tilnærmingen ble verdsatt for sin

⁹⁸ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 367–368.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ *Hoffmann-La Roche*, sak 85/76, avsnitt 90.

forutberegnelighet, men har vært gjenstand for omfattende kritikk for å være lite egnet til å skille mellom skadelig og konkurransefremmende atferd.¹⁰¹

Kritikken mot denne tilnærmingen har i stor grad vært rettet fra rettsøkonomisk hold, med vekt på at formbaserte modeller risikerer å føre til overhåndheving av konkurransereglene.¹⁰² Når rabatter underkjennes uten konkret vurdering av virkningene i markedet, kan det føre til at tiltak som faktisk fremmer effektivitet og forbrukervelferd rammes av forbudet.¹⁰³ Dette har bidratt til en gradvis utvikling mot en vurderingsmetode hvor rabattenes insentiveffekter og evne til å utestenge like effektive konkurrenter vurderes konkret i den faktiske markeds konteksten.

Denne utviklingen kommer særlig til uttrykk i *Post Danmark II*¹⁰⁴ og *Intel*¹⁰⁵, hvor EU-domstolen har understreket betydningen av en helhetlig og økonomisk fundert analyse. I stedet for å bygge på rettslige presumsjoner alene, kreves det nå i økende grad en vurdering av om rabatten faktisk har evne og tilbøyelighet til å utestenge en like effektiv konkurrent. Domstolens tilnærming signaliserer dermed et brudd med tidligere praksis, og en bevegelse mot en mer virkningsbasert tilnærming der det må foreligge konkret dokumentasjon for konkurransebegrensende virkninger før et misbruk kan konstateres.¹⁰⁶

Selv om dette markerer et viktig skifte mot en mer nyansert og virkningsbasert vurdering, fører det også med seg nye utfordringer. Når rettsanvendelsen i større grad baseres på skjønnsmessige og økonomiske vurderinger øker usikkerheten for selskaper som skal tilpasse seg reglene. Det reiser også spørsmål om hvor klart kriteriet om “sannsynlige virkninger” egentlig er, og hva som skal til for at Kommisjonen på overbevisende måte kan vise at en bestemt atferd faktisk fører til konkurranseskade.¹⁰⁷ Kravet om en slik forklaring gjør anvendelsen mer krevende både juridisk og i praksis.

Domstolens skille mellom kostnadsbaserte kvantumsrabatter og lojalitetsrabatter viser et ønske om å balansere hensynet til konkurransebeskyttelse med økonomisk effektivitet.

¹⁰¹ Justin Lindeboom, Formalism in Competition Law, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 18, Issue 4, December 2022, Pages 832–880, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhac003>; se også Faull & Nikpay, 2014, s. 348-349; O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 183-184.

¹⁰² Faull & Nikpay, 2014, s. 348-349; O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 183-184.

¹⁰³ OECD (2021). *Economic Analysis and Evidence in Abuse of Dominance Cases*. OECD Global Forum on Competition. Tilgjengelig på: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2021\)6/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2021)6/En/pdf).

¹⁰⁴ *Post Danmark II*, sak C-23/14.

¹⁰⁵ *Intel II*, sak C-413/14 P.

¹⁰⁶ *Intel II*, sak C-413/14 P, se avsnitt 134, 138–139; *Post Danmark II*, sak C-23/14, avsnitt 53–64

¹⁰⁷ *Post Danmark II*, sak C-23/14, avsnitt 66 - “capable of producing an effect ...”.

Kvantumsrabatter aksepteres i større grad fordi de antas å gjenspeile reelle kostnadsbesparelser. Samtidig reiser denne kategoriseringen spørsmål om hvor klart og anvendelig skillet faktisk er. I praksis kan det oppstå tilfeller i grenseland, der rabatter både belønner større kjøpsvolum og samtidig virker ekskluderende i forhold til konkurrenter.

Et godt eksempel er *Michelin I*¹⁰⁸, hvor rabattene var formelt basert på kvantum, men ble likevel ansett som misbruk fordi de var utformet på en måte som gjorde det vanskelig for kunden å vite på forhånd hvilke betingelser som måtte oppfylles for å oppnå rabatten. Dette skapte en lojalitetseffekt som lignet mer på lojalitetsrabatter enn på rene mengderabatter. Domstolen så med andre ord ikke bare på formen, men også på hvordan rabattene fungerte i praksis. Tilsvarende problemstilling oppstod i *British Airways*¹⁰⁹; hvor lojalitetsfremmende bonuser ble utformet slik at selv små endringer i kjøpsmønster kunne ha store økonomiske konsekvenser for kunden, noe som forsterket bindingseffekten.

Eksempelene viser at rabatter som i utgangspunktet virker nøytrale likevel kan ha en ekskluderende effekt. Det gjør det nødvendig å vurdere hvordan rabatten faktisk virker i praksis. Slike vurderinger er ofte krevende, og det kan bli vanskelig å sikre tydelige og forutsigbare grenser for hva som er lovlig.

En helhetlig vurdering gir større fleksibilitet ved at alle relevante markedsforhold kan tas med, slik EU-retten har lagt til grunn i *Irish Sugar*.¹¹⁰ Her understreket Retten at det må vurderes “alle omstendigheter”, særlig kriteriene og de nærmere reglene for hvordan rabatter gis. Denne fleksibiliteten kan imidlertid også skape nye utfordringer. Når vurderingen i stor grad bygger på konkrete omstendigheter og skjønn, blir det vanskeligere å angi klare grenser for hva som anses som misbruk. Det reiser spørsmålet om Domstolen har klart å etablere en god balanse mellom fleksibilitet og rettsikkerhet, eller om denne utviklingen tvert imot har gjort rettsanvendelsen mer uforutsigbar og inkonsistent under artikkel 102 TEUV.

Denne utviklingen danner utgangspunktet for analysen, som undersøker hvilke rettslige vurderinger lojalitetsrabatter utløser, og hvordan EU-retten har forsøkt å avgrense tillatt praksis i lys av både konkurransehensyn og effektivitetsgevinster.

¹⁰⁸ *Michelin I*, sak 322/81, avsnitt 81–85.

¹⁰⁹ *British Airways*, sak C-95/04 P, avsnitt 66–86.

¹¹⁰ *Irish Sugar*, sak T-228/97, avsnitt 197 - “... the Court must therefore appraise all the circumstances, and in particular the criteria and detailed rules for granting rebates...”.

3.1 Fra formbasert til virkningsbasert vurdering under artikkel 102 TEUV

Tidlig rettspraksis under artikkel 102 TEUV, særlig fra slutten av 1970-tallet til begynnelsen av 2000-tallet, var preget av en formbasert tilnærming. Lojalitetsrabatter ble i denne perioden ansett som misbruk uten krav om dokumenterte skadevirkninger. I stedet bygget vurderingen på antakelser om hvordan slike tiltak vanligvis virker i markedet. Domstolen la til grunn en presumsjon om at lojalitetsrabatter gitt av dominerende foretak har en utestengende karakter, uavhengig av bevis for faktisk konkurranseskade.

Kritikken mot den formbaserte tilnærmingen har særlig vært rettet mot at den ikke skiller mellom reelt skadelige og potensielt konkurransefremmende rabatter.¹¹¹ Ved å vurdere praksis ut fra struktur og form, snarere enn faktiske virkninger, risikerer man å forby kommersielt rasjonelle tiltak som faktisk kan ha positive effekter for forbrukere.¹¹² Dette reiser problemer i lys av utviklingen i EU-konkurranserettens formål. Tidligere var hovedmålet å beskytte konkurrenter mot utestengelse, men i dag er fokuset i større grad å sikre en fungerende konkurranseprosess som kommer forbrukerne til gode.¹¹³

Et tydelig eksempel finnes i *Michelin I*¹¹⁴, hvor Domstolen avviste behovet for konkret markedsanalyse og i stedet fokuserte på rabattens form og mangel på transparens. Dette ga opphav til en presumsjon om skade, noe som reduserte muligheten for å fremme effektivitetsargumenter eller økonomisk rasjonelle forklaringer på rabatten. Denne tilnærmingen har i ettertid blitt kritisert for å skape en praksis hvor “falske positive” avgjørelser blir systematiske – altså at konkurransefremmende atferd feilaktig sanksjoneres.¹¹⁵ Når Domstolen klassifiserer lojalitetsrabatter som misbruk uten å kreve konkret skadeanalyse fratas det dominerende foretaket en reell mulighet til kontradiksjon. Det utfordrer grunnleggende krav til forholdsmessighet, særlig når forbudet ikke er basert på etterprøvable effekt, men på hvordan atferden fremstår i form. Konsekvensen er at tiltak som i praksis kan styrke konkurranse og forbrukervelferd likevel underkjennes fordi de minner om tidligere fordømt praksis.

¹¹¹ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 375

¹¹² Ibid.

¹¹³ Kommisjonens veiledning, 2009, punkt 5-6.

¹¹⁴ *Michelin I*, sak 322/81, avsnitt 81–85.

¹¹⁵ van Wijck, P. (2020). Loyalty rebates and the more economic approach to EU competition law. *European Competition Journal*, 17(1)<https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1834973>, s. 8-9.

En slik modell skaper risiko for overhåndheving og svekker forutsigbarheten for dominerende foretak, særlig i markeder hvor prispress og innovasjon krever fleksible rabattsystemer for å opprettholde konkurransekraften.¹¹⁶ Kritikken fra rettsøkonomisk hold har derfor vært sentral i å drive frem en utvikling mot en mer virkningsbasert tilnærming der det legges vekt på om praksisen faktisk er egnet til å hindre konkurranse fra like effektive konkurrenter.¹¹⁷

Et nærmere blikk på domstolens behandling av lojalitetsrabatter i denne perioden viser hvor tydelig det formbaserte utgangspunktet var. Et tidlig eksempel på at EU-domstolen vurderte betingede rabatter som misbruk av dominerende stilling finnes i *Suiker Unie*.¹¹⁸ Selv om avgjørelsen primært er kjent for sin vurdering av artikkel 102s geografiske anvendelsesområde, markerte den også et rettslig startpunkt for behandlingen av lojalitetsrabatter. Domstolen slo fast at en rabattordning hvor kundene forpliktet seg til å dekke hele sitt årlige behov fra den dominerende tilbyderen kunne hindre konkurrenters markedsadgang, og dermed styrke foretakets stilling på en måte som utgjorde misbruk.¹¹⁹

Domstolen foretok i *Hoffmann-La Roche*¹²⁰ ingen analyse av rabattenes konkrete virkninger i markedet, men slo i stedet fast at lojalitetsrabatter i seg selv hadde en ekskluderende karakter. Dette etablerte en rettslig presumsjon som i etterfølgende praksis ble anvendt konsekvent. Progressive rabatter tilpasset det enkelte kundeforhold ble ansett som særlig problematiske når de manglet forutsigbare kriterier, ikke var likt tilgjengelige for alle kunder, eller ikke reflekterte reelle kostnadsbesparelser. Bindingseffekten ble ansett som tilstrekkelig til å sannsynliggjøre konkurranseskade uavhengig av om slik skade faktisk kunne påvises.

Selv om den formbaserte tilnærmingen ga et visst mål av rettslig klarhet, innebar den også en risiko for at konkurransefremmende atferd ble forbudt utelukkende på grunn av sin form.¹²¹ Rabatter som belønner volum eller langsiktige kundeforhold kan i praksis skape effektivitet og forbrukerfordeler, men ble likevel behandlet som problematiske når de kom fra dominerende foretak. Når slike insentivordninger automatisk ble klassifisert som misbruk uten vurdering av faktisk virkning, ble det vanskelig å skille mellom legitim konkurranse og strategisk utestengelse. Den økende spenningen mellom den økonomiske realiteten i

¹¹⁶ Ibid. s. 10.

¹¹⁷ Faull & Nikpay, 2014, s. 348-349; O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 183-184; For rettspraksis se *Post Danmark II*, sak C-23/14, avsn. 53-64.

¹¹⁸ *Suiker Unie*, Sak C-40/73.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ *Hoffmann-La Roche*, sak 85/76.

¹²¹ Faull & Nikpay, 2014, s. 436.

markedene og den rettslige kategoriseringen av rabatter som misbruk, ble særlig tydelig i praksis der rabatter med potensielt effektivitetsfremmende effekter ble underkjent uten konkret vurdering. Denne utviklingen, kombinert med økende rettsøkonomisk kritikk, bidro til å presse domstolen i retning av en mer virkningsbasert vurdering.

Domstolens tilnærming må forstås i lys av hvordan konkurranse ble definert i denne perioden. Som særlig tydelig i *Hoffmann-La Roche*¹²² og *Michelin I*¹²³, var hovedformålet å verne konkurransens struktur i stedet for å vurdere konkrete virkninger for forbrukervelferd. Domstolen la avgjørende vekt på å beskytte rivalers markedsadgang og unngå at dominerende foretak bandt kundene gjennom økonomiske insentiver. Lojalitetsrabatter ble derfor møtt med skepsis siden de kunne undergrave konkurranse på meritter. Det rettslige rammeverket var mer opptatt av å forhindre utestengelse enn av å måle effektivitetsgevinster. Denne forskjellen i vektlegging ble senere eksplisitt justert i Kommisjonens veiledning fra 2009¹²⁴, hvor det understrekes at målet ikke er å beskytte konkurrenter som sådan, men å sikre en effektiv konkurranseprosess til fordel for forbrukerne.

Den virkningsbaserte tilnærmingen ble nyansert i *Post Danmark II*¹²⁵, hvor domstolen erkjente at lojalitetsrabatter fortsatt kan være problematiske selv uten konkret dokumentasjon av markedsvirkning. Retten fastslo at visse typer rabatter, særlig de som er direkte eller indirekte betinget av eksklusivitet, fremdeles kan anses som misbruk dersom de er egnet til å begrense konkurransen. Samtidig la Domstolen større vekt på kriterier som markedsstruktur, foretakets styrke og rabattenes virkning på like effektive konkurrenter. I motsetning til tidligere praksis ble det understreket at det ikke er nok å vise at praksisen kan ha uheldige følger. Det må foreligge en sannsynlighetsovervekt for faktisk skade. Med dette bekreftet *Post Danmark II*¹²⁶ at selv om enkelte former for rabatter fortsatt kan vurderes strengt, må vurderingen bygge på reelle markedsforhold snarere enn abstrakt form.

Selv om den formbaserte tilnærmingen ga et klart og forutsigbart rammeverk, etterlot den lite rom for å skille mellom legitim, effektivitetsskapende konkurranse og strategisk utestengelse. Insentivordninger som etter økonomisk logikk kunne fremme konkurranse, ble likevel ansett som misbruk utelukkende på grunnlag av sin form. Denne spenningen mellom rettslig

¹²² *Hoffmann-La Roche*, sak 85/76.

¹²³ *Michelin I*, sak 322/81

¹²⁴ Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 6.

¹²⁵ *Post Danmark II*, sak C-23/14.

¹²⁶ *Ibid.*

klassifikasjon og markedsvirkelighet ble gradvis tydeligere i rettspraksis og bidro til at domstolen åpnet for en mer virkningsbasert tilnærming.

3.2 Overgang til virkningsbasert vurdering og forbrukervelferd

Utviklingen mot en mer virkningsbasert tilnærming under artikkel 102 TEUV har også påvirket hvilke hensyn som tillegges vekt i vurderingen av misbruk. Et sentralt aspekt ved denne endringen er den økte vektleggingen av forbrukervelferd som vurderingskriterium.¹²⁷ Der den tidligere praksisen i hovedsak var opptatt av konkurransens struktur og rivalers markedsadgang, er vurderingsfokuset i dag i større grad knyttet til hvilke virkninger atferden faktisk har for pris, kvalitet og innovasjon. Denne dreiningen innebærer ikke bare en justering i metode, men også et skifte i hva som anses som kjerneverdier i konkurranserettens anvendelse.

Et viktig uttrykk for dette skiftet finnes i Kommisjonens veiledning fra 2009.¹²⁸ Her fremheves det eksplisitt at formålet med artikkel 102 ikke er å beskytte konkurrenter i seg selv, men å sikre en effektiv konkurranseprosess som kommer forbrukerne til gode. Perspektivet flyttes dermed fra hvorvidt en rabatt fremstår som lojalitetsskapende, til om den faktisk svekker konkurransen på en måte som kan skade markedets funksjon. Forbudet mot misbruk knyttes i større grad til virkninger enn til struktur; og til hvordan den aktuelle atferden påvirker konkurransevilkår snarere enn hvordan den fremstår i form.

I veiledningen understrekes det også at en viss grad av eksklusjon ikke nødvendigvis innebærer misbruk, ettersom effektiv konkurranse i seg selv kan føre til at mindre effektive aktører presses ut.¹²⁹ Det avgjørende er om utelukkelsen skjer som et resultat av konkurranse på meritter, eller om atferden er egnet til å fortrenge aktører som kunne utfordret markedsmakten på legitimt grunnlag.¹³⁰ Dette forutsetter en mer kontekstsensitiv vurdering hvor forholdet mellom markedsstruktur, insentiver og faktisk eller potensiell skade må analyseres samlet. Dermed oppstår et behov for mer komplekse vurderinger hvor man må vurdere både effektene for rivaler og konsekvensene for sluttbrukere.

¹²⁷ *Servizio Elettrico Nazionale SpA and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato and Others*, sak C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, avsnitt 46.

¹²⁸ Kommisjonens veiledning, 2009, punkt 5 og 6.

¹²⁹ Ibid. punkt 19-21.

¹³⁰ Ibid.

Denne tilnærmingen ble etter hvert også reflektert i rettspraksis. I *Post Danmark I*¹³¹ slo EU-domstolen fast at rabatter fra dominerende foretak ikke er ulovlige i seg selv, men må vurderes ut fra deres evne til å ha “*an actual or likely exclusionary effect, to the detriment of competition and, thereby, of consumers’ interests*”.¹³² Det avgjørende er altså ikke om prisen i seg selv er lav, men om rabatten har evne til å svekke konkurransestructuren og dermed skade forbrukervelferden. Dette markerer et brudd med tidligere praksis der visse rabattformer ble ansett som iboende problematiske, og understreker at analysen må ta utgangspunkt i virkning, ikke form.

I *Intel II*¹³³ videreførte og skjerpet EU-domstolen denne tilnærmingen. Kommisjonen ble pålagt å vurdere all relevant dokumentasjon det dominerende foretaket fremlegger for å tilbakevise eksklusjonseffekter, herunder økonomiske analyser og AEC-tester. I den forbindelse må Kommisjonen analysere blant annet styrken i foretakets markedsrett, omfanget av den omstridte praksisen, inngangsbarrierer, forekomsten av en utestengelsesstrategi og eventuelle bevis på faktisk utelukkelse.¹³⁴ Dette innebærer ikke bare en konkret og helhetlig vurdering, men også et tydelig brudd med den tidligere formbaserte tilnærmingen. I stedet for å anta at en rabatt er utestengende fordi den har en gitt struktur, må Kommisjonen nå føre bevis for at atferden faktisk har evne og tilbøyelighet til å utelukke like effektive konkurrenter. Dette skjerper kravene til både bevisføring og metode, og reiser prinsipielle spørsmål om hvordan Kommisjonen skal sikre etterprøvbarehet og rettssikkerhet i sin økonomiske vurdering.

I *Unilever*¹³⁵ gikk EU-domstolen enda lenger ved å åpne for at også mindre effektive aktører kan være relevante i vurderingen. Domstolen uttalte at “*genuine competition may also come from undertakings that are less efficient than the dominant firm*”¹³⁶, og at virkninger for slike aktører kan tillegges vekt, særlig i markeder preget av høye etableringsbarrierer eller lav konkurransedynamikk. Dette innebærer en potensiell oppmykning av den like-effektive-konkurrent-testen som ellers har stått sentralt i den virkningsbaserte tilnærmingen, og reiser spørsmål om hvor konsistent domstolens linje faktisk er. Det

¹³¹ *Post Danmark I*, sak C-209/10, avsnitt 44.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 139.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Unilever Italia Mkt. Operations Srl mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, sak C-680/20, ECLI:EU:C:2023:143.

¹³⁶ *Ibid.* avsnitt 37.

illustrerer også at konkurransebeskyttelse ikke utelukkende er bundet til effektivitetsbetraktninger, men kan reflektere mer strukturelle hensyn.

Samlet viser utviklingen fra *Post Danmark I* via *Intel II* til *Unilever* at vurderingen av lojalitetsrabatter i EU-retten nå bygger på konkrete virkningsanalyser og ikke på formkategorier. Hvorvidt en rabattordning er i strid med artikkel 102 TEUV avgjøres i økende grad på dens reelle evne til å svekke konkurransevilkårene og skade forbrukervelferden.

Denne dreiningen mot virkningsanalyse har imidlertid ikke bare konsekvenser for vurderingstemaet, men også for hvordan reglene håndheves i praksis. Kommisjonens retningslinjer fra 2009¹³⁷ – og de kommende retningslinjene i 2025¹³⁸ – får dermed en rolle som styringsverktøy for rettsanvendelsen. Som Wurmnest uttrykker det, vil de kommende retningslinjene “*guide national competition authorities and courts*” som følge av den økte desentraliseringen i håndhevingen av artikkel 102 TEUV.¹³⁹ Dette understreker retningslinjenes normative kraft, særlig i en virkningsbasert modell der både analysen og rettsanvendelsen forutsetter metodisk konsistens og økonomisk etterprøvbarhet.

Den virkningsbaserte utviklingen aktualiserer betydningen av retningslinjene som styringsverktøy for nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler; særlig etter ikrafttreddelsen av forordning 1/2003 som desentraliserte håndhevingen av artikkel 102 TEUV.¹⁴⁰ Når vurderingen av misbruk i økende grad bygger på markedsanalyse og økonomiske virkningsbetraktninger, stilles det nye krav til rettsanvenderens kompetanse og tilgang på relevant informasjon. Det skaper behov for at retningslinjene både er teoretisk velfunderte og retts teknisk anvendelige i praksis.

Hvis retningslinjene blir for teknisk komplekse eller bygger på økonomiske forutsetninger som ikke er tilgjengelige for nasjonale myndigheter, risikerer man ulik praktisering av sentrale konkurranseregler og svekket rettssikkerhet.¹⁴¹ Den virkningsbaserte tilnærmingen reiser derfor ikke bare metodiske spørsmål, men også rettspolitiske problemstillinger knyttet

¹³⁷ Kommisjonens veiledning, 2009.

¹³⁸ European Commission. (u.å.). *Application of Article 102 TFEU*. Competition Policy. Tilgjengelig på: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en.

¹³⁹ Wurmnest, W. (2008). The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”. In: Mackenrodt, M.O., Gallego, B.C., Enchelmaier, S. (eds) *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*. MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, vol 5. Springer, Berlin, Heidelberg. https://doi.org/10.1007/978-3-540-69965-1_1 s. 18. (Heretter: *Wurmnest*, 2008); Se også redegjørelsen i punkt 2.2.4.

¹⁴⁰ Se punkt. 2.2.4.

¹⁴¹ Wurmnest, 2008, s. 18.

til likebehandling, forutberegnelighet og praktisk gjennomførbarhet på tvers av medlemsstatene.

3.3 AEC-testens rolle i vurderingen av lojalitetsrabatter

AEC-testen (“As-Efficient Competitor”-testen) har i løpet av det siste tiåret fått en sentral, men ikke avgjørende, plass i vurderingen av lojalitetsrabatter etter artikkel 102 TEUV. Testens formål er å vurdere om en hypotetisk konkurrent som er like effektiv som det dominerende foretaket ville være i stand til å tilby tilsvarende rabatter uten å operere med tap.¹⁴² Dersom dette ikke er tilfelle, indikerer det at rabatten kan ha en utestengende effekt overfor aktører som i utgangspunktet kunne konkurrert på like vilkår.¹⁴³ Det peker i så fall mot at rabatten ikke skyldes effektiv konkurranse, men strategisk utelukkelse.

I *Intel II*¹⁴⁴ presiserte EU-domstolen at når et dominerende foretak fremlegger økonomiske analyser, herunder AEC-testen, plikter Kommisjonen å vurdere disse som del av den samlede effektvurderingen. Dette brøt med tidligere praksis, der slike bevis ofte ble skjøvet til side. I den foregående avgjørelsen hadde Kommisjonen anvendt AEC-testen og funnet indikasjoner på eksklusjon, men Retten unnlot å vurdere analysene nærmere.¹⁴⁵ Domstolen slo fast at slike bevis ikke kan ignoreres, og understreket at de inngår som relevante elementer i en konkret og helhetlig vurdering av misbruk etter artikkel 102 TEUV.¹⁴⁶ Det bekrefter at økonomisk argumentasjon nå har en integrert rolle i rettsanvendelsen, forutsatt at den fremlegges i tilstrekkelig form.

Samtidig klargjorde EU-domstolen i *Post Danmark II*¹⁴⁷ at AEC-testen ikke er noe rettslig krav i vurderingen av lojalitetsrabatter. Domstolen presiserte at testen ikke er en nødvendig forutsetning for å konstatere misbruk, men må forstås som ett av flere verktøy som kan benyttes i den helhetlige vurderingen av utelukkelseseffekt.¹⁴⁸ I saker der den dominerende aktøren har en særlig sterk markedsposisjon og strukturelle fordeler, kan AEC-testen være irrelevant, ettersom fremveksten av en like effektiv konkurrent under slike forhold i praksis er utelukket.¹⁴⁹ Samtidig understreket domstolen at også mindre effektive aktører kan bidra til å

¹⁴² Se *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 138–140 og 144–146; Kommisjonens retningslinjer, 2009, avsnitt 23–27.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 139.

¹⁴⁵ Ibid. avsnitt 143–145.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ *Post Danmark II*, sak C-23/14, avsnitt 57.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid. avsnitt 59.

oppretholde konkurransepresset i markeder med høye adgangsbarrierer.¹⁵⁰ Testens anvendbarhet må derfor vurderes konkret i lys av markedsstruktur og sakstype. Dette bekrefter at økonomiske modeller som AEC-testen ikke kan fungere som selvstendige normer, men må underordnes den overordnede rettslige helhetsvurderingen etter artikkel 102 TEUV.

I *Intel II*¹⁵¹ anvendte Kommisjonen AEC-testen for å vurdere hvorvidt en konkurrent med samme kostnadsstruktur som Intel ville hatt mulighet til å tilby tilsvarende rabatter uten å bli utestengt. Selv om testen fremmer økonomisk presisjon, forutsetter den tilgang til detaljerte og etterprøvbare data. Dette gjør testen krevende å anvende i praksis, særlig i komplekse markeder eller der bevisgrunnlaget er ufullstendig.

AEC-testens funksjon har likevel bidratt til å styrke rettslig forutsigbarhet. Den gir foretak og konkurransemyndigheter et strukturert rammeverk for å vurdere om rabatter er forenlige med artikkel 102 TEUV. Ved å kreve kvantifiserbare vurderinger, reduseres risikoen for at rabatter behandles som misbruk utelukkende på grunnlag av sin form. Som Wurmnest bemerker, var testen del av Kommisjonens forsøk på å etablere “*a more systematic and predictable enforcement practice*” gjennom bruk av økonomiske verktøy som AEC-testen.¹⁵² Dette markerer en metodisk forskyvning mot en mer transparent og etterprøvbar vurdering, der økonomiske realiteter gis økt vekt i rettsanvendelsen.

Testens rettslige rolle er likevel ikke uproblematisk. AEC-testen bygger på en hypotetisk sammenligning med en like effektiv konkurrent, noe som forutsetter detaljerte og pålitelige data om blant annet kostnadsstruktur, prisenivå og rabattenes faktiske virkning. I praksis vil valg av modell, referanseparametere og datasett kunne påvirke utfallet betydelig. Resultatet av testen kan derfor variere fra sak til sak, noe som reiser spørsmål om hvor stor vekt den bør tillegges i den samlede rettslige vurderingen.

I tillegg kan ulik tilgang til ressurser påvirke testens funksjon i praksis. Store foretak vil ofte ha bedre mulighet til å produsere detaljerte analyser enn det nasjonale konkurransemyndigheter eller mindre rivaler har kapasitet til å motbevise. Dette kan føre til ubalanse i bevisføringen, hvor rettsanvendelsen i praksis avhenger av aktørenes evne til å fremlegge teknisk overbevisende beregninger. Wurmnest advarer i denne sammenheng mot at testen kan få en for snever funksjon, og fremhever at også atferd som ikke utelukker like

¹⁵⁰ Ibid. avsnitt 60.

¹⁵¹ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 141–142.

¹⁵² Wurmnest, 2008, s. 18.

effektive konkurrenter, kan være skadelig for konkurransen.¹⁵³ Dette understreker at AEC-testen må anvendes med bevissthet om sine metodiske og normative begrensninger. Selv om den gir et verdifullt økonomisk rammeverk, er den ikke tilstrekkelig i seg selv til å avgjøre om en rabattordning utgjør misbruk etter artikkel 102 TEUV.¹⁵⁴

AEC-testen fungerer dermed som et viktig metodisk hjelpemiddel, men ikke som et rettslig terskelkriterium. Etter *Intel*¹⁵⁵ og *Post Danmark II* har det utviklet seg en tilnærming hvor både økonomiske beregninger og kvalitative faktorer inngår i den samlede vurderingen. Testen må tolkes i lys av den konkrete markeds konteksten og inngå i en helhetlig analyse av hvordan rabatten virker i praksis, herunder hvilke insentiver den skaper, og hvilke langsiktige effekter den har på konkurransen.

I tillegg må AEC-testens institusjonelle kontekst tas i betraktning. Når testen inngår i retningslinjene som også skal veilede nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler, stiller dette krav til metodisk tilgjengelighet og ensartet forståelse. Dersom testen blir for teknisk krevende eller økonomisk kompleks kan den motvirke hensynet til rettssikkerhet og likebehandling i et desentralisert håndhevingssystem.

3.4 Sentrale vurderingsmomenter ved effektanalysen av lojalitetsrabatter

Dette punktet analyserer de rettslige og økonomiske momentene EU-domstolen og Kommisjonen legger vekt på i vurderingen av lojalitetsrabatter. Det avgjørende er hvordan rabattenes struktur og insentivvirkninger påvirker konkurransevilkårene, vurdert i lys av markedsdynamikken i det konkrete tilfellet. Vurderingen skjer ikke etter forhåndsdefinerte grenser, men baseres på en samlet vurdering av både økonomiske forhold og rabattens konkrete utforming og virkning.¹⁵⁶

Et sentralt vurderingsmoment er hvilken insentivstruktur rabatten skaper, både for kunden og for konkurrentene. Rabatter påvirker atferd, og deres konkurranseeffekt må vurderes i lys av de økonomiske drivkreftene de utløser. Dette gjelder særlig rabatter med tilbakevirkende effekt, hvor kunden risikerer å miste hele eller deler av allerede opptjente fordeler ved å kjøpe fra en konkurrent. Slike ordninger kan etablere en form for “økonomisk straff” der selv

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ *Post Danmark II*, sak C-23/14, avsnitt 57 og 61–62.

¹⁵⁵ *Intel II*, sak C-413/14 P.

¹⁵⁶ Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt. 19–27.

mindre avvik fra lojalitetskravet medfører uforholdsmessige tap.¹⁵⁷ Resultatet kan være at kunden i praksis bindes til leverandøren, slik at det fremstår irrasjonelt å vurdere alternative tilbydere, selv når disse tilbyr bedre vilkår.¹⁵⁸ Rabatter som isolert sett virker nøytrale kan dermed ha en klart ekskluderende effekt.

Et annet moment er markedets struktur og foretakets styrkeposisjon. Et rabattsystem fra et dominerende foretak kan ha ulik virkning avhengig av graden av konkurranse i markedet. I markeder med høy konsentrasjon, etableringshindringer og lav produkt differensiering vil lojalitetsskapende rabatter lettere kunne utelukke konkurrenter, ikke fordi rabatten i seg selv er ulovlig, men fordi markedets struktur vanskeliggjør effektiv motreaksjon.¹⁵⁹ EU-domstolen har i flere avgjørelser presisert at artikkel 102 TEUV ikke har som formål å sikre overlevelsen til mindre effektive konkurrenter, og at konkurranse på naturlig grunnlag kan føre til at slike aktører marginaliseres.¹⁶⁰ Samtidig fremgår det av Kommisjonens veiledning at også mindre effektive aktører i visse tilfeller kan utøve et relevant konkurransepress, særlig dersom de i fravær av misbruk kan utvikle sin effektivitet gjennom nettverkseffekter eller læring.¹⁶¹ Dette innebærer at vurderingen ikke kan reduseres til en test av hvorvidt en like effektiv konkurrent ville bli utelukket, men må suppleres med hensyn til markedets dynamikk, adgangsbarrierer og foretakets faktiske evne til å svekke konkurransepresset over tid.

Rabattenes økonomiske og kontraktsmessige utforming utgjør et sentralt vurderingsmoment i effektanalysen. Dette gjelder særlig rabatter knyttet til store volumer, lang varighet eller anvendelse av retroaktive mekanismer. Slike rabatter kan ha ekskluderende virkning selv i fravær av kontraktsmessig eksklusivitet, dersom strukturen skaper sterke økonomiske insentiver til å konsentrere innkjøp hos én leverandør. I *Tomra*¹⁶² ble det lagt avgjørende vekt på at rabattene var utformet rundt terskelverdier hvor kundene kun fikk rabatt dersom kjøpsvolumet oversteg et forhåndsdefinert nivå. Systemet var utformet slik at selv små avvik fra avtalt kjøpsvolum kunne føre til tap av hele den opptjente rabatten. Dette skapte en innlåsende virkning hvor det fremstod økonomisk irrasjonelt for kundene å fordele innkjøp

¹⁵⁷ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 379.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Se *Tomra*, sak C-549/10 P, avsnitt 79. Domstolen godtok at rabattenes ekskluderende potensial kunne påvises ut fra hvordan de virket i markedet, uten behov for faktisk effektanalyse når rabatten hadde en struktur som var egnet til å suge til seg hele den konkurranseutsatte etterspørselen. Dette illustrerer hvordan markedsstruktur og rabattens virkemåte sammen kan gi grunnlag for å konstatere misbruk, selv i fravær av pris under kostnad eller faktisk utelukkelse.

¹⁶⁰ Se f.eks. sak *Intel II*, C-413/14, avsnitt 133, med henvisning til *Post Danmark I*, sak C-209/10, avsnitt 21, som igjen viser til *TeliaSonera*, sak C-52/09, avsnitt 24.

¹⁶¹ Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 24.

¹⁶² *Tomra*, sak C-549/10 P, avsnitt 72–74 og 79; Se også Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 24.

mellom flere leverandører. Det avgjørende var ikke rabattens størrelse, men hvordan den påvirket kundenes valgfrihet. Jo mer rabatten er strukturert for å belønne lojalitet fremfor volum, desto større er risikoen for ekskluderende virkning.

I *Intel II*¹⁶³ utdypet EU-domstolen rettspraksisen om lojalitetsrabatter ved å vurdere rabatter som formelt sett var frivillige, men som i realiteten skapte økonomisk avhengighet. Store PC-produsenter ble i realiteten bundet til Intels prosessorer fordi rabattene utgjorde en vesentlig del av deres marginer og et bytte ville medført betydelige økonomiske tap. Selv i fravær av en eksplisitt eksklusivitetsklausul vurderte domstolen rabattene som egnet til å begrense konkurransen.¹⁶⁴ Det ble presisert at det ikke er nødvendig å påvise subjektiv hensikt om konkurransebegrensning; det avgjørende er om atferden objektivt sett er egnet til å ha slike virkninger.¹⁶⁵ Dette innebærer at også rabatter som isolert sett fremstår som kommersielt rasjonelle og frivillige, kan utgjøre misbruk dersom de *de facto* skaper en bindingseffekt gjennom økonomisk avhengighet.

Disse vurderingsmomentene utgjør kjernen i den virkningsbaserte tilnærmingen som i dag gjelder under artikkel 102 TEUV. De gir Kommisjonen og nasjonale myndigheter et fleksibelt rammeverk for å vurdere konkurranseskade uten å måtte påvise formell eksklusivitet eller anvende faste terskelverdier. Samtidig medfører dette en høyere grad av skjønn og kompleksitet i rettsanvendelsen. En mer kontekstavhengig vurdering kan svekke rettslig forutsigbarhet og føre til uensartet praksis

Etter *Intel II*¹⁶⁶ og *Post Danmark II*¹⁶⁷ er det klart at vurderingen av lojalitetsrabatter må være både kvantitativ og kvalitativ. AEC-testen kan gi nyttig innsikt i om rabatten er egnet til å presse ut like effektive konkurrenter, men det er først i samspill med vurderinger av insentivstruktur, markedsforhold og faktisk virkemåte at det kan foretas en rettslig helhetsvurdering. Den moderne analysen av lojalitetsrabatter befinner seg i skjæringspunktet mellom juridisk metode og økonomisk virkelighet, og det er i dette krysningspunktet vurderingen av misbruk etter artikkel 102 TEUV må forankres.

¹⁶³ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 139 og 140.

¹⁶⁴ En eksklusivitetsklausul innebærer en kontraktsfestet forpliktelse fra kunden om kun å kjøpe fra én leverandør, eventuelt innenfor en angitt andel eller et bestemt volum. Klausulen er formell og rettslig bindende, og skiller seg fra lojalitetsrabatter som kan ha tilsvarende virkning uten eksplisitt avtalegrunnlag.

¹⁶⁵ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 139 og 140.

¹⁶⁶ *Intel II*, sak C-413/14 P.

¹⁶⁷ *Post Danmark II*, sak C-23/14.

3.4.1 Supplerende momenter og forsterkende mekanismer

I tillegg til de ovennevnte vurderingsmomentene knyttet til markedsstruktur, rabattens utforming og kontraktsmessige forhold, viser rettspraksis at visse strukturelle og dynamiske faktorer kan forsterke en rabatts ekskluderende effekt. Selv om slike forhold ikke utgjør selvstendige rettslige kriterier, tillegges de vekt i helhetsvurderingen etter artikkel 102 TEUV.

Et viktig moment er hvordan rabatten samvirker med markedets insentivstruktur. Retroaktive rabatter kan skape økonomisk asymmetri ved at kundene taper allerede opptjente fordeler dersom de i ettertid kjøper fra en konkurrent. Dette fungerer som en indirekte økonomisk sanksjon for brudd på lojalitet, og kan ha sterkere utestengende effekt enn rabatter med tilsvarende verdi uten tilbakevirkende mekanismer.¹⁶⁸

Effekten kan forsterkes dersom rabatten kombineres med andre bindingselementer, som minimumsvolum, eksklusive bonuser eller terskler knyttet til kvartal eller år. Når slike vilkår anvendes samlet, kan de skape en kumulativ virkning som vil gjøre det økonomisk urealistisk for kunden å fordele innkjøp mellom flere leverandører. Det er helhetsvirkningen som vurderes, ikke de enkelte vilkårene vurdert hver for seg.¹⁶⁹

Et tredje moment gjelder rabatter som rettes mot sentrale aktører i distribusjonsleddet, som eksempelvis store grossister eller detaljister med bred tilgang til sluttmarkedet. Når slike aktører bindes gjennom lojalitetsskapende rabatter kan det føre til at konkurrenter i praksis stenges ute fra effektive distribusjonskanaler. Dette kan svekke konkurransen selv om rabatten bare gjelder én aktør; fordi den strategiske posisjonen gir leverandøren kontroll over viktige deler av markedet. EU-domstolen har understreket at konkurransevirkningen må vurderes i et helhetlig markedsperspektiv, ikke bare ut fra relasjonen mellom avtalepartene.¹⁷⁰

Når det foreligger en klar asymmetri i forhandlingsstyrke, der leverandøren har en dominerende posisjon og kunden er økonomisk avhengig av rabatten for å kunne konkurrere, oppstår det lettere en lojalitetsskapende binding. Dette tilsier at rabattens faktiske funksjon må vurderes i lys av den reelle forhandlingsdynamikken mellom partene.¹⁷¹

¹⁶⁸ *Tomra*, sak C-549/10 P, avsnitt 68–79; Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 39–40.

¹⁶⁹ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 138–140; Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 20.

¹⁷⁰ *Irish Sugar*, sak T-228/97, avsnitt 188; Kommisjonens veiledning 2009, avsnitt 20.

¹⁷¹ Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 18.

Selv rabatter av tilsynelatende beskjeden størrelse kan likevel ha betydelig ekskluderende effekt dersom de er strukturert med tilbakevirkende virkning. I *British Airways*¹⁷² førte en marginal reduksjon i kjøpsvolum til at kunden mistet hele rabattnivået, noe som i praksis gjorde selv små avvik økonomisk uattraktive. Dette viser hvordan rabattsystemer kan etablere en økonomisk bindingseffekt, hvor insentivene for å handle med konkurrenter svekkes betydelig, selv når den nominelle rabatten fremstår moderat. Slike mekanismer forsterker den utestengende virkningen og viser at vurderingen ikke kan isoleres til rabattsatsens størrelse alene.

Disse tilleggsmomentene understreker at den virkningsbaserte vurderingen ikke kan reduseres til økonomiske terskelberegninger alene. Den må bygge på en kontekstuell vurdering av rabattenes virkemåte, herunder insentivstruktur, markedsdynamikk og faktisk avhengighet. Det er i denne helheten grensen må trekkes mellom legitime rabatter og konkurranseskadelig eksklusivitet, og det er her balansen mellom konkurransebeskyttelse og effektivitetsgevinster må vurderes.

3.5 Balansen mellom konkurransebeskyttelse og effektivitetsgevinster

Et sentralt formål med artikkel 102 TEUV er å beskytte konkurransen som en effektiv markedsstruktur, fremfor individuelle konkurrenter. Dette krever samtidig en balanse mellom å forhindre utestengende atferd og å ikke sanksjonere forretningsmodeller som fremmer effektivitet og forbrukervelferd. I saker om lojalitetsrabatter har EU-retten utviklet kriterier både for når slike rabatter kan utgjøre misbruk og for når de eventuelt kan rettferdiggjøres gjennom effektivitetsargumenter.

EU-retten åpner for at ekskluderende atferd i visse tilfeller kan forsvares gjennom effektivitetsgevinster eller objektive begrunnelser, til tross for at artikkel 102 ikke inneholder en eksplisitt unntaksbestemmelse slik som TEUV artikkel 101(3). Dette effektivitetsforsvaret ble anerkjent i *British Airways*¹⁷³, og senere utdypet i Kommisjonens veiledning.¹⁷⁴ Her fremgår det at en dominerende virksomhet kan rettferdiggjøre konkurransebegrensende atferd dersom den kan sannsynliggjøre at: (i) atferden fører til eller sannsynligvis vil føre til effektivitetsgevinster, (ii) atferden er nødvendig for å realisere disse gevinstene, (iii) fordelene for forbrukerne oppveier de konkurranseskadelige virkningene, og (iv) konkurransen fortsatt

¹⁷² *British Airways*, sak C-95/04 P, avsnitt 67.

¹⁷³ *Ibid.* avsnitt 85-86.

¹⁷⁴ Kommisjonens veiledning, 2009.

oppretholdes på markedet tross atferden.¹⁷⁵ Foretaket som påberoper seg forsvaret bærer bevisbyrden for at alle vilkårene er oppfylt.¹⁷⁶

Selv om effektivitetsforsvaret i teorien gir muligheter for å rettferdiggjøre ekskluderende rabatter, viser *Intel I*¹⁷⁷ hvor vanskelig det er i praksis å dokumentere tilstrekkelig kausalitet og nødvendighet mellom rabattene og påståtte gevinster. Kommisjonen avviste forsvaret med den begrunnelse at Intel ikke hadde bevist at rabattene var nødvendige for å oppnå de påståtte gevinstene, og at fordelene ikke veide opp for konkurransebegrensningene.¹⁷⁸ Denne praksisen avspeiler hvordan EU-retten i effektivitetsvurderingen fortsatt prioriterer et sterkt konkurransevern, og at terskelen for å akseptere slike forsvar i praksis er høy.

EU-retten åpner også for en såkalt *objektiv begrunnelse* for ekskluderende atferd, som kan være knyttet til tekniske, regulatoriske eller handelstekniske krav. I *Tetra Pak*¹⁷⁹ forsøkte selskapet å begrunne eksklusiv bruk av egne kartonger med folkehelsehensyn. Dette ble avvist av domstolen, som mente at tiltakene styrket selskapets dominerende stilling og begrenset valgfriheten for kundene.¹⁸⁰ En annen variant, kjent som *meeting competition defence*, innebærer at rabattene er en legitim respons på konkurransens markedsatferd.¹⁸¹ I *Post Danmark I* forsøkte det dominerende foretaket å benytte dette forsvaret, men det ble avvist fordi rabattene var betinget av kjøpsvolum og det ikke var dokumentert at rabattene faktisk ga forbrukerfordeler.¹⁸²

Disse sakene illustrerer at mens effektivitetsgevinster og objektive begrunnelser i prinsippet kan aksepteres, er det i praksis svært vanskelig for dominerende aktører å oppfylle kravene. Dette reflekterer EU-rettens forsiktige tilnærming til praksis som kan undergrave konkurransen; og viser en tydelig preferanse for å beskytte konkurransestrukturen fremfor å tillate effektivitetsargumenter som ikke er grundig dokumentert.

Balansen mellom konkurransebeskyttelse og effektivitetsgevinster handler derfor ikke kun om en abstrakt rettslig avveining, men også om bevisføring og økonomisk analyse. Rabatter som

¹⁷⁵ Ibid. avsnitt 30.

¹⁷⁶ Ibid. avsnitt 31.

¹⁷⁷ *Intel I*, sak T-286/09.

¹⁷⁸ Kommisjonens vedtak i COMP/C-3/37.990 – *Intel I*, avsnitt 1632–1639.

¹⁷⁹ *Tetra Pak*, sak C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436.

¹⁸⁰ Ibid. avsnitt 126–140.

¹⁸¹ Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2010, 22. desember). *Post Danmarks individuelle og generelle rabatter for magasinpost*. (Sag 4/0120-0204-0153 /AWF/SUPO). Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen; se også O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 228.

¹⁸² Ibid.

faktisk fremmer konkurransen ved å gi forbrukerne lavere priser og mer innovasjon, kan i prinsippet være ønskelige. Når slike rabatter knyttes til eksklusivitet eller volumforpliktelser, og anvendes av dominerende aktører, er risikoen stor for at konkurransen fortrenses på en måte som ikke lenger kan rettferdiggjøres. EU-retten har derfor utviklet strenge kriterier og vist tilbakeholdenhet med å akseptere slike rabatter som lovlige; med mindre fordelene for markedet og forbrukerne er tydelig dokumenterte og vesentlige.

Det er i spenningen mellom ønsket om effektivitetsfremmende atferd, og behovet for å beskytte konkurransen at EU-rettens vurdering av lojalitetsrabatter må forstås. Slike rabatter kan i utgangspunktet fremme økonomisk effektivitet ved å styrke kundelojalitet, redusere transaksjonskostnader og skape stabile etterspørselsforhold som muliggjør bedre kapasitetsutnyttelse. Samtidig kan de ha en ekskluderende virkning når de benyttes av dominerende foretak, særlig dersom de svekker konkurrenters tilgang til markedet og derved skader konkurransestrukturen. Nettopp derfor er rettens tilnærming til lojalitetsrabatter preget av en grunnleggende spenning mellom hensynet til effektivitet og hensynet til konkurransevern. Utfallet av denne vurderingen beror på en konkret helhetsvurdering hvor både markedsforholdene og virkningene for konkurransen inngår. Det danner et naturlig utgangspunkt for å analysere hvordan forholdet mellom vern og effektivitet faktisk håndteres i praksis.

3.5.1 Bevisbyrde og vurderingsstandard ved effektivitetsforsvar

Som redegjort for i punkt 3.5, kan et dominerende foretak i prinsippet påberope seg effektivitetsgevinster som forsvar mot anklager om misbruk, forutsatt at fire kumulative vilkår er oppfylt, og at bevisbyrden for dette ligger fullt ut på foretaket.¹⁸³ Dette underpunktet går nærmere inn på disse kravene og vurderer i hvilken grad bevisbyrden og vurderingsstandarden i praksis gjør forsvarsmuligheten vanskelig å anvende. Særlig rettes oppmerksomheten mot nødvendighetskravet og kravet om direkte overføring til forbruker, samt institusjonelle barrierer som svekker forsvarsmulighetens realitet.

Bevisbyrden for å påvise alle vilkårene påhviler det dominerende foretaket.¹⁸⁴ Dette ble bekreftet i *Intel II*¹⁸⁵, hvor domstolen presiserte at foretaket må fremlegge relevante data og argumentasjon for å aktivere Kommisjonens vurderingsplikt. I Kommisjonens utkast til

¹⁸³ Se nærmere i punkt 3.5; jf. *Post Danmark I*, sak C-209/10, avsnitt 42.

¹⁸⁴ Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 30-31.

¹⁸⁵ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 140.

retningslinjer fra 2023 stilles det i tillegg krav om at bevisførselen må være samlet, sammenhengende, kvantifiserbar og etterprøvbar.¹⁸⁶

Denne forståelsen støttes også i OECDs analyse av bevisbyrde under artikkel 102.¹⁸⁷ Selv om det er konkurransemyndighetene som har bevisbyrden for selve misbruket, understrekes det at denne byrden kan skifte til det dominerende foretaket når det påberoper seg effektivitetsargumenter eller objektive begrunnelser.¹⁸⁸ Jo mer kompleks vurderingen er, desto vanskeligere blir det å møte beviskravene. OECD påpeker videre at selv når Kommisjonen har bevisbyrden for selve misbruket, skifter byrden til foretaket når det påberoper seg effektivitetsargumenter.¹⁸⁹

O'Donoghue og Padilla fremhever flere strukturelle svakheter ved denne rettstilstanden. For det første peker de på at EU-retten ikke har utviklet noe robust rammeverk for vurdering av effektivitetsforsvar, og at domstolene i praksis ikke gir veiledning om hvilken type dokumentasjon som er tilstrekkelig.¹⁹⁰ For det andre kritiserer de den asymmetriske byrdefordelingen mellom foretak og Kommisjon der foretaket må dokumentere alle vilkår i detalj, mens Kommisjonen ofte kan støtte seg på presumsjoner om skade.¹⁹¹ For det tredje påpeker de at det ikke finnes noen sak der et lojalitetsrabattsystem er blitt akseptert som lovlig på grunn av dokumenterte effektivitetsgevinster, og karakteriserer forsvarsformen som en teoretisk mulighet snarere enn en reell kontradiktorisk innvending.¹⁹² De advarer videre i denne sammenheng mot at et forsvar som anerkjennes i teorien, men aldri aksepteres i praksis, i realiteten er uten rettsvirkning. Domstolene har heller ikke etablert noen ensartet vurderingsstandard, noe som ytterligere svekker forutberegneligheten for foretak som vurderer å fremme et slikt forsvar.

Et særskilt problem gjelder nødvendighetskriteriet. Det dominerende foretaket må vise at rabatten er det minst konkurransebegrensende virkemiddelet for å oppnå effektiviteten. Selv betydelige gevinster kan avvises dersom Kommisjonen anser at de kunne vært realisert med

¹⁸⁶ European Commission. (2023). Draft Guidelines on exclusionary abuses under Article 102 TFEU. Avsnitt 169.

¹⁸⁷ OECD. (2024). Burden and Standard of Proof in Abuse of Dominance cases under Article 102 TFEU. OECD Competition Committee Working Paper, DAF/COMP/WD(2024)57, s. 14. (Heretter: OECD, 2024)

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid. s. 17.

¹⁹⁰ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 232.

¹⁹¹ Ibid. s. 233.

¹⁹² Ibid. s. 232.

alternative virkemidler. Dette er et krav som i praksis vanskelig lar seg oppfylle, og som ofte vurderes implisitt snarere enn eksplisitt.

Et ytterligere hinder er kravet om at gevinstene må være direkte overført til forbruker. I praksis aksepteres kun effekter som kan dokumenteres i form av prisreduksjoner, kvalitetsforbedringer eller lansering av nye tjenester. Marinova bemerker at verken domstolene eller Kommisjonen har klargjort i hvilken grad langsiktige gevinster, som økt innovasjon eller dynamiske effekter, kan tas i betraktning.¹⁹³ I fravær av slike avklaringer fremstår kravet om overføring til forbruker som snevert og lite fleksibelt.

I *Intel Renvoi*¹⁹⁴ ble det presisert at en lojalitetsrabatt ikke automatisk innebærer et brudd på artikkel 102 TEUF. Det etableres riktignok en presumsjon om konkurransebegrensende virkning, men dersom det foreligger dokumentasjon som indikerer fravær av ekskluderende effekt må dette tas med i vurderingen. Dersom det finnes plausible motforklaringer til Kommisjonens fremstilling, kan den ikke sies å ha ført tilstrekkelig bevis for overtredelse.¹⁹⁵ Dette endrer likevel ikke det grunnleggende ansvaret foretaket har for å dokumentere at effektivitetsvilkårene faktisk er oppfylt.

En økonomisk tilnærming som ikke ledsages av retts teknisk presisjon og klare bevisstandarder, skaper i praksis rettssikkerhetsproblemer for foretak.¹⁹⁶ Når effektivitetsforsvar ikke vurderes etter konsistente og forutsigbare kriterier, reduseres insentivene for dominerende aktører til å fremme innovasjon gjennom legitime rabatter. Det er i denne sammenheng blitt pekt på at omfattende økonomiske analyser kan gjøre håndhevingen av konkurransereglene mindre effektiv, og at det derfor bør finnes klare rammer og standarder som hindrer at økonomiske modeller får for stor vekt uten tilstrekkelig rettslig forankring.¹⁹⁷

4. Diskusjon

Den virkningsbaserte tilnærmingen som nå preger EU-rettens vurdering av lojalitetsrabatter har utvidet vurderingsrommet, men samtidig skapt nye rettslige og praktiske utfordringer. Dette kapittelet drøfter hvorvidt rettsutviklingen faktisk gir bedre balanse mellom

¹⁹³ Marinova, M. (2025). Competition Law in Limbo: Intel, Fidelity Rebates, and the Price of a Procedural Error, GWU Working Paper, s. 6.

¹⁹⁴ *Intel II*, T-286/09 RENV, avsnitt 124.

¹⁹⁵ *Ibid.* avsnitt 165.

¹⁹⁶ Wurmnest, 2008, s. 16.

¹⁹⁷ *Ibid.* s. 8 og 20.

konkurransvern og effektivitet, og hvordan den påvirker rettssikkerhet, beviskrav og forutsigbarhet for dominerende foretak.

Denne vurderingsmodellen muliggjør et tydeligere skille mellom rabatter som faktisk undergraver konkurranse, og de som har legitime forretningsmessige eller effektivitetsbaserte begrunnelser. Kommisjonen har i sin håndhevingsveiledning fremhevet at formålet med artikkel 102 ikke er å beskytte konkurrenter som individuelle markedsaktører, men konkurranseprosessen som helhet og de forbrukerfordelene den gir opphav til.¹⁹⁸

Samtidig aktualiserer denne utviklingen viktige spørsmål om rettssikkerhet, beviskrav og myndighetenes evne til å gjennomføre virkningsvurderinger i praksis. Normer som bygger på økonomiske virkningsanalyser forutsetter ofte komplekse beregninger og omfattende dokumentasjon, noe som utfordrer forutsigbarheten og gjør det vanskelig for dominerende foretak å trekke klare grenser for lovlig atferd. I tillegg øker risikoen for ulik praksis mellom nasjonale konkurransemyndigheter og domstoler, avhengig av deres tilgang på økonomisk ekspertise og ressurser. Dette innebærer også en fare for underhåndheving i tilfeller der skadelige virkninger er reelle, men vanskelig å bevise empirisk.

Diskusjonen undersøker for det første hvordan EU-retten søker å balansere hensynet til konkurransebeskyttelse mot anerkjennelsen av effektivitetsgevinster, og hvilken betydning denne balansen faktisk har fått i rettspraksis. Et sentralt spørsmål er hvorvidt effektivitetsforsvar fungerer som et reelt rettslig vern, eller kun som en teoretisk åpning. I forlengelsen drøftes hvordan den virkningsbaserte tilnærmingen påvirker rettslig forutsigbarhet og hvilke utfordringer dette skaper for dominerende foretak i praksis. Diskusjonen inkluderer også en vurdering av Kommisjonens foreslåtte retningslinjer, før det avslutningsvis redegjøres for hvilke typer rabatter som etter gjeldende rett kan anses som lovlige.

4.1 Avveiningen mellom konkurransebeskyttelse og effektivitetsgevinster

Selv om EU-retten i prinsippet åpner for å vektlegge effektivitetsgevinster som rettfærdiggjøring for ekskluderende rabatter, reiser den praktiske rettsanvendelsen tvil om hvorvidt denne åpningen har reelt innhold. I teorien legger modellen til grunn at både skade

¹⁹⁸ Kommisjonens veiledning, 2009, avsnitt 19.

og fordel skal vurderes konkret og under ett. I praksis har imidlertid terskelen for å få gjennomslag for effektivitetsforsvar vist seg å være uforholdsmessig høy, særlig i lys av bevisbyrdens oppbygning og domstolenes tolkning av nødvendighetskriteriet.

De fire kumulative vilkårene for effektivitetsforsvar, slik de ble redegjort for i punkt 3.5, fremstår i praksis som så krevende at de sjelden kan oppfylles av dominerende foretak. Selv i tilfeller hvor rabattene har en klar forretningsmessig eller samfunnsøkonomisk begrunnelse, vil kravet om å påvise nødvendighet og fravær av mindre konkurransebegrensende alternativer ofte være umulig å dokumentere. Dette innebærer at foretak må sannsynliggjøre hvordan alternative, mindre inngripende tiltak kunne gitt samme resultat. Et krav som ofte er umulig å oppfylle, særlig når fordelene gjelder innovasjon, etterspørselssikring eller andre fremtidsrettede hensyn.

*Intel II*¹⁹⁹ illustrerer dette tydelig. Til tross for at EU-domstolen i 2017 fastslo at Kommisjonen måtte vurdere de økonomiske analysene Intel hadde fremlagt, førte dette ikke til at effektivitetsargumentene fikk avgjørende betydning for utfallet.²⁰⁰ Dette kan ikke utelukkende forklares med svakhetene i det konkrete forsvaret. Snarere avspeiler saken en mer dyptgående asymmetri; mens Kommisjonen ofte kan nøye seg med å sannsynliggjøre at en praksis kan ha ekskluderende virkning, kreves det av det dominerende foretaket at det i detalj dokumenterer både årsakssammenheng og nødvendighet.

Selv om EU-retten formelt anerkjenner betydningen av effektivitetsgevinster, er det grunn til å stille spørsmål ved hvor reell denne avveiningen faktisk er. Domstolen har oppstilt strenge krav til dokumentasjon, særlig hva gjelder nødvendighet, og i praksis blir bevisbyrden for foretak uforholdsmessig tung. Presumsjonen for skade står sterk, mens fordel må bevises gjennom omfattende, kontrafaktisk og ofte uoppnåelig dokumentasjon. Resultatet er en vurderingsstruktur der balanseprinsippet fremstår asymmetrisk.

Denne metodiske skjevheten forsterker risikoen for såkalte “falske negative” – altså at selskaper lar være å tilby legitime, effektivitetsfremmende rabatter av frykt for rettslig etterspill.²⁰¹ Samtidig viser Marinova til at bevisbyrden knyttet til nødvendighetskriteriet og vurderingen av alternative tiltak legger et uforholdsmessig ansvar på foretaket.²⁰² Når fordel

¹⁹⁹ *Intel II*, C-413/14 P.

²⁰⁰ Ibid. avsnitt 138-140.

²⁰¹ Marinova, Miroslava, *Competition Law in Limbo: Intel, Fidelity Rebates, and the Price of a Procedural Error* (December 12, 2024). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5079890>

²⁰² Ibid.

må dokumenteres i detalj, mens skade kan presumeres, oppstår en skjev rettsanvendelse hvor effektivitetsvurderinger svekkes i forhold til konkurransevernets formelle struktur.

Det skaper en rettstilstand der effektivitetsgevinster ikke nødvendigvis utelukkes i prinsippet, men i praksis. Særlig der rabattene bygger på insentiver til innovasjon, etterspørselssikring eller skalaeffekter, vil kravene til bevis, nødvendighet og dokumenterbar fordel i mange tilfeller være uforholdsmessige. Det innebærer at effektivitetsgevinster i praksis ofte ikke får gjennomslag, selv når rabattene er knyttet til innovasjon, etterspørsel eller reelle kostnadsbesparelser. For dominerende foretak betyr det svekkede insentiver til å handle kommersielt rasjonelt, og i ytterste konsekvens at retten risikerer å motvirke den typen konkurranse den egentlig skal beskytte.²⁰³

Skal den virkningsbaserte tilnærmingen realisere sitt potensial, må effektivitetsforsvaret ikke bare være en teoretisk mulighet, men få faktisk rettslig gjennomslag.²⁰⁴ Det er ikke nødvendigvis beviskravene som må senkes, men snarere metoden som må klargjøres. Domstolen bør presisere hvilke typer bevis som kreves, hvordan nødvendighetskriteriet skal tolkes, og hvilke gevinster som kan tillegges vekt. Legitimiteten til et rettssystem avhenger ikke bare av intensjoner, men av at de rettslige utgangspunktene er klare og at håndhevingen faktisk reflekterer de formål som påberopes, særlig forbrukervelferd og effektiv konkurranse. Uten slike avklaringer risikerer EU-retten å opprettholde en underforstått presumsjon til fordel for skade, selv i en virkningsbasert modell, og dermed undergrave balanseprinsippet den selv har formulert.²⁰⁵

4.2 EU-domstolens balansegang i vurderingen av lojalitetsrabatter

Dette punktet vurderer om den virkningsbaserte tilnærmingen har etablert en normativt konsistent og rettslig forutsigbar modell for vurderingen av lojalitetsrabatter. Spørsmålet er ikke om Domstolen har åpnet for virkningsanalyse, men om det eksisterer en rettsregel med tilstrekkelig presisjon og indre sammenheng til at dominerende foretak kan innrette seg etter den.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Van Cleynenbreugel, P. (2014). *Market Supervision in the European Union: Integrated Administrative Enforcement in the Single Market*. Oxford University Press, s. 176.

På overflaten signaliserer dommene etter *Intel II*²⁰⁶ en metodisk vilje til å supplere den tidligere strukturbaserte modellen med konkret analyse. EU-domstolen presiserte at Kommisjonen må vurdere relevante økonomiske analyser dersom slike fremlegges, noe som prinsipielt styrker rettssikkerheten.²⁰⁷ Samtidig fastslo Domstolen i *Post Danmark II*²⁰⁸ at AEC-testen verken er nødvendig eller tilstrekkelig for å utelukke misbruk, og at rabatter fortsatt kan være ulovlige uten at de utelukker en like effektiv konkurrent. Resultatet er et metodisk rammeverk der ingen vurdering er normativt prioritert, og der rettsanvendelsen i praksis er preget av skjønn og kontekstuell fleksibilitet.

Det finnes dermed ikke et rettslig fastsatt *normhierarki*. Forstått her som en bindende prioritering mellom ulike vurderingsmomenter der for eksempel kvantitative analyser veier tyngre enn strukturelle eller kvalitative indikasjoner på misbruk.²⁰⁹ Dette fraværet skaper betydelig usikkerhet både for Kommisjonen og for dominerende foretak. Når det ikke er klart hvilken type bevis eller vurdering som skal være styrende ved konflikt, undergraves forutsigbarheten i rettsanvendelsen.

Slik uklarhet er ikke bare et teoretisk problem. Marinova fremhever at fraværet av en normativ vektingsregel gjør at identiske rabattordninger kan vurderes ulikt eller underkjennes utelukkende fordi Kommisjonen vektlegger strukturelle indikatorer fremfor økonomisk dokumentasjon, uten metodisk begrunnelse.²¹⁰ Hun fremhever at AEC-testens rettslige status forblir uklar, og at domstolene veksler mellom å tolke testen som nødvendig, frivillig eller irrelevant, uten å etablere noen prinsipiell norm for når og hvordan testen skal brukes i vurderingen av eksklusivitet.²¹¹

Domstolens praksis etterlater et metodisk spenn. På den ene siden åpnes det for virkningsbasert analyse. På den andre siden bekreftes det at denne verken er nødvendig eller tilstrekkelig for å utelukke misbruk. Dette gjør at lojalitetsrabatter vurderes i en rettslig modell der vurderingsformene sameksisterer, men uten metodiske vektingsprinsipper. Den

²⁰⁶ *Intel II*, C-413/14 P.

²⁰⁷ Ibid. avsnitt 138–140.

²⁰⁸ *Post Danmark II*, C-23/14 avsnitt 57–61.

²⁰⁹ Begrepet “normhierarki” brukes her for å betegne fraværet av en rettslig prioriteringsstruktur mellom ulike vurderingsmomenter under artikkel 102 TEUV. Det finnes i dag ingen regel for hvilken vurderingstype av AEC-test, kvalitative mekanismer eller strukturelle indikatorer som skal gis forrang ved motstrid. Se Marinova, M. (2025). The As-Efficient Competitor Test: A Cornerstone or a Controversy in EU Competition Law? Competition Law Insight, seksjon IV. GWU Competition Lab.

<https://competitionlab.gwu.edu/efficient-competitor-test-cornerstone-or-controversy-eu-competition-law>

²¹⁰ Marinova, M. (2025). The As-Efficient Competitor Test: A Cornerstone or a Controversy in EU Competition Law?, Se seksjon IV.

²¹¹ Ibid.

rettslige fleksibiliteten Domstolen søker å realisere svekkes i fravær av tydelige normer for hvilke bevis som faktisk tillegges vekt. Det reduserer ikke bare forutberegneligheten, men svekker også den virkningsbaserte tilnærmingens legitimitet som rettslig standard.

4.3 Effektivitetsgevinster – en reell forsvarsgrunn eller et svakt argument?

Et sentralt spørsmål i vurderingen av lojalitetsrabatter er om foretak med dominerende stilling har en reell mulighet til å påberope seg effektivitetsgevinster som forsvar mot påstand om misbruk. Både rettspraksis og Kommisjonens veiledning gir uttrykk for at slike gevinster kan føre til at ellers ekskluderende praksis likevel anses lovlig. I realiteten fremstår imidlertid dette forsvaret som vanskelig å føre frem, og grensen mellom effektivitetsforsvar og objektiv begrunnelse er ikke klart definert.

EU-domstolen anerkjente i *British Airways*²¹² at ekskluderende virkninger kan veies opp mot effektivitetsgevinster som kommer forbrukerne til gode, men understreket samtidig at bevisbyrden påhviler foretaket fullt ut. I *Post Danmark I*²¹³ ble dette utdypet, og domstolen oppstilte fire kumulative vilkår for at et slikt forsvar skal kunne føre frem. Foretaket må vise at gevinstene motvirker negative virkninger på konkurranse og forbrukervelferd, at de faktisk oppstår som følge av adferden, at adferden er nødvendig for å realisere dem, og at den ikke eliminerer effektiv konkurranse.²¹⁴ Dette stiller høye krav til både årsakssammenheng og dokumentasjon. I praksis synes kvantifiserbare kostnadsbesparelser lettere å underbygge enn mer dynamiske fordeler som innovasjon eller forbedret produktkvalitet, særlig der slike effekter er langsiktige eller ikke umiddelbart overføres til forbrukerne.

Det rettslige skillet mellom objektiv begrunnelse og effektivitetsforsvar er heller ikke klart definert. Objektiv begrunnelse anvendes ofte i situasjoner der foretaket kan vise at adferden er nødvendig for å møte konkurransen, beskytte legitime forretningsinteresser eller håndtere driftsmessige hensyn. Effektivitetsforsvar derimot forutsetter at adferden i seg selv har velferdsøkende virkninger, også for markedet som helhet. Skillet mellom disse to vurderingene er sjelden uttrykkelig avklart i rettspraksis.

Disse kravene er senere reflektert i både Kommisjonens veiledning og nyere praksis. I utkastet til retningslinjer fra 2023 presiseres det at effektivitetshensyn først kan vurderes etter

²¹² *British Airways*, sak C-95/04 P, avsnitt 86.

²¹³ *Post Danmark I*, sak C-209/10, avsnitt 42.

²¹⁴ *Ibid.*

at en mulig ekskluderende virkning er konstatert, og at fordelene må være proporsjonale og direkte knyttet til adferden.²¹⁵ Dersom effektivitetsgevinster hevdes, må de dokumenteres med et helhetlig og etterprøvbart bevisbilde.²¹⁶ Foretakets egne kommersielle interesser tillegges ikke vekt som selvstendig begrunnelse.

Det følger også av rettspraksis at vurderingen skjer innenfor rammen av en helhetsvurdering, men at terskelen for å lykkes med et effektivitetsforsvar er høy. I litteraturen betegnes effektivitetsforsvaret som et nærmest hypotetisk unntak, og peker på at det i praksis nesten aldri aksepteres.²¹⁷ Dette gjenspeiles også i *Intel II*²¹⁸, hvor domstolen åpnet for at effektivitetsgevinster kan motvirke ekskluderende virkning, men uten å fastslå noe reelt anvendelsesområde.

Denne rettslige posisjonen reiser spørsmål ved om forsvar basert på effektivitetsgevinster reelt sett er tilgjengelig for dominerende foretak. Marinova viser til at det ikke finnes noen sak hvor et lojalitetsrabattsystem er blitt akseptert som lovlig på grunn av dokumenterte effektivitetsgevinster, og konkluderer med at doktrinen fremstår som en teoretisk mulighet snarere enn en praktisk forsvarslinje.²¹⁹ Kravet om at rabatten må være nødvendig for å oppnå effektiviteten, kombinert med at effekten må være direkte og entydig overført til forbrukerne, innebærer at selv omfattende effektiviseringsprosesser ofte ikke når opp.

Det er også grunn til å spørre om det eksisterer en forskjell i tilnærmingen mellom Kommisjonen og EU-domstolen. Kommisjonen har historisk vist lav vilje til å akseptere effektivitetsforsvar i praksis, selv når formelle kriterier er oppstilt i retningslinjene. Domstolene har anerkjent forsvarsmuligheten prinsipielt, men uten å utvikle tydelige rammer for vurderingen. Dette kan skape et asymmetrisk rettsbilde hvor adgangen til forsvar er normativt etablert, men institusjonelt begrenset.²²⁰

Samtidig kan det anføres at en for svak aksept av effektivitetsforsvar svekker hele den virkningsbaserte tilnærmingens legitimitet. Dersom vurderingen av misbruk skal bygge på

²¹⁵ European Commission. (2023). Draft Guidelines on exclusionary abuses under Article 102 TFEU, avsnitt 169–171

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Fernández, C. (2020). The Use of Presumptions in the Application of Article 102 TFEU, Konkurrentverket-seminar, s. 9

²¹⁸ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 140.

²¹⁹ Marinova, M. (2025). Competition Law in Limbo: Intel, Fidelity Rebates, and the Price of a Procedural Error, GWU Competition & Innovation Lab Working Paper (upublisert), s. 4 og 7; se også O'Donoghue og Padilla, 2006, s. 232-234.

²²⁰ Van Cleynenbreugel, P. (2014). Market Supervision in the European Union, Oxford University Press, s. 176.

konkrete virkninger og helhetsvurderinger, fremstår det som inkonsistent å anvende nesten uoverstigelige krav til dokumentasjon når foretak forsøker å vise at en gitt rabattordning også har positive effekter. Dette er særlig problematisk dersom domstolene samtidig opprettholder presumsjoner for ulovlighet, uten å åpne for et faktisk kontradiktorisk forsvar.²²¹

På den annen side vil enkelte hevde at en lav terskel for effektivitetsforsvar ville gjøre det mulig for dominerende foretak å skjule ekskluderende praksis bak generelle henvisninger til kostnadsbesparelser og skalaeffekter. Risikoen for strategisk misbruk og etterrasjonalisering er reell. Spørsmålet er likevel om den balansen som i dag foreligger i praksis gjør det illusorisk å anvende denne forsvarsformen.²²² Det er derfor grunn til å stille kritiske spørsmål ved om EU-retten i dag oppfyller sin egen forpliktelse til å vurdere effektivitetsgevinster på en rettferdig og substansiell måte.

4.4 Tilstrekkelig klar rettsstilstand for dominerende aktører?

Dette punktet analyserer hvorvidt den virkningsbaserte tilnærmingen, til tross for intensjonen om økt økonomisk realisme og fleksibilitet, har resultert i en tilstrekkelig klar og forutsigbar rettsstilstand for dominerende foretak. For at konkurranseretten skal fungere adferdsregulerende, må terskelen for inngrep være mulig å identifisere på forhånd. Samtidig er det ikke gitt at en fullstendig kodifisering av vurderingskriteriene vil være mulig, eller ønskelig, i et område preget av markedsdynamikk og stadig mer komplekse forretningsmodeller. Spørsmålet er derfor ikke bare om retten gir klarhet, men også om den gir et normativt rammeverk som balanserer forutberegnelighet med tilpasningsevne.

Analysen i forrige kapittel har vist at domstolene åpner for virkningsbaserte vurderinger uten at det samtidig knyttes klare terskler, vurderingstrinn eller bevisbyrdekriterier til disse. I *Intel II*²²³ la EU-domstolen til grunn at Kommisjonen må analysere relevante bevis som fremlegges av det dominerende foretaket, herunder AEC-testens resultater, dersom slike elementer inngår i saksbehandlingen. Samtidig presiserte domstolen at AEC-testen ikke er et rettslig krav, at det ikke kreves dokumentasjon på faktisk utelukkelse, og at det er tilstrekkelig at adferden er

²²¹ O'Donoghue & Padilla, 2006, s. 368; se også Marinova, M. (2025). The As-Efficient Competitor Test: A Cornerstone or a Controversy in EU Competition Law? Competition Law Insight, publisert hos GWU Competition Lab. Tilgjengelig på:

<https://competitionlab.gwu.edu/efficient-competitor-test-cornerstone-or-controversy-eu-competition-law>

²²² Marinova, M., 2025, *The As-Efficient Competitor Test*. s. 6.

²²³ *Intel II*, sak C-413/14 P, avsnitt 138-140.

egnet til å utelukke en like effektiv konkurrent. I den senere anken ble dette synet bekreftet, uten at testens normative status ble ytterligere klargjort.²²⁴

Også i *Post Danmark II*²²⁵ slo EU-domstolen fast at anvendelse av AEC-testen ikke er nødvendig for å konstatere misbruk, selv i saker om lojalitetsrabatter. Det rettslige rammeverket består med dette av vurderingselementer som i prinsippet er fleksible, men som i praksis mangler definerte grenser og vurderingsstandarder. Foretak gis dermed ikke noen fast struktur for hvordan en lojalitetsrabatt må utformes for å være i samsvar med artikkel 102 TEUV.

Denne fleksibiliteten omtales gjerne som et uttrykk for helhetsvurdering og økonomisk tilpasningsevne, men kan like gjerne beskrives som normativ uklarhet. Når det ikke finnes eksplisitte kriterier for når en rabatt er ekskluderende, eller for når Kommisjonen er forpliktet til å vurdere testresultater, svekkes normens funksjon som rettslig rettesnor. Marinova viser til at det fortsatt ikke er klart hvilken bevisstandard som gjelder for tilbakevisning av presumsjonen om misbruk, og at domstolene ikke har fastslått når Kommisjonen faktisk må vurdere fremlagte AEC-analyser.²²⁶ Selv om fleksibilitet kan være nødvendig for å møte komplekse markedsformer, innebærer det samtidig at foretak ikke vet hva som forventes av dem.

Dette får konsekvenser for rettssikkerheten. Når vurderingsnormen først konkretiseres gjennom etterfølgende inngrep, og ikke kan identifiseres i forkant, oppstår det en rettsstilstand hvor lovlig og konkurransefremmende adferd risikerer å bli ansett som misbruk. Dette omtales som en type I-feil, det vil si at en adferd feilaktig rammes til tross for at den ikke er skadelig for konkurransen. Den motsatte situasjonen, en type II-feil, oppstår når skadelig praksis feilaktig anses som lovlig. I konkurranserettslig teori antas det at kostnaden ved type I-feil er større, fordi slike feil kan føre til at dominerende foretak avstår fra legitime og effektivitetsfremmende rabatter av frykt for inngrep. Dette omtales gjerne som en nedkjølingseffekt.²²⁷

²²⁴ *Intel Corporation Inc. v Commission*, sak C-240/22 P, ECLI:EU:C:2024:915, avsnitt 331–343. (Heretter: *Intel anke 2024*).

²²⁵ *Post Danmark II*, avsnitt 58–61.

²²⁶ Marinova, M. (2025). Competition Law in Limbo: Intel, Fidelity Rebates, and the Price of a Procedural Error, GWU Competition & Innovation Lab Working Paper, s. 2 og 6.

²²⁷ Fernández, C. (2020). The Use of Presumptions in the Application of Article 102 TFEU, Konkurrenter-seminar, s. 4; se også Marinova, M. (2024). The European Commission's Draft Article 102 Guidelines Under Fire, SSRN-paper 5040143, s. 2.

Samtidig er det mulig å anlegge et alternativt perspektiv. Noen vil hevde at en viss grad av normativ uklarhet kan ha en preventiv funksjon, ved å avskrekke dominerende foretak fra å nærme seg gråsonen. Retten kan da fungere atferdsregulerende ved å skape rom for forsiktighet i valg av kommersielle virkemidler. Spørsmålet er imidlertid om dette er forenlig med kravet til forutberegnelighet i konkurranseretten, særlig når inngrep har alvorlige sanksjonskonsekvenser.

Et tilleggspoeng er at normglidningen ikke nødvendigvis skyldes tilfeldigheter, men kan være uttrykk for at domstolen søker å bevare doktriner fra tidligere praksis samtidig som den inkorporerer økonomiske vurderinger. Dette gjelder særlig presumsjonen mot eksklusivitetsrabatter etablert i *Hoffmann-La Roche*²²⁸, som fortsatt gjentas i nyere avgjørelser. Resultatet er en normstruktur som verken er avklart eller entydig prioritert, og som overlater stor skjønnsfrihet til håndhevingsorganene.

Dette skaper en regulatorisk ambivalens. Foretak kan vanskelig beregne den rettslige risikoen forbundet med ulike rabattstrukturer, og det finnes ikke en kodifisert vurderingsramme som kan fungere veiledende. Når rettens anvendelse styres av etterfølgende helhetsvurderinger fremfor *eks ante*-klare kriterier, undergraves idealet om at normene skal være tilgjengelige og forutsigbare. Det er i denne sammenheng relevant å undersøke hvorvidt Kommisjonens forslag til nye retningslinjer bidrar til å rette opp dette bildet, eller om tvetydigheten videreføres.

4.5 Retningslinjer i utvikling: Kodifisering eller kursendring?

Kommisjonens utkast til nye retningslinjer for ekskluderende misbruk under artikkel 102 TFEU, offentliggjort i 2023, representerer et nytt forsøk på å samle og kodifisere eksisterende praksis etter dommene i *Intel*, *Unilever*, *Servizio Elettrico Nazionale* og *Post Danmark II*. Spørsmålet er likevel om dette innebærer en substansiell kursendring, eller om det snarere reflekterer en forsiktig konsolidering av en allerede uklar rettstilstand.

Retningslinjene søker formelt å forankre en virkningsbasert tilnærming, men gjør det med et betydelig innslag av skjønn og uten å etablere et forpliktende normhierarki.²²⁹ Dette kommer blant annet til uttrykk i den nedtonede rollen AEC-testen tildeles. Mens 2009-veiledningen

²²⁸ *Hoffmann-La Roche*, sak 85/76.

²²⁹ European Commission, Application of Article 102 TFEU (2023), available at: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en.

bygget på at ekskluderende virkninger for like effektive konkurrenter var kjernen i misbruksanalysen, fremstår AEC-testen nå som én mulig metode blant flere – ikke som en nødvendighet for å fastslå misbruk.²³⁰ Ifølge utkastet er det ikke lenger avgjørende om det foreligger skade på en like effektiv konkurrent, men om adferden generelt kan føre til en konkurransebegrensende utestengelse.²³¹

Når AEC-testen ikke lenger er en tydelig terskel, blir det uklart hva dominerende foretak skal styre etter. Det finnes ingen fast vurderingsmetode som forteller hva som er avgjørende i helhetsvurderingen. Marinova peker på at dette doble signalet, hvor Kommisjonen viser til økonomiske analyser, men samtidig bygger på skjønn og presumsjoner, gjør regelverket vanskelig å forutsi og forstå.²³²

Retningslinjene gir heller ingen tydelig veiledning om hvordan effektivitetsgevinster skal vurderes. Som vist i punkt 3.5.1 og 4.3, ligger bevisbyrden fortsatt på foretaket, og det gis ingen signaler om hvordan dynamiske fordeler som innovasjon skal vektlegges.²³³ Det er dermed uklart om retningslinjene egentlig åpner for større rom for effektivitetsforsvar, eller bare viderefører eksisterende praksis i en mer oppsummert form.

Et annet viktig spørsmål er hvordan retningslinjene håndterer tilfeller hvor mindre effektive konkurrenter rammes. Når AEC-testen ikke lenger er et krav, svekkes beskyttelsen av foretak som innretter seg etter denne standarden. Samtidig kan det tolkes som at Kommisjonen ønsker å beskytte konkurranseprosessens struktur bredere, også når de aktørene som rammes, ikke er like effektive.²³⁴ Dette kan bety et skifte i retning av mer strukturelt orientert håndheving, hvor også svakere aktører gis et visst vern for å sikre langsiktig konkurranse i markedet.

Marinova peker også på at retningslinjene ikke trekker et klart skille mellom hva som er konkurranse på meritter, og hva som er ekskluderende atferd.²³⁵ Dette blir særlig synlig når det åpnes for bruk av presumsjoner om ulovlighet uten at det sies noe tydelig om hvordan

²³⁰ Europakommisjonen. (2023). *Endringer i veiledningen om Kommisjonens prioriteringer ved håndheving av artikkel 102 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på misbruk i form av utelukkende atferd fra dominerende foretak*. EUT C 116, 31.3.2023, Annex, punkt 3.

²³¹ Europakommisjonen. (2023). *Endringer i veiledningen om Kommisjonens prioriteringer ved håndheving av artikkel 102 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på misbruk i form av utelukkende atferd fra dominerende foretak*. EUT C 116, 31.3.2023.

²³² Marinova, M. (2024). The European Commission's Draft Article 102 Guidelines Under Fire: Examining the substance and the roots of the Criticism, s. 2–4.

²³³ Se analysen i punkt 3.5.1 og 4.3 ovenfor.

²³⁴ Ibid., Annex, punkt 2(b)

²³⁵ Marinova, M. (2024). The European Commission's Draft Article 102 Guidelines Under Fire: Examining the substance and the roots of the Criticism. s. 6–7

disse kan tilbakevises. Konsekvensen er at foretak i mindre grad vet hvilke kriterier Kommisjonen vil legge vekt på i sin vurdering, og hva som skal til for å unngå overtredelse.

Dette forsterker inntrykket fra punkt 4.4 om at rettstilstanden for dominerende foretak fortsatt er preget av uklarhet. Retningslinjene gir få konkrete svar på hvordan vurderingene skal gjennomføres i praksis, og fremstår mer som en oppsummering av eksisterende fleksibilitet enn en normativ avklaring. Dermed er det grunn til å stille spørsmål ved om retningslinjene i sin nåværende form gir den veiledningen som er nødvendig for rettslig forutberegnelighet.²³⁶

4.6 Grensen for lovlige rabatter – teori og virkelighet

EU-retten har i sin praksis etablert visse prinsipper for når rabatter fra dominerende foretak kan anses lovlige. Kvantumsrabatter knyttet til dokumenterbare kostnadsbesparelser, gitt på objektive og ikke-diskriminerende vilkår, og uten tilbakevirkende eller ekskluderende effekter, har gjennomgående blitt akseptert. Slik praksis bygger på en forståelse av konkurranse på meritter, og viser at retten ikke opererer med et generelt forbud mot rabatter.

Samtidig viser avgjørelsene i saker som *Michelin I* og *British Airways* at det avgjørende ikke er rabattens form, men dens insentivstruktur og virkning i praksis. Rabatter som fremstår nøytrale, men i realiteten svekker konkurransepresset, kan underkjennes. Dette skaper en situasjon der foretak ikke kan innrette seg etter rabattens navn eller ytre struktur, men må vurdere hvilken virkning rabatten har under de konkrete markedsforholdene.

Det gir opphav til et rettslig paradoks. Samtidig som retten oppstiller prinsipper for lovlige rabatter, er det i praksis uklart hvordan disse prinsippene anvendes når virkningsvurderingen er kontekstavhengig, skjønnspreget og uten klar normprioritet. Det finnes ingen terskelverdi, ingen normativ rekkefølge mellom vurderingsmomentene, og ingen entydig kobling mellom rabattform og lovlighet. Resultatet er at det rettslige vernet for konkurranse fremstår sterkere enn den rettslige veiledningen for hvordan foretak lovlig kan konkurrere i markedet.

Dette illustrerer at rettstilstanden ikke bare preges av manglende forutsigbarhet for foretak, men også av en mer grunnleggende uklarhet i hva artikkel 102 tillater. Grensen for hva som anses som en lovlig rabatt er ikke bare vanskelig å trekke, men flytter seg med vurderingens kontekst. Det setter spørsmålstegn ved rettens styringsevne i møte med kommersiell

²³⁶ Se drøftelsen i punkt 4.4.

virkelighet, og bekrefter at den virkningsbaserte tilnærmingen fortsatt mangler fast forankring.

5. Konklusjon

Oppgaven har vist at EU-rettens tilnærming til lojalitetsrabatter i økende grad bygger på virkningsbaserte vurderinger, men at denne utviklingen fortsatt preges av metodiske spenninger og uklar rettslig struktur. Domstolen har riktignok forlatt en presumsjonsstyrt formmodell, men uten å etablere et normhierarki som prioriterer mellom strukturelle indikatorer, økonomiske tester og kvalitative vurderinger. Dette svekker både forutberegnelighet og rettsteknisk konsistens.

AEC-testen har fått en sentral, men ikke styrende rolle, og dens rettslige status forblir uklar. Samtidig forblir effektivitetsforsvaret i praksis nærmest illusorisk, grunnet uforholdsmessige beviskrav og metodisk asymmetri. Dette innebærer at den balansen EU-retten selv forfekter mellom konkurransebeskyttelse og effektivitetsgevinster, i liten grad realiseres i rettspraksis.

Det fremstår derfor mer treffende å beskrive utviklingen som et uavklart og ufullstendig metodisk skifte, snarere enn som et reelt paradigmeskifte. Rettsutviklingen har utvidet vurderingsrommet, men har ikke gitt dominerende foretak en normativt forankret veiledning for lovlig atferd. Den virkningsbaserte tilnærmingen gir dermed mulighet for mer nyanserte inngrep, men forblir metodisk uklar og institusjonelt krevende. Fremtidig rettsutvikling og retningslinjer bør derfor søke å redusere denne usikkerheten uten å ofre fleksibiliteten som en virkningsanalyse krever.

6. Litteraturliste

Traktater og forordninger

Den europeiske union. (2002). Rådsforordning (EF) nr. 1/2003 av 16. desember 2002 om gjennomføringen av konkurransereglene i traktatens artikler 81 og 82. EUT L 1, 4.1.2003.

Den europeiske union. (2007). Traktaten om Den europeiske union (TEU).

Den europeiske union. (2007). Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV).

Europaparlamentet og Rådet. (2014). Direktiv 2014/104/EU om erstatningssøksmål etter nasjonal rett for overtredelser av konkurransereglene. EUT L 349, 5.12.2014.

Rettspraksis

Domstolen (Court of Justice of the European Union, ECJ)

AG2R Prévoyance v Beaudout Père et Fils SARL, C-437/09, EU:C:2010:676.

AKZO Chemie BV v Commission, C-62/86, EU:C:1991:286.

Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA, 106/77, EU:C:1978:49.

British Airways plc v Commission, C-95/04 P, EU:C:2007:166.

Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission, C-395/96 P og C-396/96 P, EU:C:2000:132.

Continental Can v Commission, 6/72, EU:C:1973:22.

Courage Ltd v Crehan, C-453/99, EU:C:2001:465.

Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission, 85/76, EU:C:1979:36.

Höfner and Elser v Macrotron GmbH, C-41/90, EU:C:1991:161.

Intel Corp. v Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632.

Intel Corporation Inc. v Commission, C-240/22 P, EU:C:2024:915.

International Chemical Corporation v Amministrazione delle Finanze dello Stato, 66/80, EU:C:1981:102.

Manfredi, C-295/04 til C-298/04, EU:C:2006:461.

Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd, C-344/98, EU:C:2000:689.

Michelin v Commission (Michelin I), 322/81, EU:C:1983:313.

Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (Post Danmark I), C-209/10, EU:C:2012:172.

Post Danmark A/S v Konkurrencerådet (Post Danmark II), C-23/14, EU:C:2015:651.

Servizio Elettrico Nazionale SpA and Others v AGCM, C-377/20, EU:C:2022:379.

Suiker Unie and Others v Commission, 40–48, 50, 54–56, 111, 113 og 114/73, EU:C:1975:174.

TeliaSonera Sverige AB v Konkurrentverket, C-52/09, EU:C:2011:83.
Tetra Pak International SA v Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436.
Tomra Systems ASA and Others v Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221.
Unilever Italia Mkt. Operations Srl v AGCM, C-680/20, EU:C:2023:143.
United Brands v Commission, 27/76, EU:C:1978:22.

Retten (General Court of the European Union, GC)

BPB Industries and British Gypsum v Commission, T-65/89, EU:T:1993:31.
British Airways plc v Commission, T-219/99, EU:T:2003:343.
Intel Corp. v Commission, T-286/09, EU:T:2014:547.
Intel Corp. v Commission (RENV), T-286/09 RENV, EU:T:2022:19.
Irish Sugar plc v Commission, T-228/97, EU:T:1999:246.
Michelin v Commission (Michelin II), T-203/01, EU:T:2003:250.
Microsoft Corp. v Commission, T-201/04, EU:T:2007:289.
Tomra Systems ASA and Others v Commission, T-155/06, EU:T:2010:370.

Generaladvokatuttalelser

Kokott, J. (2015). Opinion in C-23/14, Post Danmark A/S v Konkurrenterådet, EU:C:2015:343.
Wahl, N. (2016). Opinion in C-413/14 P, Intel Corp. v Commission, EU:C:2016:788.
Rantos, A. (2021). Opinion in C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale, EU:C:2021:998.

Bøker

Faull, J., & Nikpay, A. (2014). The EU Law of Competition (3. utg.). Oxford University Press.
Jessen, P. W., m.fl. (2016). Regulerings af Konkurrence i EU (4. utg.). Djøf Forlag.
Nazzini, R. (2011). The Objective of Article 102. In The Foundations of European Union Competition Law. Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199226153.003.0004>
O'Donoghue, R., & Padilla, J. (2006). The Law and Economics of Article 82 EC. Hart Publishing.
Van Cleynenbreugel, P. (2014). Market Supervision in the European Union. Oxford University Press.

Wurmnest, W. (2008). The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”. In M. O. Mackenrodt, B. C. Gallego & S. Enchelmaier (Eds.), *Abuse of Dominant Position* (pp. 1–22). Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-540-69965-1_1

Artikler og rapporter

Dunne, N. (2020). Public Interest and EU Competition Law. *The Antitrust Bulletin*, 65(2), 256–281. <https://doi.org/10.1177/0003603X20912883>

Fernández, C. (2020). The Use of Presumptions in the Application of Article 102 TFEU. *Konkurrensverket-seminar*.

Lindeboom, J. (2022). Formalism in Competition Law. *Journal of Competition Law & Economics*, 18(4), 832–880. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhac003>

Marinova, M. (2018). What Can We Learn About the Application of the as Efficient Competitor Test in Fidelity Rebate Cases from the Recent US Case Law? *World Competition*, 41(4), 523–548.

Marinova, M. (2024). Competition Law in Limbo: Intel, Fidelity Rebates, and the Price of a Procedural Error. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=5079890>

Marinova, M. (2024). The European Commission’s Draft Article 102 Guidelines Under Fire. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=5040143>

Marinova, M. (2025). The As-Efficient Competitor Test: A Cornerstone or a Controversy in EU Competition Law?. *GWU Competition Lab*. <https://competitionlab.gwu.edu/efficient-competitor-test-cornerstone-or-controversy-eu-comp-etition-law>

Pike, C. (2022). Fidelity Rebates. SSRN. <https://ssrn.com/abstract=4070795>

van Wijck, P. (2020). Loyalty rebates and the more economic approach to EU competition law. *European Competition Journal*, 17(1). <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1834973>

OECD-dokumenter

OECD. (2016). Roundtable on Fidelity Rebates. DAF/COMP(2016)5.

<https://www.oecd.org/daf/competition/fidelity-rebates-2016.pdf>

OECD. (2021). Economic Analysis and Evidence in Abuse of Dominance Cases.

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2021\)6/En/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2021)6/En/pdf)

OECD. (2024). Burden and Standard of Proof in Abuse of Dominance Cases under Article 102 TFEU. DAF/COMP/WD(2024)57.

OECD. (2024). The standard and burden of proof in competition law cases. OECD Roundtables, No. 318. <https://doi.org/10.1787/0199f63f-en>

EU-dokumenter og nettsider

European Commission. (2009). Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty. OJ C 45/02.

European Commission. (2013). Factsheet: Antitrust Procedures in Abuse of Dominance (Art. 102 TFEU).

https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en

European Commission. (2023). Draft Guidelines on exclusionary abuses under Article 102 TFEU.

European Commission. (2024). Report on Competition Policy 2023 (COM(2024) 115 final). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52024DC0115>

European Commission. (u.å.). Application of Article 102 TFEU.

https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/application-article-102-tfeu_en

European Commission. (u.å.). Fines overview.

https://competition-policy.ec.europa.eu/index/fines_en

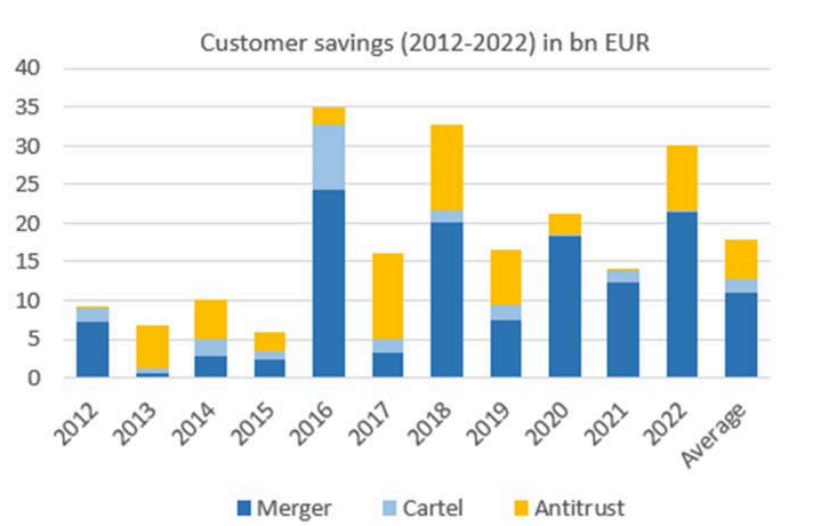
EU-domstolen. (u.å.). Språkordning. Hentet 10. februar 2025 fra

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_10739/en/

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen. (2010, 22. desember). Post Danmarks individuelle og generelle rabatter for magasinpost. Sag 4/0120-0204-0153/AWF/SUPO.

7. Bilag

Bilag 1 – Estimerte direkte besparelser fra antitrust- og fusjonshåndhevelse i perioden 2012–2022.



Figuren viser Kommisjonens anslag over kundebesparelser knyttet til konkurransehåndhevelse. Den illustrerer både antitrustsaker og fusjonskontroll, og er hentet fra Kommisjonens rapport om konkurransepolitikken i 2023.

Kilde: Europakommisjonen, *Report on Competition Policy 2023*, (COM(2024) 115 final), figur 8.

Sider 51
Ord 14 541
Tegn (ikke mellomrom) 91 311
Tegn (med mellomrom) 105 633
Avsnitt 219
Linjer 1 308