



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Thomas Bergdahl

Exklusivitets- och trohetsskapande rabatter

En åtskillnad utan skillnad

JURM02 Examensarbete
Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson
Termin för examen: Period 1 HT17

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsning	11
1.5 Disposition	11
2 KONKURRENSRÄTTENS SYFTE	13
3 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING	16
3.1 Bakgrund	16
3.2 Missbruk	17
4 RABATTSYSTEM	20
4.1 En genomgång av rabattsystem	20
4.2 Formbaserat och verkningssystem angreppssätt	24
5 UTREDNING AV EFFEKT PÅ TROHETSSKAPANDE RABATTER	30
5.1 Tiden före det vägledande dokumentet	30
5.2 Det vägledande dokumentet	33
5.3 Tiden efter det vägledande dokumentet	37
5.4 Tillåtet missbruk	40
6 INTEL-MÅLET	44
6.1 Inledande processer	44
6.1.1 Kommissionen	44
6.1.1.1 Kommentarer från doktrin	47

6.1.2	Tribunalen	48
6.1.2.1	Kommentarer från doktrin	52
6.1.3	Generaladvokatens förslag	54
6.1.3.1	Kommentarer från doktrin	57
6.2	EU-domstolens avgörande	59
6.2.1	Kommentarer från doktrin	61
7	SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	66
7.1	Avvikande mönster	66
7.2	Rättssäkerhet	68
7.3	Angreppssätt för exklusivetsrabatter	70
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	75
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	80

Summary

In *Hoffmann-La Roche*, delivered in 1979, the CJEU held that rebates conditional upon exclusivity were abusive within the meaning of Article 102 TFEU. The CJEU applied a rule-based approach in which the exclusivity rebate was presumed to serve an anticompetitive purpose. Put differently, there was no plausible explanation other than the aim to eliminate competitors.

Where a rebate was not deemed to be abusive by its very nature, it became necessary to establish that it had anticompetitive ability. *Michelin I* established that, where a rebate scheme was not formally conditional upon exclusivity, it was necessary to consider all the circumstances to establish whether it amounted to an abuse of a dominant position. In other words, the question was whether the scheme had a ‘loyalty-inducing’ effect.

The experience acquired since *Hoffmann-La Roche*, revealed in line with contemporary economic research, that the effects that were presumed regarding exclusivity rebates did not reflect reality. Therefore, an increasing consensus arose against the application of rule-based approach to exclusivity rebates. The Commission in its ‘Guidance on Article 102’ considered that it should enforce against rebates only where practices were likely to have anti-competitive effects on the market. To assess anticompetitive effects the ‘Guidance on Article 102’ stated that it only intervenes where the abuse was capable of hampering competition from competitors which were considered to be as efficient as the dominant undertaking. This is assessed under the ‘effects-based’ approach which also included the ‘as efficient competitor test’.

In the *Intel* case, the CJEU supported the ‘effects-based’ approach and highlighted the ‘as efficient competitor test’. The conclusion deriving from the case is that the CJEU’s clarification is a step towards legal certainty.

However, the 'as efficient competitor test' is only but a mere proxy depending on the specific context of the case.

Sammanfattning

Sedan avgörandet i *Hoffmann-La Roche*, som meddelades 1979, har EU-domstolen anført att rabatter som är villkorade med exklusivitet utgör missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF. I *Hoffmann-La Roche* tillämpades ett formbaserat angreppssätt genom vilket exklusivitetsrabatterna ansågs inneha ett konkurrensbegränsande ändamål till sin natur och ansågs därför vara otillåtna per se. Med andra ord ansågs exklusivitetsrabatter tillämpas med det uteslutande syftet att utesluta dess konkurrenter.

För rabatter som inte till sin natur ansågs inneha konkurrensbegränsande ändamål, skulle en prövning av konkurrensbegränsande förmåga genomföras. I *Michelin I* etablerades att för rabatter som inte var formellt villkorade med exklusivitet skulle samtliga omständigheter beaktas för att konstatera huruvida rabatterna föranledde trohetsskapande effekter. Det vill säga huruvida rabatterna skapade lojalitet gentemot kunderna. Om sådan trohet kunde identifieras kunde utestängningseffekter på marknaden konstateras.

Sedan *Hoffmann-La Roche* har det genom ekonomisk forskning visats att premisserna, vilket det formbaserade angreppssättet kan härledas från, inte håller i praktiken. Rättsutvecklingen har därför gått mot ett mer verkningsbaserat angreppssätt som utreder omständigheter som har en faktisk påverkan på marknaden vad gäller negativ inverkan på effektivitet och konsumenternas välfärd. För att utreda konkurrensbegränsande förmåga har därför kommissionen tagit fram det vägledande dokumentet vilket utgår från att kommissionen endast ingriper om rabatten hämmar konkurrensen för konkurrenterna som anses vara lika effektiva som det dominerande företaget. Det verkningsbaserade angreppssättet som framgår av det vägledande dokumentet inkluderar även lika-effektiv-konkurrent-testet.

I *Intel*-avgörandet tillämpade EU-domstolens ett verkningsbaserat angreppssätt på exklusivetsrabatter och stärkte lika-effektiv-konkurrent-testets ställning vid en prövning av exklusivetsrabatter. Slutsatsen från avgörandet är att EU-domstolen klargör tillämpningen av angreppssättet på exklusivetsrabatter vilket är ett steg mot en starkare rättssäkerhet.

Förkortningar

EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Kommissionen	Europeiska kommissionen
Tribunalen	Europeiska unionens tribunal
Vägledande dokumentet	Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel [102] i [EU]-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 6 september 2017 meddelade EU-domstolen sitt avgörande i det utdragna *Intel*-målet.¹ Domstolen fastställde att företag i dominerade ställning som erbjuder exklusivitetsrabatter till kunder inte – per se – kan anses skyldiga till överträdelse av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF. Domstolen konstaterade att en mer omfattande utredning om exklusivitetsrabatternas utestängningsförmåga ska genomföras.²

Avgörandet i *Intel* markerar ett tydligt ställningstagande mot ett formbaserat angreppssätt som utgår från en kategorisering av rabattformer som otillåtna, och för ett verkningssystembaserat angreppssätt som angriper rabatter med hänsyn till dess utestängningsförmåga – oavsett form. De kommentarer som framkommit efter EU-domstolens avgörande i *Intel* har förkunnat att ett sådant angreppssätt utgör en rimlig utveckling av gällande rätt.³

Enligt tidigare gällande rättsuppfattning har exklusivitetsrabatter presumerats oförenliga med artikel 102 FEUF till sin natur och parallellt med ett sådant strikt förhållningssätt har en mer nyanserad bedömning tillämpats i rättspraxis för andra rabattsystem, så kallade trohetsskapande rabatter.⁴

En möjlig tolkning av avgörandet i *Intel* är att omständigheterna som prövats på trohetsskapande rabatter nu kan prövas på exklusivitetsrabatter. Ett sådant

¹ Se C-413/14, *Intel*.

² Se C-413/14, *Intel*, p. 138–139.

³ Se urval Pablo Ibáñez Colomo, *Comments on Case C-413/14 P, Intel: presumptions, effects-based analysis and open questions*; Alfonso Lamadrid, *More questions (and some answers) on, and beyond, Intel (C-413/14 P)*; Pablo Ibáñez Colomo, *More on Intel: some thoughts after the IBA Conference in Florence*. Edward W. Batchelor och Keith R Jones, *Rebates Rules Revised: CJEU Requires Economic Assessment of Rebate Scheme; Loyalty Rebates Case Law Must be "Further Clarified"*.

⁴ Se Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 6–7.

skifte medför att rättspraxis till trohetsskapande rabatter kan ligga till grund för tolkning av exklusivitetsrabatter framöver.

Vad gäller utredningen av utestängandeförmåga konstaterade EU-domstolen i *Intel* att följande omständigheter ska utredas: omfattningen av dominantens ställning, den marknadstäckning som rabatten har, villkoren och sättet för beviljandet av rabatterna, storleken på rabatterna och hur länge de har tillämpats, samt bevisa huruvida det funnits en strategi att utestänga konkurrenter som är lika effektiva som dominanten.⁵

För trohetskapande rabatter ska samtliga omständigheter beaktas.⁶ Det följer även av det vägledande dokumentet, som fastställer hur kommissionen ska prioritera missbruksmål, att andra omständigheter kan ligga till grund för en bedömning av uteslutandeförmåga, exempelvis en prövning av lika-effektiv-konkurrent-testet.⁷

Vilket inbördes förhållande de uppräknade omständigheterna i *Intel* har sinsemellan och huruvida ytterligare omständigheter kan beaktas vid en bedömning av exklusivitetsrabatter framgår inte av EU-domstolens avgörande i *Intel*.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att utreda rättsutvecklingen för trohetskapande rabatter genom rättspraxis och doktrin samt *Intel*-målets betydelse i förhållande till denna. Utifrån detta kan rättsföljder fastställas för hur exklusivitetsrabatter ska angripas.

Med anledning av detta ska de vägledande frågeställningar för uppsatsen utgöra:

⁵ Se C-413/14, *Intel*, p. 139.

⁶ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 73.

⁷ Se Vägledande dokumentet, p. 33–34, 39–45.

1. Hur förhåller sig EU-domstolens avgörande i *Intel* till tidigare rättspraxis?
2. Har EU-domstolens avgörande i *Intel* skapat rättssäkerhet vad gäller angreppssätt för exklusivitetsrabatter?
3. Hur ska exklusivitetsrabatter utredas? Är lika-effektiv-konkurrent-testet en nödvändig beståndsdel för missbruksbedömningen?

1.3 Metod och material

I förevarande uppsats tillämpas en rättsdogmatisk och en EU-rättslig metod för att tillfredställande besvara uppsatsens syfte och frågeställningar. För att upprätthålla en genomgående rättsdogmatisk metod utgår uppsatsen utifrån vedertagen rättskällehierarki genom vilket gällande rätt redogörs.

Den gällande rätten avseende rabattsystem har utvecklats inom EU-rätten. Förhållandet mellan europeisk och svensk konkurrensrätt regleras i tillämpningsförordningen⁸ där europeisk konkurrensrätt är överordnad.⁹

Den svenska konkurrensrätten har reglerats till stor del i ljuset av den europeiska konkurrensrätten vilket kommer till uttryck i konkurrenslagen¹⁰, för att skapa en mer enhetlig tillämpning.¹¹ Den svenska motsvarigheten till artikel 102 FEUF är nästintill semantiskt likalydande och avsågs vid införandet, få en materiell rättslikhet. Dessutom ska ledning vid tillämpning av konkurrenslagen hämtas från den rättspraxis som utvecklas vid EU-domstolen.¹² Den enda väsentliga skillnaden från den svenska konkurrensrätten, är samhandelskriteriet. Samhandelskriteriet innebär att den konkurrensbegränsande åtgärden som vidtas av företag måste påverka handel

⁸ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, OJ L 1, 4.1.2003.

⁹ Se artikel 3, tillämpningsförordningen. Hänvisning till förordningen förekommer även i 1:3 KL.

¹⁰ Konkurrenslag (2008:579).

¹¹ Se Prop. 1992/93:56, s. 19.

¹² Se Prop. 1992/93:56, s. 21.

mellan två eller flera medlemsstater. Anledningen till detta är att syftet med den europeiska konkurrensrätten är att skydda konkurrensen inom den inre marknaden. För svensk del avser den nationella konkurrensrätten att skydda den effektiva konkurrensen på den svenska marknaden.¹³ I enlighet med den rättsdogmatiska metoden samt uppsatsens syfte och frågeställningar kan således svenska rättskällor bortses ifrån.

EU-rättens rättskällor är uppdelade i primära och sekundära rättskällor, där primärrätten är överordnad.¹⁴ De primära rättskällorna utgörs av fördraget samt de bilagor och protokoll som är tillfogade.¹⁵ De sekundära rättskällorna utgörs av förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden.¹⁶ Rättspraxis från EU-domstolen och tribunalen har också ett starkt rättskällevärde. EU-domstolens avgöranden har företräde framför avgöranden från tribunalen.¹⁷ Vid avsaknad av EU-domstolens rättspraxis, har tribunalens avgörande starkare rättskällevärde än sekundärrätten samt andra rättskällor såsom doktrinen och generaladvokatsyttranden.¹⁸

Uppsatsen tar en utgångspunkt i primärrätten eftersom förbudet mot missbruk av dominerande ställning stipuleras i artikel 102 FEUF. Med anledning av fördragets svaga utformning tar uppsatsen dock ledning av framförallt EU-domstolens rättspraxis men även tribunalens i enlighet med den EU-rättsliga metoden.¹⁹ Prejudikatbildning är oerhört stark inom EU-rätten. Däremot är EU-domstolen inte formellt sett bundet av sitt egna prejudikat.²⁰ I förhållande till rättspraxis beaktas även sekundärrätten, i form av bindande rättsakter

¹³ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 49; Prop. 1992/93:56, s. 21.

¹⁴ Se artikel 263 FEUF; Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 27.

¹⁵ Se Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 25.

¹⁶ Se artikel 288 FEUF; Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 26.

¹⁷ Se Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 39.

¹⁸ Se Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 39.

¹⁹ Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 30.

²⁰ Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 32.

såsom beslut från kommissionen, och icke-bindande rättsakter såsom det vägledande dokumentet. För kommentarer på primärrätten och sekundärrätten beaktas även doktrinen i uppsatsen.

Vad gäller doktrin använts framförallt Karlsson och Östman, *Konkurrensrätten – en handbok*, från 2014 och Richard Whish och David Bailey, *Competition Law*, från 2015, för övergripande redogörelser i uppsatsen. Mer ingående redogörelser förekommer i form av artiklar. Den akademiska diskursen på området är omfattande vad gäller exklusivitetsrabatter och trohetskapande rabattsystem. Däremot är majoriteten av dessa artiklar skrivna innan EU-domstolen meddelande sitt avgörande den 6 september 2017 och har således främst betydelse för rabattsystemens rättsutveckling. För kommentarer på och analyser av EU-domstolens avgörande i *Intel* utgör framförallt Alfonso Lamadrid de Pablo och Pablo Ibáñez Colomo som tillsammans driver bloggen *Chillin' Competition*²¹ underlag till uppsatsen. Pablo Ibáñez Colomo är professor i juridik vid London School of Economics och gästföreläsare vid College of Europe (Bruges). Alfonso Lamadrid är ansvarig jurist²² för EU- och konkurrensrätt på Advokatbyrån Garrigues. Även Nicolas Petits artikel ”The judgment of the EU Court of Justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases” redogörs för. Nicolas Petit är professor i konkurrensrätt vid University of Liege, Belgien.

En deskriptiv metod tillämpas för att fastställa den rättsutveckling som rabattsystemen har haft. Utifrån vad som redogjorts, används en problemorienterad metod för att identifiera och belysa avvikande mönster i förhållande till gällande rätt. Uppsatsen består till stor del av rättskällehierarkins svagare rättskällor, nämligen rättspraxis och doktrinen, och av den orsaken tillämpas ett kritiskt förhållningssätt gentemot dessa rättskällor. Sammantaget går metoderna ut på att kartlägga och systematisera rättsområdet för att sedan redogöra för gällande rätt.

²¹ <https://chillingcompetition.com/>.

²² Författarens översättning av ”principal associate”.

I förhållande till lika-effektiv-konkurrent-testet förekommer även viss ekonomisk teori. Då syftet med uppsatsen är att förhålla sig till en juridisk metod, bortsetts det från ingående utredning av de ekonomiska begrepp som förekommer vid en tillämpning av lika-effektiv-konkurrent-testet.

Materialet till grund för uppsatsen är nästan uteslutande på engelska. I de fall där materialet har funnits översatt till svenska har den svenska översättningen använts. I de fall där ordalydelsen har varit av särskild betydelse har en jämförelse mellan översättningarna gjorts.

1.4 Avgränsning

Med uppsatsen utreds exklusivitets- och trohetsrabatter i ljuset av uteslutande missbruk av dominerande ställning. Det förutsätts därför att läsaren har en grundläggande förståelse för den europeiska konkurrensrätten. Således behandlas varken bakgrunden till artikel 102 FEUF eller utredning av dominerande ställning.

Det finns flera former av missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Uppsatsen behandlar dock endast uteslutande missbruk. Likaså kan uteslutande missbruk komma till uttryck på flera sätt, exempelvis genom prissättningsmetoder. I den här uppsatsen behandlas endast rabattformer.

1.5 Disposition

Uppsatsen utgår ifrån en deskriptiv metod och beskriver exklusivitets- och trohetsrabatternas rättsutveckling och som sedan knyter an till *Intel*-avgörandet. EU-domstolens avgörande i *Intel* har ett antal fundamentala juridiska beståndsdelar som behöver förstås i sin kontext av rättsutvecklingen.

I kapitel två redovisas syftet med konkurrensrätten som utgör utgångspunkt för fastställandet av exklusivitetsrabatternas förenlighet med gällande rätt. I

kapitel tre redovisas den uttryckliga utformning av artikel 102 FEUF och på vilket sätt fördragsbestämmelsen sätter ramarna för gällande rätt. I kapitel fyra följer en genomgång av schismen mellan det formbaserade och verkningsbaserade angreppssätt som rättstillämpare tillgripit för de olika rabattsystem. I kapitel fem redovisas det angreppssätt som använts för trohetskapande rabatter som efter EU-domstolens avgörande i *Intel* har betydelse för exklusivitetsrabatter. I kapitel sex följer en genomgång av *Intel*-avgörandet i sin helhet med kommentarer från doktrinen som anknyter till tidigare rättspraxis. Slutligen i kapitel sju redovisas de slutsatser som följer av *Intel* och avgörandets förhållande till rättspraxis.

2 Konkurrensrättens syfte

EU-domstolen erinrar inledningsvis i *Intel* om syftet med artikel 102 FEUF.²³ Utgångspunkten för att fastställa exklusivitetsrabatters förenlighet med gällande rätt förutsätter därför en redogörelse över konkurrensrättens syfte. Genom att fastställa syftet med konkurrensrätten i sin helhet eller mer specifikt vad gäller bestämmelsens syfte, kan rättstillämparen fastställa huruvida rabatten är förenligt med gällande rätt eller inte. Syftet fungerar som ett rättesnöre när konkurrensrättens bestämmelser är uttryckligen vaga och när rättspraxis är tvetydigt. Således kommer konkurrensrättens syfte utgöra en omständighet att beakta vid fastställande av gällande rätt när det kommer till exklusivitetsrabatter. Uppsatsens syfte och frågeställningar är inte att besvara konkurrensrättens yttersta ändamål, men läsaren bör ha dessa ”tankar” som bakgrund vid fortsatt läsning.

I artikel 3.1.b i FEUF stipuleras att konkurrensregler ska upprättas för vad som är nödvändigt för den inre marknads funktion. Det följer även av protokoll nummer 27²⁴ att den inre marknaden ska innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids. I flera avgöranden har EU-domstolen och tribunalen fastställt att begreppet – konkurrens – som framgår i FEUF avser upprätthållandet av effektiv konkurrens, i vilket avses den grad av konkurrens som är nödvändig för att upprätthålla de grundläggande kraven i fördraget.²⁵ Vilket ändamål som då är eftersträvansvärt har under rättsutvecklingens gång förekommit delade meningar om.²⁶

I mitten av 1900-talet fram till millennieskiftet har rättspraxis från EU-domstolen och kommissionen varit influerade av ordoliberalism. Ordoliberalism ger uttryck för ett skydd av den grundläggande strukturen för

²³ Se C-413/14, *Intel*, p. 133.

²⁴ Protokoll (nr 27) Om den inre marknaden och konkurrens.

²⁵ Se urval C-26/76, *Metro*, p. 20; C-6/72, *Continental Can*, p. 25; T-168/01, *GlaxoKlineSmith*, p. 109.

²⁶ Se Jones och Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, s. 34.

konkurrens som sådan. Skyddet för den individuella ekonomiska friheten har uppfattats som det överordnade syftet för konkurrensrättens ändamål som skulle upprätthållas på den inre marknaden. Ändamålet har dock kritiserats för att de facto skydda konkurrenterna istället för konkurrensen.²⁷ Under 1990 tog kommissionen steg för att harmonisera europeisk konkurrensrätt med modern ekonomisk teori genom att istället beakta faktorer som effektivitet och hänsyn till konsumenternas välfärd, den så kallad post-Chicago tankeskolan med inriktning på konsumenternas välfärd.²⁸ Utvecklingen utmynnade i en utredning från Generaldirektoratet²⁹ och sedermera det vägledande dokumentet för tillämpning av artikel 102 FEUF. Det vägledande dokumentet stadfäster kommissionens syn på konsumenternas välfärd och effektivitet som faktorer att särskilt beakta vid en prövning av konkurrensbegränsande effekter.³⁰ Konsumenternas skyddsintresse har återkommande från andra håll inom kommissionen framkommit.³¹ Även EU-domstolen har anslutit sig till sådan uppfattning.³²

Den övervägande delen av doktrinen anser också att konkurrensrättens skyddsobjekt är konsumenternas välfärd och effektivitet. Wouter P.J. Wils³³ framhåller dock att förordningens bestämmelser, i form av protokoll 27 och 3.1.b i FEUF, uteslutande framhäver skyddet för konkurrensprocessen som sådan, det vill säga att förhindra en snedvridning av marknaden. Med hänsyn till den europeiska rättskällehierarkin finnas det således inget utrymme för rättstillämparen att identifiera annat överordnat syfte. Däremot anser Wils att förbudet mot snedvridning av marknaden givetvis kan medföra positiva

²⁷ Se Philip Lowe, *Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy?*, s. 2–3; Jones och Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, s. 37–39.

²⁸ Se Wouter P.J. Wils, *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, s. 6, 11.

²⁹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

³⁰ Se Jones och Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, s. 39–40.

³¹ Se Mario Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*; Neelie Kroes, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*; Vägledande dokumentet, p. 5–6.

³² Se urval C-280/08, *Deutsche Telekom*, p. 180; C-52/09, *TeliaSonera*, p. 22; C-209/10, *Post Danmark I*, p. 21 och 24.

³³ Förhørsombud vid kommissionen och gästprofessor vid King's College London, Storbritannien.

effekter på konsumenternas välfärd och effektivitet såsom bredare konsumentutbud, konkurrens genom pris och prestation samt lika villkor för marknadens parter, men att ändamålet kvarstår som överordnat.³⁴ Argumentet är dock inte vedertaget inom doktrinen. Nicolas Petit anser exempelvis att Wils tolkning av protokoll 27 som konkurrensrättens syfte är alltför extensiv.³⁵

Jones och Sufrin framhäver att utifrån konkurrensrättens centrala bestämmelser kan urskiljas vissa koncept som talar för en tolkning i enlighet med ett särskilt beaktande av konsumenternas välfärd. I artikel 101.3 FEUF stipuleras exempelvis att förbudsbestämmelsen inte nödvändigtvis måste tillämpas om det innebär att konsumenterna får ta en skälig del av den vinst som missbruksförfarandet föranleder. I artikel 102.a FEUF framgår det även att missbruk kan bestå i begränsad produktion, marknad eller teknisk utveckling om den är till nackdel för konsumenterna.³⁶

Utvecklingen mot att harmonisera europeisk konkurrensrätt med den moderna ekonomiska teori om effektivitet och hänsyn till konsumenternas välfärd, ska förstås så att rättstillämparen ska utifrån ekonomiska teorier och metoder fastställa relevant fakta som kan ligga till grund för att bevisa att befarat missbruksförfarande föranleder effekter på marknaden som är skadliga för konsumenterna.³⁷ Sammanfattningsvis tenderar majoritet av rättskällorna att förespråka skyddet för konsumenternas välfärd och effektivitet. Det innebär dock inte att frågan slutligen är avgjord, men visar på vilka grundläggande teorier som är härskande vid skapandet av gällande rätt.

³⁴ Se Wouter P.J. Wils, *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, s. 16.

³⁵ Se Nicolas Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, s. 58–59.

³⁶ Se Jones och Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, s. 35–36.

³⁷ Se Schweitzer och Patel, artikel *EU Competition Law in Historical Context: Continuity and Change*, i sammanställningen *The Historical Foundations of EU Competition Law*, s. 220.

3 Missbruk av dominerande ställning

3.1 Bakgrund

Bestämmelsen om missbruk av dominerande ställning regleras i 102 FEUF och stipulerar i huvudsak att missbruk av dominerande ställning på marknaden är förbjuden. Vid tillämpning av artikel 102 FEUF, delas bestämmelsen vanligtvis in i två delar, nämligen dominerande ställning och missbruk, varpå det ena förutsätter den andra för att utgöra överträdelse.

För en förståelse av vad som kan utgöra missbruk i bestämmelsens mening ger bestämmelsen ledning i form av ett antal uppräknade exempel. Listan är dock inte uttömmande och rättspraxis har vidareutvecklat begreppets innebörd.³⁸ Det ska noteras att det inte finns ett behov att identifiera ett av de uppräknade exemplen i artikel 102 FEUF, utan bestämmelsen kan tillämpas i sin helhet.³⁹ Någon vidare ledning för missbruk, går det inte att få från bestämmelsernas uttryckliga utformning. Det finns exempelvis inget uttryckligt krav på att missbruksförfarandet ska ha ett konkurrensbegränsande syfte eller effekt, såsom stipuleras i förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i artikel 101 FEUF. Begreppet missbruk, tillsammans med dominans, har beskrivits som de mest obestämda och oklara begreppen inom EU-rätten.⁴⁰ EU-domstolen, tribunalen och kommissionen har därför försökt utveckla innehållet i bestämmelsen.

Det kan kort redogöras för begreppet dominerande ställning. I *United Brands*⁴¹ kodifierade EU-domstolen begreppet som situationen när företaget

³⁸ Se C-6/72, *Continental Can*, p. 26.

³⁹ Se T-201/04, *Microsoft*, p. 861.

⁴⁰ Se C-85/76, *Hofmann-La Roche*, p. 4.

⁴¹ C-27/76, *United Brands*.

har en sådan ekonomisk maktställning att den kan hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att kunna agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och konsumenter.⁴² Företag i dominerande ställning tenderar därför att kontrollera oundgängliga resurser på marknaden som konkurrenter, kunder och/eller konsumenter inte kan införskaffa från annan.⁴³

Med en sådan makt har därför dominanten tilldelats ett särskilt ansvar att inte missbruka sådant inflytande.⁴⁴ Dominerande ställning är således inte otillåten i sig utan förutsätter att sådant inflytande missbrukas för att dominanten ska göra sig skyldig till en överträdelse, att med hänsyn till sitt särskilda ansvar inte skadar en effektiv konkurrens och upprätthåller en icke-snedvriden konkurrens.⁴⁵

3.2 Missbruk

EU-domstolen har inte definierat missbruk med en allmängiltig bred definition utan begreppet har växt fram genom flera rättsfall.⁴⁶ I *Hoffman-La Roche*⁴⁷ definierades missbruk som ett objektiva begrepp som omfattar beteenden hos företag i dominerande ställning som, på en relevant marknad där konkurrensen är försvagad med anledning av det dominerande företags närvaro, hindrar konkurrensen genom användandet av andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens.⁴⁸ I *Atlantic Container Line*⁴⁹ förtydligades att ”normala” åtgärder inte avser sedvanlig branschpraxis i det att den är vanligt förekommande.⁵⁰ Vad som utgör normal konkurrens kan förstås med en annan mer etablerad princip, normal pris- och

⁴² Se C-27/76, *United Brands*, p. 65.

⁴³ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 642.

⁴⁴ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 57; C-202/07, *France Télécom*, p. 105; C-280/08, *Deutsche Telekom*, p. 176; C-52/09, *TeliaSonera*, p. 24.

⁴⁵ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 57.

⁴⁶ Se Whish och Bailey, *Competition Law*, p. 5.80.

⁴⁷ C-85/76, *Hoffmann-La Roche*.

⁴⁸ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 91.

⁴⁹ T-191/98, *Atlantic Container Line*.

⁵⁰ Se T-191/98, *Atlantic Container Line*, p. 1125.

prestationskonkurrens.⁵¹ Utifrån *Hoffmann-La Roche* definition av missbruk, konstaterade domstolen i *Deutsche Telekom*⁵² att en dominant inte får stärkas på annat sätt än genom pris- och prestationskonkurrens.⁵³

För att vidare definiera vad som utgör pris- och prestationskonkurrens kan begreppet missbruk delas in i tre kategorier av missbruk. Det två första kategorierna avser exploaterande missbruk och diskriminerande missbruk. Den tredje kategorin av missbruk avser uteslutande missbruk, som är den missbruksformen som är mest förekommande i rättspraxis.⁵⁴ Den definition av missbruk från *Hoffmann-La Roche* som framgår ovan, förekommer ofta i mål som hanterar just uteslutande missbruk.⁵⁵

Uteslutande missbruk, eller utestängande missbruk, innebär att en dominant har förmågan att förhindra konkurrenter från att etablera sig på marknaden eller att förhindra deras upprätthållande och utveckling på marknaden. En sådan utestängande åtgärd kan ske antingen på grossist- eller slutkundsledet. Det finns olika typer av åtgärder som kan föranleda utestängande effekter för konkurrenter där vertikal och horisontell uteslutning utgör två. Vertikal uteslutning förekommer när dominant vidtar åtgärder som exkluderar konkurrenten till en produkt, vanligtvis en oundgänglig sådan. Vad gäller horisontell uteslutning förekommer denna när en dominant vidtar åtgärd som exkluderar en konkurrent från att kunna erbjuda varor till kunden. Horisontell uteslutning är särskild vanligt när det gäller exklusivitetsåtaganden, rabattsystem och underprissättning.⁵⁶

För att mer ingående utreda vad som avses med normal pris- och prestationskonkurrens inom uteslutande missbruk när dominanten har

⁵¹ Se Whish och Bailey, *Competition Law*, p. 5.82.

⁵² C-280/08, *Deutsche Telekom*.

⁵³ Se C-280/08, *Deutsche Telekom*, p. 177.

⁵⁴ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 663-665; Whish och Bailey, *Competition Law*, p. 5.99–5.100.

⁵⁵ Se urval C-322/81, *Michelin I*, p. 70; C-62/86, *AKZO*, p. 69; C-95/04, *British Airways* p. 66; C-52/07, *Kanal 5 och TV 4*, p. 25.

⁵⁶ Se Whish och Bailey, *Competition Law*, p. 5.110–5.111.

tillämpat ett rabattsystem, ska en redogörelse av vanligt förekommande rabattsystem presenteras.

4 Rabattsystem

4.1 En genomgång av rabattsystem

En leverantör har flera sätt genom vilket den kan förmå köpare att genomföra sina inköp hos denne. Det mest självklara sättet är att erbjuda en produkt av kvalité och pris som är mer attraktivt än konkurrenterna. Ett annat sätt är att erbjuda rabatter. Rabattsystem är vanligt förekommande metoder för pris- och prestationskonkurrens för att locka köpare att ta del av företagets produkter och tjänster. En rabatt är dock oförenlig med förbudet av missbruk av dominerande ställning om kunderna diskrimineras eller exploateras i förhållande till de andra, eller att konkurrenter utesluts genom att kunder binds upp genom exklusivitetsskyldigheter eller genom andra trohetsskapande villkor gentemot dominanten.⁵⁷

Rabatter har kategoriserats på olika sätt i rättspraxis. I den här uppsatsen kan tribunalens kategorisering i *Intel* av de olika rabattformerna utgöra exempel. I *Intel* delade tribunalen upp rabatter in i tre olika kategorier: mängdrabatter, exklusivitetsrabatter och rabatter tillhörande den tredje gruppen, som i den här uppsatsen kallas för trohetsskapande rabatter.⁵⁸

Vad gäller mängdrabatter ansåg EU-domstolen redan i *Hoffmann-La Roche*, som vidareutvecklades i *Michelin II*⁵⁹, att dessa rabattsystem genom att erbjuda kunder de stordriftsfördelar som dominanten åtnjuter med anledning av kundens stora inköpsorder – genom rabatt – inte kan anses ha sådana utestängningseffekter som är förbjudna enligt 102 FEUF.⁶⁰ En sådan utgångspunkt är återkommande i rättspraxis.⁶¹ En tillåten mängdrabatt är

⁵⁷ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 735–736.

⁵⁸ Se T-286/09, *Intel* p. 74–78.

⁵⁹ T-203/01, *Michelin II*.

⁶⁰ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 58 som hänvisar till C-322/81, *Michelin I*, p. 71 som i sin tur hänvisar till *Hoffmann-La Roche*, p. 90.

⁶¹ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 71; C-23/14, *Post Danmark II*, p. 27.

konstruerade så att en kostnadsbesparing tilldelas kunden när kunden köper en viss ordermängd och som tillämpas lika för alla kunder. Kundens stora inköpsorder utgör en ekonomisk motprestation i förhållande till dominantens erbjudan om rabatt. En mängdrabatt ska vara fri från villkor om exklusivitet eller andra villkor som hindrar kunden från att köpa från andra inköpskällor. En villkorad mängdrabatt kan anses utgöra missbruk av dominerande ställning om mängdrabatten inte uteslutande är knutet till mängden inköpta varor.⁶² En ”ren” mängdrabatt skapar en effektiv konkurrens där köparen kan ta del av effektivitetsvinster i form av minskade kostnader för att producera eller leverera produkten. En ren mängdrabatt är därför i linje med normal pris- och prestationskonkurrens.⁶³

Vad gäller exklusivitetsrabatter avsåg tribunalen i *Intel* sådana rabatter som förekom i *Hoffmann-La Roche*.⁶⁴ Exklusivitetsrabatten i *Hoffman-La Roche* var en rabatt som tilldelades kunden utefter kundens fullständiga eller nästan fullständiga inköpsförmåga. Ju större andel inköpsförmåga som tilldelades dominanten exklusivt, desto större rabatt erbjöds kunden. Rabatten tilldelades kunden med en stigande procentsats beroende på hur stor andel av omsättningen som inköpen uppgick till.⁶⁵ Rabatten gavs som en motprestation för exklusivitet och skiljer sig därför från mängdrabatter som enbart grundar sig på inköpsorder som föranleder stordriftsfördelar.⁶⁶

Exklusivitetsrabatter har en tendens att utesluta konkurrenter då kunderna inte kan söka andra inköpskällor, det vill säga en horisontell avstängningseffekt.⁶⁷ Exklusivitetsrabatten grundar sig vanligtvis inte på en ekonomisk motprestation från kundens sida, utan syftar till att frånta eller inskränka möjligheten för kunden att välja andra inköpskällor och att hindra konkurrenter från att tillträda den relevanta marknaden. Ett sådant beteende

⁶² Se C-322/81, *Michelin I*, p. 72; T-203/01, *Michelin II*, p. 59; C-23/14 Post Danmark II, p. 28.

⁶³ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 736–738.

⁶⁴ Se T-286/09, *Intel*, p. 76.

⁶⁵ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 97. Se även förslag till avgörande av generaladvokat N. Wahl föredraget den 20 oktober 2016 (Wahl), p. 63.

⁶⁶ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 92–100.

⁶⁷ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 745–746.

ansågs i *Hoffmann-La Roche* vara oförenligt med målet att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte skulle snedvridas.⁶⁸

I *Hoffmann-La Roche* konstaterade EU-domstolen följande principuttalande:

”För ett företag som har en dominerande ställning på en marknad innebär det i enlighet med artikel [102] i fördraget ett missbruk av den dominerande ställningen att binda köpare genom en skyldighet eller ett löfte att göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande hos detta företag, även om det sker på köparnas begäran och oavsett om förpliktelsen gäller utan vidare eller motsvaras av en rabatt.

Så är även fallet om det dominerande företaget, utan att binda köparna genom en formell förpliktelse, antingen enligt avtal med köparna eller ensidigt tillämpar ett system med trohetsrabatter, dvs. rabatter som ges under villkor att kunden — för övrigt oavsett om denne köper för avsevärda eller obetydliga belopp — gör alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande hos företaget med dominerande ställning.

Såväl exklusiva inköpsförpliktelser av detta slag, med eller utan rabatter, som trohetsrabatter för att ge köparen incitament att endast köpa från företaget med dominerande ställning är oförenliga med målet att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte skall snedvridas. De grundar sig nämligen inte - fränsett då exceptionella förhållanden föreligger som kan medföra att ett avtal mellan företag inom ramen för artikel [101], särskilt punkt 3 i denna, är tillåtet - på en ekonomisk transaktion som motiverar en sådan börda eller förmån, utan syftar till att fränta eller inskränka möjligheten för köparen att välja sina

⁶⁸ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 90.

inköpskällor och till att hindra andra tillverkares tillträde till marknaden.”⁶⁹

Enligt tribunalen i *Intel* utgjorde exklusivitetsrabatterna i *Hoffmann-La Roche* rabatter, där förvisso inget hundraprocentigt inköpskrav uppställdes, men som var villkorade av att kunden gjorde en betydande del av sina inköp hos dominanten.⁷⁰

Vad gäller trohetsskapande rabatter avsåg tribunalen i *Intel* rabattsystem med ekonomiska incitament som inte var direkt kopplade till ett krav på att inköpen skulle ske uteslutande från dominanten, men där villkoren för beviljandet av rabatt också kunde få en trohetsskapande effekt såsom exklusivitetsrabatter. Trohetsskapande rabatter skiljer sig från rena mängdrabatter och exklusivitetsrabatter på det sättet att rabatterna inte innehar villkor som uteslutande korrelerar med en stordriftsfördel eller innehar en exklusiv försäljningsrättighet.⁷¹

Till trohetsskapande rabatter tillhör bland annat målrabatter med individuella försäljningsmål.⁷² Vid målrabatter utgår rabatten i förhållande till den mängd av inköp som kunden genomför – på samma sätt som mängdrabatter – men mängden ifråga behöver nödvändigtvis inte korrelera med stordriftsfördelar. Målrabatter är rabatter som tilldelas kund om kunden under en begränsad referensperiod överstiger ett visst tröskelvärde. Dominanten kan genom beräkning av kundens totala förväntade inköp under en referensperiod ta fram individuella försäljningsmål som korrelerar med kundens hela, eller nästa hela förväntade inköp.⁷³ En sådan målrabatt leder till trohetsskapande effekter där kunden i realiteten förutsätts köpa hela inköpsförfrågan hos dominanten. Ett sådant tillräckligt högt satt mål som uppställs individuellt för varje enskild kund ger incitament till kunden att nå målet, i vilket övriga

⁶⁹ C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 89–90.

⁷⁰ Se T-286/09, *Intel*, p. 76.

⁷¹ Se T-286/09, *Intel*, p. 78.

⁷² Se T-286/09, *Intel*, p. 78.

⁷³ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 76.

leverantörer utesluts som potentiella inköpskällor. Rabattsystemet minskar antalet potentiella inköpskällor från köparens perspektiv när köparen känner sig tvungen att nå de högt uppsatta rabattmålen.⁷⁴ Retroaktiv målrabatt kallas sådant rabattsystem som tilldelas kunden när målet har uppnåtts, dels för inköpen som överstiger tröskelvärdet och dels på inköpen som lett upp till tröskelvärdet.⁷⁵ Inkrementella målrabatter kallas sådan rabatt som baseras enbart på inköp över tröskelvärdet.⁷⁶ Retroaktiva målrabatter har ansetts föranleda starkare trohetsskapande effekter eftersom att kunden skulle förlora den retroaktiva rabatten om de skulle välja att flytta över en del av efterfrågan till en konkurrent. Dessutom ökar uteslutningseffekten i takt med inköpen. Uteslutningseffekter är störst på den sista köpta produkten innan tröskelvärdet överskrids.⁷⁷

4.2 Formbaserat och verkningsbaserat angreppssätt

För att göra en betydelsefull avgränsning mellan tillåten och otillåten rabatt har under rättsutvecklingen i rättspraxis tillämpats två olika angreppssätt. Det formbaserat angreppssätt är ett mer regelstyrt angreppssätt som utgår utifrån en kategorisering av rabattformer som presumtvt otillåtna, och ett verkningsbaserat angreppssätt som utreder rabatternas effekter på marknaden *in concreto*.⁷⁸

För att konstatera missbruk i enlighet med det verkningsbaserade angreppssättet, i den mening som avses i artikel 102 FEUF, förutsätts att missbruksförfarandet skapar uteslutande effekter på marknaden.⁷⁹ Det

⁷⁴ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 742–745.

⁷⁵ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 752.

⁷⁶ Se Vägledande dokumentet, p. 46.

⁷⁷ Se C-95/04, *British Airways*, p. 73; C-23/14, *Post Danmark II*, p. 33.

⁷⁸ Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 4.

⁷⁹ Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 4.

verkningsbaserade angreppssättet ska tillämpas på mängdrabatter. Mängdrabatter har ansetts utgöra rabatter som till sin natur är förenliga med normal pris- och prestationskonkurrens och kan därför inte presumeras skadliga. För mängdrabatter förutsätts en fullständig utredning av rabatternas konkurrensbegränsande effekter prima facie av rättstillämparen, vilket är förenligt med ett verkningsbaserat angreppssätt.⁸⁰

Det formbaserade angreppssättet har tillämpats på exklusivitetsrabatter och trohetsskapande rabatter. Exklusivitetsrabatter och trohetsskapande rabatter presumerades föranleda uteslutande effekter på marknaden och förutsätter därmed ingen utredning av effekter. Rabatterna anses prima facie vara otillåtna.⁸¹ Ett formbaserat angreppssätt innebär att rättstillämpare inte behöver beakta huruvida rabatterna har orsakat uteslutande effekt på marknaden in concreto, det presumeras.⁸²

Det formbaserade angreppssättet skiljer sig dock åt mellan rabattformerna exklusivitets- och trohetsskapande rabatter.

Vad gäller exklusivitetsrabatterna har de innan EU-domstolens avgörande i *Intel* ansetts, till sin natur, vara oförenliga med en effektiv konkurrensrätt och har därför inte tillåtits per se, såtillvida inga effektivitetsvinster eller objektivt godtagbara skäl har förelegat, varom mer följer i avsnittet ”5.4 Tillåtet missbruk”.⁸³ Fram tills *Intel* var *Hoffmann-La Roche* det enda målet som direkt prövat exklusivitetsrabatter, även om principuttalandet från *Hoffmann-La Roche* har upprepats som ett mantra i efterföljande rättspraxis.⁸⁴ Någon

⁸⁰ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 58–60; Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 736–738.

⁸¹ Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 4.

⁸² Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 2–4; Whish och Bailey, *Competition law*, p. 5.91.

⁸³ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 89. Vad gäller exceptionella omständigheter se avsnitt ”5.4 Tillåtet missbruk”. Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 4. Jämför även med T-286/09, *Intel* p. 94.

⁸⁴ Se urval T-155/06, *Tomra*, p. 208; C-322/81, *Michelin I* p. 71; T-286/09, *Intel*, p. 72.

utredning av uteslutande förmåga eller effekt på marknaden har således inte varit relevant att genomföra för exklusivetsrabatter.⁸⁵

Enligt Pablo Ibáñez Colomo grundar sig denna misstänksamhet gentemot exklusivetsrabatter från principuttalandet i *Hoffmann-La Roche* där EU-domstolen konstaterar att exklusivetsrabatter ”syftar till” att begränsa inköpskällor och till att hindra marknadsinträde.⁸⁶ Enligt Nicolas Petit kan den engelska översättningen förorsakat missförstånd avseende EU-domstolens uppfattning av exklusivetsrabatternas syfte. Av den engelska översättningen av *Hoffmann-La Roche* framgår det att rabatten är ”konstruerad”⁸⁷ att inskränka kundernas inköpskällor och till att hindra marknadsinträde. Men i den franska översättningen framgår det att rabatten ”tenderar”⁸⁸ att inskränka kundernas inköpskällor och till att hindra marknadsinträde.⁸⁹ Då domarna överlägger utan tolk på ett gemensamt språk som av tradition är franska finns det risk att det uppstått språkförbistringar.⁹⁰ Läsningen av de olika översättningarna kan ge olika versioner om hur man ska tolka exklusivetsrabatterna natur vilket diskuteras mer ingående i avsnittet nedan ”6.1.2.1 Kommentarer från doktrin”.⁹¹

Vad gäller trohetsskapande rabatter fann EU-domstolen i *Michelin I* att samma presumtion som i *Hoffmann-La Roche* – vad gäller exklusivetsrabatter – prima facie även skulle gälla för trohetsskapande rabatter.⁹² Däremot var det nödvändigt att beakta samtliga omständigheter för att konstatera att rabatten faktiskt föranledde konkurrensbegränsande effekter.⁹³ Att trohetskapande rabatter ska presumeras otillåtna men

⁸⁵ Se Whish och Bailey, *Competition Law*, p. 17.10.

⁸⁶ Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 19.

⁸⁷ Författarens översättning från ”designed to”.

⁸⁸ Författarens översättning av ”tend to” från Nicolas Petit översättning av ”tendent” i Petit, Nicolas, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, p. 36.

⁸⁹ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 90 på de olika översättningarna.

⁹⁰ Se Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 30.

⁹¹ Se Nicolas Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, p. 35–36.

⁹² Se C-322/81, *Michelin I*, p. 71; Wahl, p. 61.

⁹³ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 72.

förutsätter en utredning av samtliga omständigheter ger dock ett anmärkningsvärt tvetydigt intryck.⁹⁴ Orsaken till särskiljandet från exklusivetsrabatter var att rabatten i *Michelin I* inte formellt sett grundade sig på exklusivitet. Rabatten grundade sig inte på en inköpsskyldighet att uteslutande genomföra hela, eller nästa hela, sitt inköp hos Michelin såsom rabatten i *Hoffmann-La Roche*.⁹⁵ Rabatten utgjorde istället en målrabatt som till följd av en utredning av samtliga omständigheter visade hade knutit kunderna nära till sig genom att skapa trohet till Michelin.⁹⁶ Kriterierna för beviljandet av rabatten och dess syfte var bedömningskriterier av särskild betydelse.⁹⁷

Ett sådant formbaserat angreppssätt för trohetsskapande rabatter skiljer sig således från det per se angreppssätt som ansetts tillämpliga på exklusivetsrabatter, då rättstillämparen inte prima facie kunde presumera konkurrensbegränsande effekter, utan var tvungen in casu visa att sådana trohetsskapande effekter förelåg.⁹⁸ Angreppssättet för trohetsskapande rabatter tenderar därför att efterlikna det verkningsbaserade angreppssättet.

Det formbaserade angreppssättet stipulerar en presumtion att vissa rabattformer föranleder uteslutande effekter på marknaden. Enligt *Hoffmann-La Roche* grundar sig nämligen rabatten inte på en ekonomisk transaktion som motiverar en sådan börda eller förmån.⁹⁹ En sådan regel torde därför förutsätta att det med säkerhet går att anta att dessa rabattformer alltid implementeras av företag i dominerande ställning med syftet att utesluta konkurrenter och/eller att det med säkerhet går att anta att åtgärderna alltid föranleder uteslutande effekter.¹⁰⁰

⁹⁴ Se Nicolas Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, s. 35.

⁹⁵ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 72–73.

⁹⁶ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 75–86.

⁹⁷ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 73.

⁹⁸ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 73.

⁹⁹ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 90.

¹⁰⁰ Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 FEUF Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 4.

Sådan regel kan dock inte godtas. Både exklusivetsrabatter och trohetsskapande rabatter har ansetts kunna föranleda konkurrensfördelar. Problemet med det formbaserade angreppssättet som observerats av ekonomer är att rabattens förmåga att utesluta konkurrenter inte korrelerar med rabattens form. Inte heller finns det några överväldigande bevis för att exklusivetsrabatter har större tendens till uteslutning än trohetsskapande rabatter.¹⁰¹ Det ska uppmärksammas att bevisbördan ofta är avgörande för huruvida domstolen faller eller friar.¹⁰²

Alfonso Lamadrid ansluter till uppfattningen att exklusivets- och trohetsrabatter kan ha konkurrensfördelar i enlighet med modern ekonomisk teori.¹⁰³ Damien Geradin¹⁰⁴ instämmer och redogör att rabatter är metoder som ger kunderna möjligheten att påverka sitt pris. Utöver stordriftsfördelar kan kunden ta sig an exempelvis leverans genom vilket kostnadsbesparingen tilldelas kunden i form av en rabatt, eller på andra sätt begränsar dominantens kostnader som kunden kan verkställa mer kostnadseffektivt. Rabatter innebär även en riskfördelning mellan dominanten och kunden.¹⁰⁵

Även rättspraxis har medgivit att rabattformerna inte alltid föranleder konkurrensbegränsande effekter. Både vad gäller exklusivetsrabatter och trohetsskapande rabatter.¹⁰⁶

Skillnaden mellan trohetskapande rabatter och exklusivetsrabatter framstår som en fråga om gradskillnad, inget mer. I avsnitten nedanför ska redogöras

¹⁰¹ Se Damien Geradin, *The Opinion of AG Wahl in Intel: Bringing coherence and wisdom into the CJEU's pricing abuses case-law*, s. 3; OECD Policy roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, s. 9 och 21.

¹⁰² Alfonso Lamadrid, *DG Laitenberger's CRA Speech (Part II- Implementing Intel, in Theory and in Practice)*.

¹⁰³ Se Alfonso Lamadrid, *Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions*.

¹⁰⁴ Professor i juridik och ekonomi vid Tilburg University, Nederländerna.

¹⁰⁵ Se Damien Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?* s. 120.

¹⁰⁶ Se T-286/09, *Intel*, p. 89; jämför *Michelin I*, p. 72–73 och C-95/04, *British Airways*, p. 84.

för vilka omständigheter som särskilt har beaktats vid en bedömning av trohetsskapande rabatter.

5 Utredning av effekt på trohetsskapande rabatter

5.1 Tiden före det vägledande dokumentet

Såsom redogjorts för ovan ansåg EU-domstolen i *Michelin I* att för trohetsskapande rabatter skulle samtliga omständigheter beaktas för att konstatera huruvida det förelåg konkurrensbegränsande effekter, och där vissa omständigheter var av särskild betydelse.¹⁰⁷ De omständigheter som särskilt skulle beaktas var:

”kriterierna och reglerna för beviljandet av rabatten, samt att undersöka om syftet med rabatten, genom att ge en förmån som inte baseras på någon ekonomisk motprestation som berättigar den, är att frånta eller inskränka köparens möjlighet att välja sina inköpskällor, att hindra konkurrenternas tillträde till marknaden, att gentemot handelspartnerna tillämpa olika villkor för likvärdiga prestationer eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen.”¹⁰⁸

I *Michelin I* ansågs individuellt fastställda försäljningsmål utgöra en sådan omständighet som kunde föranleda trohetsskapande effekt. Försäljningsmålen satte press på kunderna att de varje år skulle överträffa föregående års omsättning av Michelinprodukterna.¹⁰⁹ Bristen på insyn i Michelins rabattsystem var ytterligare en omständighet som gav trohetsskapande effekt.¹¹⁰

¹⁰⁷ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 73.

¹⁰⁸ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 73.

¹⁰⁹ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 75–86.

¹¹⁰ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 83.

I *Michelin II*¹¹¹ vidhöll tribunalen att samtliga omständigheter skulle beaktas på det sätt som framgick av *Michelin I*.¹¹² Tribunalen konstaterade även att långa referensperioder var omständigheter som ytterligare ökade trohetsskapande effekt. Pressen på kunderna ökade ju närmare kunden kom tröskelvärdet.¹¹³

I *British Airways*¹¹⁴ vidhöll EU-domstolen att samtliga omständigheter skulle beaktas på det sätt som framgick i *Michelin I* och *Michelin II*.¹¹⁵ Bedömningen skulle bestå av två delar där den första delen av bedömning avsåg huruvida rabatterna – eller bonusarna som var aktuellt i *British Airways* – kunde medföra konkurrensbegränsande effekt. Med det menades huruvida åtgärden hade förmåga att dels försvåra eller göra det omöjligt för marknadsinträde för konkurrenter, dels försvåra eller göra det omöjligt för kunderna att välja andra inköpskällor.¹¹⁶

Den andra delen av bedömningen skulle bestå i att utreda huruvida de beviljade rabatterna, eller bonusarna, var objektivt sett ekonomiskt motiverade.¹¹⁷ Mer om ekonomiskt motiverat följer i avsnittet nedan ”5.4 Tillåtet missbruk”.

Bonusen i *British Airways* kunde likställas med målrabatterna i *Michelin I*.¹¹⁸ I *British Airways* kunde domstolen konstatera att, utöver ovan uppräknade trohetsskapande omständigheter, så hade även påtagliga marginaleffekter trohetsskapande förmåga.¹¹⁹ Med det ansågs att en obetydlig minskning av försäljning skulle ge drastiska effekter på kundens bonusar. Effekterna kunde efterliknas med den hos retroaktiva rabatter.¹²⁰ Missbruket var sådant att den

¹¹¹ T-203/01, *Michelin II*.

¹¹² Se T-203/01, *Michelin II*, p. 240.

¹¹³ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 95.

¹¹⁴ C-95/04, *British Airways*.

¹¹⁵ Se C-95/04, *British Airways*, p. 67.

¹¹⁶ Se C-95/04, *British Airways*, p. 68–69.

¹¹⁷ Se C-95/04, *British Airways*, p. 68–69.

¹¹⁸ Se C-95/04, *British Airways*, p. 65.

¹¹⁹ Se C-95/04, *British Airways*, p. 97.

¹²⁰ Se C-95/04, *British Airways*, p. 73–74.

kunde påverka strukturen på marknaden där konkurrensen redan var försvagad till följd av dominantens närvaro.¹²¹

I både *Michelin II* och *British Airways* kom tribunalen och EU-domstolen följaktligen fram till att lojalitetsbonusarna och mängdrabatterna innehade trohetskapande förmåga och därför kunde uteslutande effekter konstateras. Däremot, in concreto, hade konkurrenterna inte uteslutits från marknaden. De facto hade marknadsandelarna för konkurrenterna ökat och minskat för dominanten.¹²² I *British Airways* ansåg dock kommissionen kunna visa på att konkurrenterna skulle varit mer framgångsrika om missbruksåtgärderna inte vidtagits av dominanten, men faktumet kvarstår att konkurrenterna varken uteslutits eller fått en minskning av marknadsandelar.¹²³

Tribunalen konstaterade i både *Michelin II* och *British Airways* att konkreta effekter på marknaden inte var nödvändiga att bevisa, vilket EU-domstolen tillstyrkte i *British Airways* genom att ogilla överklagandet.¹²⁴

Tribunalen fastställde följaktligen att det inte fanns något behov att visa på faktiska konkreta effekter för det befarade missbruket, utan det räckte att visa att missbruket tenderade att inskränka konkurrensen.¹²⁵ Domstolen exemplifierar detta genom att konstatera att ett påvisande av konkurrensbegränsade syfte kunde vara tillräcklig omständighet för att visa på överträdelse av artikel 102 FEUF. Domstolen ansåg i *Michelin II* att det konkurrensbegränsande syftet sammanföll med konkurrensbegränsande förmågan. ”Om det visas att ett agerande av ett företag i dominerande ställning syftar till att inskränka konkurrensen, kan agerandet också ha sådana verkningar”.¹²⁶ Enligt tribunalen i *Michelin II* kunde man allmänt dra

¹²¹ Se C-95/04, *British Airways*, p. 66.

¹²² Se COMP/E-2/36.041/PO, *Michelin II*, p. 332–343; IV/D-2/34.780, *British Airways*, p. 107.

¹²³ Se IV/D-2/34.780, *British Airways*, p. 107.

¹²⁴ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 239; T-219/99, *British Airways*, p. 293.

¹²⁵ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 239.

¹²⁶ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 241.

slutsatsen från rättspraxis att en dominant som erbjöd rabatter med syfte att knyta kunder till sig skapade utestängningseffekter som var otillåtna.¹²⁷

Mot bakgrund av *Michelin II* och *British Airways* visades således att utredningen av samtliga omständigheter tenderade att utreda huruvida rabatterna hade trohetsskapande effekter, snarare än uteslutande effekter.¹²⁸

5.2 Det vägledande dokumentet

Bakgrunden till upprättandet av det vägledande dokumentet var en kritiserad rättsutveckling vad gäller utestängande missbruk, såsom etablerades genom *Michelin II* och *British Airways*, som beskrivits ovan.¹²⁹ I dessa mål konstaterades uteslutande effekter utifrån huruvida rabatterna har trohetsskapande effekter. Konkreta effekter beaktades överhuvudtaget inte, varken om de förelåg eller bevisade motsatsen.¹³⁰ Den rättsutveckling som *Michelin II* och *British Airways* etablerat kritiserades som oerhört strikt och otillräcklig.¹³¹ Genom det vägledande dokumentet skulle ett verkningsbaserat angreppssätt implementeras som var förenlig med modern ekonomisk teoribildning med en bedömning in casu. Genom det verkningsbaserade angreppssättet skulle konsumenternas välfärd och effektivitet beaktas i större utsträckning. Ingripanden skulle således koncentreras till konkurrensbegränsningar som faktiskt eller sannolikt hade en påverkan på marknaden och inverkade negativt på konsumenter.¹³²

Det vägledande dokumentet upprättades för att upplysa marknadens parter om när ett ingripande från kommissionen kunde tänkas förekomma avseende

¹²⁷ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 65.

¹²⁸ Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 20.

¹²⁹ Se Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 2.

¹³⁰ Se T-203/01, *Michelin II*, p. 239; T-219/99, *British Airways*, p. 293.

¹³¹ Se Damien Geradin, *A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones*, s. 2.

¹³² Se Neelie Kroes, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*; Rapport från EAGCP, *An economic approach to Article 82*; DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses.

uteslutande missbruk. Dokumentet redogör för de bedömningskriterier som ligger till grund för en bedömning av huruvida kommission ska inleda en mer omfattande utredning eller inte. Genom att visa på vilka bedömningskriterier som kommission tillämpar, har marknads parter möjlighet att själva skapa sig en uppfattning av huruvida de riskerar att utsättas för kommissionens utredning. Det vägledande dokumentet implementerades inte med avsikten att vara ett uttryck för gällande rätt eller fungera som förslag på angreppssätt på hur en bedömning av uteslutande missbruk ska gå till. Dokumentet utgör endast ett underlag för kommissionen huruvida den ska ingripa eller inte.¹³³

Angreppssättet för ingripande i det vägledande dokumentet grundar sig på att förhindra företag i dominerande ställning som vidtar missbruksåtgärder som hämmar en effektiv konkurrens genom att utestänga lika effektiva konkurrenter när det påverkar konsumenterna negativt.¹³⁴ I det vägledande dokumentet uppräknas ett antal allmänna omständigheter som är relevanta för bedömningen av uteslutande effekter. De allmänna omständigheter som uppräknas är:

1. graden av marknadsinflytande för det dominerande företaget,
2. villkoren på den relevanta marknaden, vilket innefattar villkor för inträde och expansion samt förekomsten av stordriftsfördelar,
3. dominantens konkurrenters ställning och betydelse,
4. kunders och leverantörernas ställning,
5. det befarade missbrukets omfattning,
6. möjliga bevis på faktisk utestängande effekt, och
7. direkta bevis på utestängningsstrategier.¹³⁵

Bedömningen jämför den faktiska eller troliga situationen på marknaden som uppstår med anledning av missbruksåtgärden med en kontrafaktisk, det vill

¹³³ Se Vägledande dokumentet, p. 2–3.

¹³⁴ Se Vägledande dokumentet, p. 19.

¹³⁵ Se Vägledande dokumentet, p. 20.

säga utan åtgärdens existens. Den negativa påverkan kan bestå av antingen högre prisnivåer, sämre kvalitet eller minskade inköpskällor.¹³⁶

De allmänna omständigheterna som uppräknats ovan ska bedömas tillsammans med mer specifika faktorer beroende på vilken typ av åtgärd som dominanten företar sig med.¹³⁷ En av de formerna för missbruk som det vägledande dokumentet behandlar är exklusiv handel, i form av exklusiva inköpsskyldigheter och villkorade rabatter. Med sådan handel avses transaktioner där en dominant försöker genom inköpsskyldigheter eller rabatter, eller båda tillsammans, utesluta sina konkurrenter från marknaden.¹³⁸ Kategoriseringen följer således inte det formbaserade angreppssättet som tribunalen i *Intel* tillämpade.

Exklusiva inköpsskyldigheter avser sådana skyldigheter där kundens hela inköp eller viss mängd måste köpas från dominanten.¹³⁹ Inköpsskyldigheter kan föranleda uteslutande effekter särskilt i sådana situationer där det utövas ett större konkurrenstryck från konkurrenterna som antingen ännu inte etablerat sig på marknaden eller när konkurrenterna inte har förmågan att konkurrera om hela kundens efterfrågan. Det vill säga, att när dominanten utgör en oundgänglig handelspartner, har inköpsskyldigheter en särskilt uteslutande effekt.¹⁴⁰

Villkorade rabatter avser istället sådana rabatter som erbjuds när kunden uppfyller vissa mål. I likhet med exklusiva inköpsskyldigheter föranleder villkorade rabatter utestängande effekter om dominanten och konkurrenten inte på lika villkor kan konkurrera om kundens hela inköpsförfrågan. Dominanten som oundgänglig handelspartner kan använda den inköpsförfrågan som inte är konkurrensutsatta som hävstång och skapa incitament hos kunden att även köpa den konkurrensutsatta inköpsförfrågan hos dominanten. De

¹³⁶ Se Vägledande dokumentet, p. 19, 21.

¹³⁷ Se Vägledande dokumentet, p. 21.

¹³⁸ Se Vägledande dokumentet, p. 32.

¹³⁹ Se Vägledande dokumentet, p. 33.

¹⁴⁰ Se Vägledande dokumentet, p. 36.

uteslutande effekterna föreligger när rabatterna är höga i förhållande till totalpriset och när tröskelvärdet är högt i förhållande till kundens totala inköpsförmåga.¹⁴¹

Utöver dessa omständigheter ska kommissionen även tillämpa lika-effektiv-konkurrent-testet.¹⁴² Testet undersöker huruvida faktiska eller potentiella konkurrenter som är lika, eller rimligt lika, effektiva riskerar att utestängas av dominantens missbruksåtgärder vilket innebär att konkurrenter förhindras att ta marknadsandelar eller inträda på marknaden. Genom en bedömning i enlighet med lika-effektiv-konkurrent-testet kommer kommissionen uppskatta vilket effektivt pris en konkurrent skulle behöva erbjuda kunderna som kompensation för förlusten av rabatten om kunden byter sin konkurrensutsatta inköpsförfrågan till en konkurrent. Ett lågt sådant effektivt pris i förhållande till dominantens genomsnittspris indikerar en stark trohetsskapande effekt. Särskilt sådana rabatter som är individuellt framtagna och som syftar till att användas som hävstång för den icke-utsatta inköpsförfrågan förstärker den trohetskapande effekter ytterligare. En dominant som erbjuder ett effektivt pris under den genomsnittliga påverkbara kostnaden¹⁴³ leder i allmänhet till uteslutande effekter för lika effektiva konkurrenter.¹⁴⁴ Testet urskiljer på så sätt en dominant som tillgriper åtgärder utöver normal pris- och prestationskonkurrens eftersom en lika effektiv konkurrent inte skulle tillämpa ett liknande rabattsystem eftersom det inte leder till långsiktig lönsamhet.

Syftet med förbudet mot uteslutande missbruk är inte att företag ska skyddas från att möta konkurrenstryck som utövas av andra företag på den relevanta marknaden. En sådan ordning skulle vara oförenlig med den effektiva marknaden. Däremot ska företag konkurrera med varandra på lika villkor och de företag som inte klarar av marknadskrafterna på den relevanta marknaden

¹⁴¹ Se Vägledande dokumentet, p. 39–40.

¹⁴² Se Vägledande dokumentet, p. 41.

¹⁴³ Genomsnittet av de kostnader som hade kunnat undvikas om företaget inte hade producerat den mängd som misstänks vara föremål för missbruket.

¹⁴⁴ Se Vägledande dokumentet, p. 41–45.

ska exkluderas. Den effektiva marknaden eftersträvar effektivitetsvinster, men endast under förutsättningen att det finns erforderlig kostnadstäckning hos dominanten. Ett företag utan kostnadstäckning offerar vinster på kort sikt för att utesluta konkurrenter som inte kan konkurrera på samma villkor som en etablerad dominant utan att också göra förlust, vilket inte gynnar sund konkurrens eller kommer till nytta för konsumenter på lång sikt. Detta är den ekonomiska teori som ska underbygga den juridiska argumentationen. Om det finns kostnadstäckning tyder det på att åtgärden är förenlig med normal pris- och prestationskonkurrens.¹⁴⁵ Om testet visar att en lika-effektiv konkurrent kan konkurrera med dominanten kommer kommission i princip dra slutsatsen att förfarandet är förenligt med 102 FEUF.¹⁴⁶

En av anledningarna till att testet utgår ifrån dominantens kostnader är att dominanten själv enkelt ska kunna avgöra huruvida det finns kostnadstäckning för den befarade missbruksåtgärden. Ett sådant förfarande blir enkelt för dominanten att förhindra i och med att företaget bör ha förståelse för sina egna kostnader. Testet är därför förenligt med rättssäkerhetsprincipen.¹⁴⁷

5.3 Tiden efter det vägledande dokumentet

Det kan påpekas återigen att det vägledande dokumentet inte är ett uttryck för gällande rätt eller ska utgöra underlag för en fullständig bedömning av artikel 102 FEUF. Det har däremot funnits en önskan hos förespråkare av det verkningbaserade angreppssättet att det vägledande dokumentet ska inspirera EU-domstolen och slutligen anamma angreppssättet.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 670–673.

¹⁴⁶ Se Vägledande dokumentet, p. 27.

¹⁴⁷ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 670–671.

¹⁴⁸ Se Wouter P.J. Wils, *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, s. 7.

Tomra var det första målet där EU-domstolen satte det verkningbaserade angreppssättet från det vägledande dokumentet på prov.¹⁴⁹ EU-domstolen fortsatte inledningsvis i samma hjulspår såsom etablerats i tidigare rättspraxis angående trohetskapande rabatter, att samtliga omständigheter skulle beaktas, och att något bevis på konkreta effekter inte behövde föreligga på marknaden.¹⁵⁰ Däremot konstaterade domstolen att:

”Förekomsten av en konkurrensbegränsande avsikt är således endast en av många faktiska omständigheter som kan beaktas för att bedöma om det rör sig om missbruk av dominerande ställning. Kommissionen är emellertid inte på något sätt skyldig att visa att det dominerande företaget har en sådan avsikt för att kunna tillämpa artikel [102].”¹⁵¹

Syftet med rabatterna var således inte en nödvändig omständighet i utredningen om konkurrensbegränsande förmåga som härrör från *Michelin I*, *Michelin II* och *British Airways* där syftet särskilt skulle beaktas. Det framstår således som att en omständighet som i tidigare rättspraxis beaktats, nödvändigtvis inte behöver beaktas i nästa fall. Omständigheten – konkurrensbegränsande avsikt – utgör endast en av många faktiska omständigheter att beakta.¹⁵²

I motsats till konkurrensbegränsande avsikt har istället det faktiska konkurrensbegränsande beteendet en större betydelse vid en bedömning av konkurrensbegränsande förmåga.¹⁵³ Begreppet missbruk som definierades i *Hoffmann-La Roche* var trots allt objektivt, och inte subjektivt.¹⁵⁴ Ett sådant förhållningssätt är förenligt med det verkningbaserade angreppssättet.

¹⁴⁹ Se Nicolas Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU* s. 34.

¹⁵⁰ Se C-549/10, *Tomra* p. 68.

¹⁵¹ Se C-549/10, *Tomra* p. 20–21.

¹⁵² Se C-549/10, *Tomra* p. 20–21.

¹⁵³ Se C-549/10, *Tomra* p. 22.

¹⁵⁴ Se C-549/10, *Tomra* p. 23; C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 91.

Vad gäller lika-effektiv-konkurrent-testet, som utgör ett bedömningskriterium i det vägledande dokumentet, konstaterar EU-domstolen att priser under självkostnad inte är en förutsättning för att fastställa uteslutande missbruk.¹⁵⁵ Avgörandet tar således ett avsteg från angreppssättet i det vägledande dokumentet genom att inte bedöma trohetsskapande rabatterna med lika-effektiv-konkurrent-testet. Anledningen till detta ansåg EU-domstolen vara att missbruksförhållandet som beaktas hos trohetsskapande rabatter är dess tendentiösa konstruktion att skapa lojalitet, eller trohet om man så vill. Rabatter med trohetsskapande effekter kan således inte bedömas i en analys av priser och kostnader.¹⁵⁶

Med anledning av tvetydigheten i *Tomra* och tidigare rättspraxis avseende vilka bedömningskriterier som ska beaktas vid en bedömning av trohetsskapande rabatter, begärde den danska domstolen¹⁵⁷ i *Post Danmark II* ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Som ett led i att besvara frågan ombads EU-domstolen att klargöra vilken betydelse som skulle tillmätas lika-effektiv-konkurrent-testet. Utöver detta undrade även den danska domstolen vilken nivå av den konkurrensbegränsade effekten som förutsätts för att kunna konstatera överträdelse av artikel 102 FEUF.¹⁵⁸

Vad gäller lika-effektiv-konkurrent-testet var EU-domstolen noga med att begränsa sitt uttalande. Domstolen konstaterade att det ur 102 FEUF eller rättspraxis inte kunde härledas en rättslig skyldighet för rättstillämpare att använda testet på rabattsystem. Med det sagt kunde testet fortfarande tillämpas i vissa situationer.¹⁵⁹ I den aktuella situationen i *Post Danmark II* hade dominanten en marknadsdominans om 70 % och därmed höga inträdesbarriärer genom vilket det var praktiskt taget omöjligt för en potentiell konkurrent att vara lika effektiv som dominanten. Testet var därför irrelevant i just *Post Danmark II*.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Se C-549/10, *Tomra*, p. 73.

¹⁵⁶ Se C-549/10, *Tomra*, p. 80–81; Whish och Bailey, *Competition Law* p. 18.58.

¹⁵⁷ Sø- og Handelsretten.

¹⁵⁸ Se C-23/14, *Post Danmark II*, p. 19–20.

¹⁵⁹ Se C-23/14, *Post Danmark II*, p. 57–58.

¹⁶⁰ Se C-23/14, *Post Danmark II*, p. 59.

Vad gäller frågan om nivån av effekt som förutsätts för att utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF, konstaterade domstolen utifrån *Hoffmann-La Roches* definition av missbruksbegreppet, att ytterligare begränsning av den redan försvagade marknaden utgör missbruk. Huruvida effekten var märkbar eller allvarlig var irrelevant. Något tröskelvärde var därför inte motiverat, men effekten skulle vara sannolik, inte rent hypotetisk.¹⁶¹

Sammanfattningsvis har angreppssättet på trohetsskapande rabatter, genom att utreda samtliga omständigheter, bestått i en utredning av trohetskapande förmåga. Med andra ord, identifiering av faktorer som antyder att rabatterna binder kunderna till dominanten. Däremot har bindandet inte satts i relation till vilket typ av uteslutande rabatten föranledde – skadlig eller icke-skadlig. I det vägledande dokumentet föreslogs istället att skada uppkommer endast när en lika effektiv konkurrent utestängs. Den ekonomiska principen om att konkurrensbegränsande missbruk endast föreligger när en lika effektiv konkurrent utestängdes hade således efter *Post Danmark II* inte fått genomslag i EU-domstolens praxis.

5.4 Tillåtet missbruk

I termer av normal pris- och prestationskonkurrens är det otillåtet för dominanten att vid avsaknaden av effektiv konkurrens dra otillåtna fördelar av den maktställning som företaget åtnjuter. Ett företag i dominerande ställning som vidtar en åtgärd som föranleder uteslutande missbruk kan dock exculpera sig från ansvaret genom att missbruket motiveras av objektiva godtagbara skäl eller av effektivitetsvinster, som uppväger de negativa effekterna av åtgärden. För att upprätthålla effektiv konkurrens har företag i dominerande ställning ett särskilt ansvar att inte missbruka sin maktställning. Däremot tillåts företag i dominerande ställning att konkurrera efter vad dess effektivitet tillåter och skydda sina ekonomiska intressen med

¹⁶¹ Se C-23/14, *Post Danmark II*, p. 72–74.

proportionerliga åtgärder i enlighet med normal branschbeteende som gynnar den effektiva marknaden.¹⁶²

I *Hoffmann-La Roche* framgår det att exklusivitetsrabatter utgör missbruk frånsett då exceptionella förhållanden föreligger och som motiverar en sådan ekonomisk transaktion.¹⁶³ I *Intel* tolkade tribunalen uttalandet från *Hoffmann-La Roche* som att objektivt godtagbara skäl eller effektivitetsvinster kan exculpera ansvar och motbevisa presumptionen om uteslutande missbruk. Men eftersom bevisbördan av sådant försvar ligger hos dominanten och Intel inte anförde sådant försvar kunde tribunalen bortse från vidare anmärkningar.¹⁶⁴ Mer om detta i avsnittet ”6.1.2 Tribunalen” och den kritik som riktats mot objektivt godtagbara skäl och effektivitetsvinster som försvarsmetod i avsnittet ”6.1.3 Generaladvokatens förslag”.

Vad gäller för trohetsskapande rabatter, där dominanten inte kunnat motbevisa konkurrensbegränsande förmåga som sannolik, kan även trohetskapande rabatter rättfärdigas genom objektivt godtagbara skäl eller av effektivitetsvinster som uppväger de negativa effekterna av åtgärden.¹⁶⁵

För objektivt godtagbara skäl avses enligt det vägledande dokumentet, objektivt nödvändiga åtgärder, och omfattar en proportionalitetsprövning mellan huruvida förfarandet är nödvändigt i proportion till det mål som dominanten påstår sig sträva efter.¹⁶⁶ Hälsa- och säkerhetsskäl är sådana vilka skulle kunna anses utgöra objektivt nödvändiga. Dock ska hänsyn tas till en sådan invändning att det i regel är myndigheternas uppgift att genomföra folkhälso- och säkerhetsnormer, inte företagens.¹⁶⁷ Sådan hänsyn beaktades i

¹⁶² Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 663–669.

¹⁶³ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 90.

¹⁶⁴ Se T-286/09, *Intel*, p. 69, 81, 173.

¹⁶⁵ Se C-95/04, *British Airways*, p. 85–86; C-209/10, *Post Danmark I*, p. 40–41.

¹⁶⁶ Se Vägledande dokumentet, p. 28.

¹⁶⁷ Se Vägledande dokumentet, p. 29.

*Hilti*¹⁶⁸ och *Tetra Pak II*^{169, 170}. I *Microsoft*¹⁷¹ konstaterade tribunalen att bevisbörda för åberopande av objektivt godtagbara skäl åligger dominanten att uppbära bevis och stöd för att sådant förhållande föreligger. Det är sedan i sin tur kommissionens uppgift att motbevisa dessa stöd att dominanten har gjort sig skyldig till missbruk i enlighet med artikel 102 FEUF och att objektivt godtagbara skäl inte föreligger eller inte är tillräckliga.¹⁷² Samma förhållningssätt framkommer i det vägledande dokumentet.¹⁷³

Vad gäller effektivitetsvinster konstaterade EU-domstolen i *Michelin I* att en ekonomisk motprestation kan berättiga uteslutande missbruk.¹⁷⁴ I *British Airways* konstaterades vidare att en utredning av huruvida rabatten är ekonomiskt motiverad ska bedömas på grundval av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Om uteslutningseffekterna kan uppvägas eller övervinnas av fördelar i effektivitetshänseende, som även gynnar konsumenterna, ska rabatten anses som tillåten.¹⁷⁵ I *Post Danmark I* stipulerade EU-domstolen fyra kumulativa kriterier som förutsätts för att sådan effektivitetsvinst kan exculpera ansvar från missbruksförbudet. För det första ska effektivitetsvinsterna uppstå, eller sannolikt komma att uppstå, med anledning av missbruksförfarandet. För det andra ska missbruksförfarandet vara en nödvändig förutsättning för att dessa effektivitetsvinster uppnås. För det tredje ska effektivitetsvinsterna uppväga den negativa inverkan på konkurrensen och konsumenternas välfärd som missbruksåtgärden innebär. För det fjärde och sista kumulativa kriteriet får den effektiva konkurrensen inte sättas ur spel genom att alla eller de flesta faktiska eller potentiella konkurrenterna försvinner.¹⁷⁶

¹⁶⁸ T-30/89, *Hilti*.

¹⁶⁹ T-83/91, *Tetra Pak II*.

¹⁷⁰ Se T-30/89, *Hilti*, p. 118; T-83/91, *Tetra Pak II*, p. 138.

¹⁷¹ T-201/04, *Microsoft*.

¹⁷² Se T-201/04, *Microsoft*, p. 688.

¹⁷³ Se Vägledande dokumentet, p. 31.

¹⁷⁴ Se C-322/81, *Michelin I*, p. 73, 85.

¹⁷⁵ Se C-95/04, *British Airways*, p. 86.

¹⁷⁶ Se C-209/10, *Post Danmark I*, p. 42.

Det vägledande dokumentet ansluter till den rättsbildning som uppstått genom rättspraxis att uteslutande missbruk kan vara berättigat om missbruksförfarandet ger effektivitetsvinster som är tillräckligt stora för att garantera att konsumenterna sannolikt inte lider någon skada.¹⁷⁷ Det finns åtskilliga åtgärder som ett dominerande företag kan och får vidta till syfte att skydda och öka företags konkurrenskraft. Priset är normalt det främsta konkurrensmedlet som finns att tillta för företag att ta marknadsandelar.¹⁷⁸ Det finns tydligt ställningstagande i europeisk konkurrensrätt att företag har rätt att söka bevara och stärka sin marknadsställning på marknaden, så länge förfarandet inte faller utanför normal pris- och prestationskonkurrens och gynnar konsumenterna.¹⁷⁹

Däremot finns det inget avgörande av uteslutande missbruk där en dominant har lyckats tillämpa ett försvar om effektivitetsvinst eller objektivt godtagbara skäl. Det framstår av rättspraxis att döma att endast mängdrabatter kan åstadkomma sådan effektivitet som åsyftas och att tröskeln för objektivt godtagbara skäl är för högt.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Se Vägledande dokumentet, p. 30.

¹⁷⁸ Se Karlsson och Östman, *Konkurrensrätt – en handbok*, s. 681.

¹⁷⁹ Se C-457/10, *AstraZeneca* p. 129.

¹⁸⁰ Se Whish och Bailey, *Competition Law*, p. 18.68; Julie N. Clarke, *The opinion of AG Wahl in the Intel rebates case*, s. 248–249.

6 Intel-målet

6.1 Inledande processer

6.1.1 Kommissionen

Den 18 oktober 2000 inkom AMD¹⁸¹ till kommissionen med ett formellt klagomål angående Intels¹⁸² befarade missbruksförfarande i strid mot artikel 102 FEUF. Kommissionen meddelade genom beslut 2009 att Intel missbrukat sin dominerande ställning med en marknadsandel på 70 % på den relevanta marknaden för x86 centralprocessorer¹⁸³. AMD var en andrahandsleverantör vad gäller sådana x86-processorer i förhållande till Intel.

Missbruket, enligt kommissionen, bestod i en strategi att utestänga AMD från marknaden genom att bevilja rabatter till fyra stora kunder (Dell, Lenovo, HP och NEC)¹⁸⁴ med villkor som de facto ledde till att kunderna köpte alla (Dell och Lenovo) eller nästan alla sina x86-processorer (95 % i HP:s fall och 80 % i NEC:s fall) från Intel. Eftersom kunderna inom den relevanta marknaden var beroende av Intel för majoriteten av sina inköp av x86-processorer var endast en begränsad del av inköpen av x86-processorer utsatta för konkurrens. Intel strukturerade sina rabattsystem så att om kunderna valde att genomföra sina inköp hos AMD på den andelen som var konkurrensutsatt, så förlorade kunderna en väsentlig och oproportionerlig del av rabatten från Intel.

Rabatterna var konstruerade på olika sätt mellan de olika kunderna. Rabatterna som tilldelades NEC var villkorade med en inköpsskyldighet där minst 80 % av x86-processorer till persondatorer skulle inhandlas från

¹⁸¹ Advanced Micro Devices, Inc.

¹⁸² Intel Corporation.

¹⁸³ x86-processorer är en central enhet i alla datorer och är en avgörande del för datorns prestanda.

¹⁸⁴ Dell Inc., Lenovo Group Ltd, Hewlett-Packard Company och NEC Corp.

Intel.¹⁸⁵ Rabatterna som tilldelas Lenovo beviljades i enlighet med en viljeförklaring¹⁸⁶, varav ett villkor, som var muntligt, innebar att Lenovo skulle upphöra med produktionen av datorer som innehöll teknik från AMD.¹⁸⁷ För rabatterna som tilldelades Dell och HP så var kunderna inte per se bundna att köpa en viss angiven andel av deras inköp från Intel. Däremot var villkoren för beviljandet av rabatterna inte uttryckligen nedskrivna i avtal. Detta gav Intel ett skönsmässigt utrymme att undandra rabatterna om kunderna skulle flytta sina inköp till konkurrenterna. Osäkerheten kring beviljandet av rabatten föranledde att kunderna, för säkerhetsskull, genomförde samtliga eller nästa samtliga inköp hos Intel.¹⁸⁸

Utifrån principuttalandet från *Hoffmann-La Roche*, och annan rättspraxis¹⁸⁹ som bekräftat principuttalandet, ansåg kommissionen att rabatterna ifråga uppfyllde de villkor som i enlighet med rättspraxis hade ansetts utgöra uteslutande missbruk.¹⁹⁰ Eftersom Intel inte invänt om objektivt godtagbara skäl, kunde kommissionen fastställa en överträdelse av 102 FEUF.¹⁹¹

Istället för att avsluta utredningen tillade kommissionen därtill att utöver vad som är tillräckligt för att bevisa överträdelse, kunde kommissionen även visa att exklusivitetsrabatterna hade förmåga, eller sannolikt hade förmågan, till uteslutande missbruk genom ett lika-effektiv-konkurrent-testet förenligt med det som förekommer i det vägledande dokumentet.¹⁹² Det ska dock påpekas att kommissionen ansåg att det vägledande dokumentet inte var direkt tillämbart på ärendet, *ratione temporis*, eftersom dokumentet publicerades efter ärendets initiering. Alldeles oavsett ansåg dock kommissionen att utredningen som sådan var förenligt med det vägledande dokumentet.¹⁹³

¹⁸⁵ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 973.

¹⁸⁶ Memorandum of Understanding.

¹⁸⁷ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 982–983.

¹⁸⁸ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 942, 960.

¹⁸⁹ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 89; *Michelin II* p. 56; C-95/04, *British Airways* p. 62 och 65.

¹⁹⁰ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 950, 972, 981, 989 och 1001 som hänvisar till 920, 921 och 923.

¹⁹¹ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 924–925.

¹⁹² Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 925.

¹⁹³ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 916.

Såsom framgår i avsnittet ”5.2 Det vägledande dokumentet” utredde kommissionen vilket pris som en lika effektiv konkurrent behövde erbjuda sina kunder för att kompensera för förlusten av rabatten från Intel.¹⁹⁴ Testet gjordes på den konkurrensutsatta andelen under en relevant tidsperiod om ett år. Resultatet av testet var att lika effektiva konkurrenter inte kunde konkurrera med Intels rabattsystem avseende den konkurrensutsatta andelen. En hypotetisk konkurrent skulle vara tvungen att erbjuda x86-processorer till ett pris under det genomsnittligt påverkbara kostnaderna för att kunna motsvara Intels exklusivitetsrabatt och på det sättet kompensera för Intels rabatt. Att skifta den konkurrensutsatta andelen till en konkurrent skulle innebära att kunderna skulle förlora en substantiell och oproportionerlig del av Intels rabatt.¹⁹⁵ En sådan ordning skulle innebära att slutkonsumentens valfrihet begränsades då konsumenterna inte hade möjlighet att välja mellan AMD:s eller Intels produkter från kunderna (Dell, Lenovo, HP och NEC) utifrån pris och prestation.¹⁹⁶

För att ge ett exempel så erbjöd AMD en miljon x86-processorer gratis till en av kunderna. Om kunden hade accepterat hela erbjudandet från AMD hade kunden förlorat sin rabatt hos Intel för de kvarstående inköpen och därmed fått en högre kostnad för det totala inköpet av x86-processorer.¹⁹⁷

Mot bakgrund av den rättsliga kvalificeringen och lika-effektiv-konkurrenttestet, kunde kommissionen konstatera överträdelse av artikel 102 FEUF.¹⁹⁸ Beviljandet av rabatterna innebar att konkurrenternas möjligheter att konkurrera med sina x86-processorer på grundval av normal pris- och prestationskonkurrens inte kunde ske.¹⁹⁹ Vart och ett av Intels rabatter utgjorde missbruk i den mening som avses i artikel 102 FEUF, men att varje överträdelse också ingick i en sammanhängande strategi som syftade till att

¹⁹⁴ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 1002–1003.

¹⁹⁵ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 1574.

¹⁹⁶ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 1154.

¹⁹⁷ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 956.

¹⁹⁸ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 1640.

¹⁹⁹ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 1640.

utestänga AMD från den relevanta marknaden i vilket urvalet av produkter för konsumenterna begränsades.²⁰⁰ Intel ålades att betala böter om 1 060 000 000 euro för överträdelsen och omedelbart upphöra med överträdelsen, vilket är den högsta böter som ålagts ett enskilt företag någonsin inom EU.²⁰¹

6.1.1.1 Kommentarer från doktrin

Kommissionen tillämpade ett formbaserat angreppssätt genom att konstatera att rabattsystemet som tillämpades av Intel var villkorade med exklusivitet, och därför otillåtet i enlighet med rättspraxis. Kommissionen kunde därför konstatera att rabattsystemet utgjorde missbruk enligt artikel 102 FEUF utan vidare utredning om konkurrensbegränsande förmåga.²⁰²

Villkoren, till skillnad från rättspraxis, var dock inte nedtecknade, med undantag för rabatterna till NEC. De otillåtna villkoren bestod i att kunderna uppfattade att ett byte av den konkurrensutsatta andelen till AMD skulle innebära att rabatten från Intel skulle gå förlorade. Några skriftliga bevis på att kunderna faktiskt var tvungna att inhandla från dominanten kunde kommissionen inte visa. Eventuella skadeverkningar från rabattsystemet framstod således som ytterst spekulativa. Förvisso fanns det inget krav på konkreta bevis på skadeverkningar i enlighet med *British Airways* och *Michelin II*, men att utifrån kundernas uppfattning om ett exklusivitetsåtagande konstatera att rabattsystemet utgjorde överträdelse av artikel 102 FEUF ansågs som ytterst spekulativt enligt Damien Geradin.²⁰³ Det formbaserat angreppssätt på spekulativa grunder som kommissionen ansåg vara tillräckligt för överträdelse av artikel 102 FEUF kan svårligen förenas med rättesnöret att skydda konsumenters välfärd, det kan snarare uppfattas såsom skydd för konkurrenterna.²⁰⁴

²⁰⁰ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 1747.

²⁰¹ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 1803.

²⁰² Se Damien Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, s. 112.

²⁰³ Se Damien Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, s. 116.

²⁰⁴ Se Damien Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, s. 120.

Vad gäller den rättsliga kvalificeringen av rabatterna ansågs rabatterna vara otillåtna i enlighet med rättspraxis enligt kommissionen. Den rättspraxis som åsyftades bestod dels av *Hoffmann-La Roche*, men även *Michelin I* och *British Airways*.²⁰⁵ Det är korrekt att *Hoffmann-La Roche* inte uttryckligen konstaterade att en prövning av samtliga omständigheter skulle genomföras, men det gjorde däremot *Michelin I* och *British Airways*. Att kommissionen då inte företog en utredning av samtliga omständigheter har också kritiserats.²⁰⁶

Vad som är än mer anmärkningsvärt med kommissionens beslut är att kommissionen – efter konstaterandet av överträdelse – ändå genomförde en utredning om Intels missbruk i enlighet med ett verkningbaserat angreppssätt och vars utredning låg till grund för beslutet.²⁰⁷ Kommissionen undersökte rabattsystemets förmåga till uteslutande effekter när den redan konstaterat att rabatterna i fråga utgjorde en överträdelse av artikel 102 FEUF.²⁰⁸ Tillvägagångssättet har uppfattats av Damien Geradin som brist på självförtroende med anledning av det tvetydiga angreppssättet.²⁰⁹

6.1.2 Tribunalen

Intel förde talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut med invändning mot kommissionens rättsliga kvalificering av rabatter och att den utredning av konkurrensbegränsande förmåga som låg till grund för beslutet inte var tillräcklig.²¹⁰

²⁰⁵ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 950, 972, 981, 989 och 1001 som hänvisar till 920, 921 och 923.

²⁰⁶ Se Rosenblatt och Armengod, *The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at Tomra and Intel*, s. 51.

²⁰⁷ Se Damien Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, s. 115.

²⁰⁸ Se COMP/C-3 /37.990, *Intel*, p. 925.

²⁰⁹ Se Damien Geradin, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, s. 115.

²¹⁰ Se T-286/09, *Intel*, p. 70, 95, 140.

Inledningsvis vad gällde den rättsliga kvalificeringen identifierade tribunalen tre olika kategorier av rabattsystem, såsom framgår i avsnittet ”4.1 En genomgång av rabattsystem”. Avseende rabatterna i *Intel* kategoriserades de som exklusivitetsrabatter i den mening som avsågs i *Hoffmann-La Roche* som framgår av principuttalandet.²¹¹ Det räckte att dominanten på ett trovärdigt sätt lät kunderna förstå att rabatterna var beroende av en exklusiv, eller nästa exklusiv försäljningsrättighet för att likställa rabatterna med den i *Hoffmann-La Roche*.²¹² Tribunalen vidhöll därför kommissionens ståndpunkt att Intels rabatter uppfyllde de villkor för att utgöra otillåtna rabatter, men med hänvisning till enbart *Hoffmann-La Roche*. I och med att rabatterna kunde kategoriseras som exklusivitetsrabatter, och det av *Hoffmann-La Roche* inte uppställdes några krav på att det ska visas att rabatten har konkurrensbegränsande förmåga, samt att det inte förelåg några objektivt godtagbara skäl för att bevilja rabatten, kunde tribunalen konstatera överträdelse av artikel 102 FEUF.²¹³

Tribunalen konstaterade principiellt att en prövning av konkurrensbegränsande effekt var överflödigt på exklusivitetsrabatter. Förmågan att knyta kunder till dominanten ansågs vara en inneboende egenskap hos exklusivitetsrabatter.²¹⁴ Exklusivitetsrabatter ansågs vara till sin natur oförenliga med syftet att förhindra en snedvridning av konkurrensen eftersom de inte är ekonomiskt motiverade ur någon annan synpunkt, ”utan syftar till att frånta eller inskränka möjligheten för köparen att välja sina inköpskällor och till att hindra andra tillverkares tillträde till marknaden”.²¹⁵ Som påpekades i avsnitt ”4.2 Formbaserat och verkningsbaserat” kan det även noteras i tribunalens avgörande, att på samma sätt som i *Hoffmann-La Roche*, skiljer sig den engelska och franska översättningen sig åt avseende

²¹¹ Se T-286/09, *Intel*, p. 76, 79.

²¹² Se T-286/09, *Intel*, p. 106.

²¹³ Se T-286/09, *Intel*, p. 81, 94.

²¹⁴ Se T-286/09, *Intel*, p. 86, 103.

²¹⁵ T-286/09, *Intel*, p. 77.

exklusivitetsrabattens syfte. I den engelska översättningen används ”konstruerad”²¹⁶ och i den franska översättningen används ”tenderar”²¹⁷.²¹⁸

Vidare ansåg tribunalen att en bedömning av samtliga omständigheter inte behövde genomföras eftersom EU-domstolen i *Michelin I* gjorde åtskillnad mellan rabatter från *Hoffmann-La Roche* och rabatterna i *Michelin I*. I *Michelin I* konstaterade EU-domstolen att eftersom rabatterna i fråga inte utgjorde rabatter som i *Hoffmann-La Roche* – exklusivitetsrabatter – eller mängdrabatter, så var det nödvändigt att bedöma samtliga omständigheter. Tribunalen i *Intel* tolkade detta e contrario genom vilket en bedömning av samtliga omständigheter inte var nödvändigt när det gällde exklusivitetsrabatter.²¹⁹

Samtidigt som tribunalen konstaterade att exklusivitetsrabatter var otillåtna till sin natur, påstod tribunalen motsägelsefullt att exklusivitetsvillkor kan, i princip, inneha fördelaktiga effekter för konkurrensen. Därför skulle en prövning av villkor i en normal konkurrensutsatt marknadssituation kunna göras med hänsyn till samtliga omständigheter. Däremot kan en sådan bedömning inte genomföras när marknaden redan är försvagad av dominantens existens.²²⁰ Faktumet att företaget innehar en dominerande ställning innebär att en sådan bedömning blir obefogad. En tillämpning av exklusivitetsvillkor på marknaden är ett ytterligare ingrepp i en redan försvagad konkurrensstrukturen på marknaden och ska därför anses som otillåten.²²¹

Intel hade möjligheten att motbevisa presumptionen om otillåtenhet, genom objektiva godtagbara skäl eller genom effektivitetsvinster. Men eftersom Intel inte hade framställt sådant försvar beaktade domstolen inte detta vidare.²²²

²¹⁶ Författarens översättning av ”designed”.

²¹⁷ Författarens översättning av ”tendent”.

²¹⁸ Se T-286/09, *Intel*, p. 77.

²¹⁹ Se T-286/09, *Intel*, p. 82–83.

²²⁰ Se T-286/09, *Intel*, p. 89.

²²¹ Se T-286/09, *Intel*, p. 90.

²²² Se T-286/09, *Intel*, p. 81 och 173.

På samma sätt såsom kommissionen, fortsatte tribunalen, trots att överträdelse redan hade fastställts, ”för fullständighetens skull”, med en alternativ bedömning av rabatternas förmåga till utestängande effekter av samtliga omständigheter. Till skillnad från kommissionen låg tribunalens bedömning dock inte till grund för dess avgörande.²²³

Inledningsvis konstaterades att några konkreta effekter eller orsakssamband inte behövde påvisas av tribunalen mellan dominantens rabattsystem och effekterna på marknaden.²²⁴ Tribunalen utredde den konkurrensbegränsande förmågan hos rabatterna i enlighet med *Michelin I* och *British Airways* genom att särskilt beakta kriterierna för beviljandet av exklusivitetsrabatten och undersökte huruvida syftet med rabatterna var att inskränka köparens inköpskällor, hindra marknadsinträde eller att stärka den dominerande ställningen genom att snedvrída konkurrensen.²²⁵

Vad gäller den konkurrensbegränsande förmågan konstaterade tribunalen följande. Ett erbjudande om exklusivitetsrabatt från en oundgänglig handelspartner som innehar en dominerande ställning är en indikation på att det föreligger en konkurrensbegränsande förmåga eftersom dominanten kan utnyttja den oundgängliga delen som hävstång för att ta kontroll över den konkurrensutsatta andelen.²²⁶ Rabatterna utgjorde även en betydelsefull omständighet på den relevanta marknaden som präglades av hård konkurrens och små operationella marginaler.²²⁷ Dessutom ingick rabatterna i en långsiktig helhetsstrategi för att begränsa försäljningskanaler och att rikta in sig mot kunder som hade en strategisk betydelse för inträde på marknaden. Det ekonomiska incitamentet hos rabatterna hade även de facto beaktats av kunderna och påverkat deras beslut att göra alla, eller nästan alla, sina inköp hos dominanten.²²⁸

²²³ Se T-286/09, *Intel*, p. 172.

²²⁴ Se T-286/09, *Intel*, p. 177.

²²⁵ Se T-286/09, *Intel*, p. 176.

²²⁶ Se T-286/09, *Intel*, p. 178.

²²⁷ Se T-286/09, *Intel*, p. 179.

²²⁸ Se T-286/09, *Intel*, p. 180–184.

Utifrån ovanstående överväganden kunde tribunalen styrka att kommissionens bedömning, i enlighet med en bedömning av samtliga omständigheterna i det enskilda fallet, gjort en korrekt bedömning och att exklusivetsrabatter som Intel beviljade kunderna utgjorde en överträdelse av artikel 102 FEUF.²²⁹ Vad gäller lika-effektiv-konkurrent-testet ansåg tribunalen att testet inte var lämpligt vid en prövning av exklusivetsrabatter och trohetsskapande rabatter. Det otillåtna elementet för exklusivetsrabatter är exklusivitetserbjudandet för kunden, inte storleken på rabattbeloppet i sig.²³⁰ För trohetskapande rabatter och exklusivetsrabatter är det tillräckligt att fastställa att rabatten är trohetskapande eller föranleder exklusivitet. Det finns med andra ord, inget behov av en kostnadsanalys i form av erforderlig kostnadstäckning av pris vid en prövning av exklusivitet. Tribunalen uteslöt därför testet, även fast kommissionen hade inkluderat ett sådant test i sin bedömning.²³¹

6.1.2.1 Kommentarer från doktrin

Tribunalen i *Intel* ansåg att exklusivetsrabatter inte behövde bedömas utifrån samtliga omständigheter – huruvida rabatten innehade konkurrensbegränsande förmåga – på det sätt som förutsattes för trohetskapande rabatter. Anledningen till detta var att exklusivetsrabatter presumeras inneha ett konkurrensbegränsande syfte i enlighet med principuttalandet i *Hoffmann-La Roche*. Såsom framkommer i avsnittet ”4.1 En genomgång av rabattsystem” kan de olika översättningarna av principuttalandet påverkat domstolarnas uppfattning om presumptionen om exklusivetsrabatternas inneboende konkurrensbegränsande syfte. Nicolas Petit har föreslagit att det formbaserade per se angreppssättet som tillämpats på exklusivetsrabatter uppkommit med anledning av den engelska översättningen. I den engelska översättningen framkommer det att exklusivetsrabatter är ”konstruerad” att inskränka kundernas inköpskällor och till att hindra marknadsinträde. Men av den franska översättningen

²²⁹ Se T-286/09, *Intel*, p. 197.

²³⁰ Se T-286/09, *Intel*, p. 151–152.

²³¹ Se T-286/09, *Intel*, p. 143–152.

framkommer det att exklusivetsrabatten enbart ”tenderar” att inskränka kundernas inköpskällor och till att hindra marknadsinträde.²³² En tolkning i enlighet med den franska översättningen kan innebära, enligt Nicolas Petit, att EU-domstolen i *Hoffmann-La Roche* inte uppfattade exklusivetsrabatternas syfte som att alltid vara konkurrensbegränsande, men att de ”tenderar” att vara det. Det skulle innebära att det funnits utrymme för en mer nyanserad bedömning, exempelvis den bedömning som tillämpas på trohetskapande rabatter.²³³ Då domarna vid EU-domstolen har som tradition att överlägga på det franska språket finns det således anledning att ansluta sig till en sådan uppfattning.²³⁴

”För fullständighetens skull” vidtog tribunalen ett liknande angreppssätt som följer i det vägledande dokumentet på Intels rabattsystem, med undantag från lika-effektiv-konkurrent-testet.²³⁵ Som framkommer ovan utgjorde utredningen dock inte grund för avgörandet. Tribunalens avgörande har kritiserats för att inte tillämpa det verkningsbaserade angreppssätt som den också redogjorde för. Även om tribunalen är korrekt i att det lika-effektiv-konkurrent-testet inte alltid är tillräckligt för att konstatera uteslutande effekt, utgör testet ett välbeprövat test för att utreda huruvida uteslutande effekt kan uppstå. Enligt Pablo Ibáñez Colomo är det anmärkningsvärt att tribunalen avfärdade testet i dess helhet då testet är väletablerat för andra typer av uteslutande missbruk i rättspraxis.²³⁶

Domstolens tvetydiga inställning till rabattsystem, i synnerhet exklusivetsrabatter, är signifikativt för rabattsystemens rättsutveckling. Av dessa anledningar överklagande Intel avgörandet till EU-domstolen.

²³² Se Nicolas Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, p. 35–36.

²³³ Se Nicolas Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, p. 35–36.

²³⁴ Se EU-domstolens hemsida angående domstolens arbetspråk, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_9089/sv/.

²³⁵ Se Nicolas Petit, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, s. 40.

²³⁶ Pablo Ibáñez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, s. 27.

6.1.3 Generaladvokatens förslag

Innan EU-domstolen meddelade sitt avgörande förekom Generaladvokat Nils Wahl med sitt förslag till avgörande.²³⁷

Wahl var kritisk till den rättsutveckling som kommissionen och tribunalen etablerat. Wahl ansåg att principuttalandet från *Hoffmann-La Roche* inte alls var ett uttryck för ett per se angreppssätt. Istället grundade sig principuttalandet på en utredning som de facto hade beaktat förutsättningarna för beviljandet av rabatten och rabatternas marknadstäckning, vilket korresponderade till den bedömning av samtliga omständigheter som genomfördes i *Michelin I*.²³⁸ Wahl ansåg att kommissionen och tribunalen hade tillämpat principuttalandet i *Hoffmann-La Roche* ordagrant och bortsett från den utredningen som låg bakom principuttalandet.²³⁹ Det innebar att tolkningen av *Hoffmann-La Roche* gav utrymme för en utredning av samtliga omständigheter. Även om det var riktigt att det i *Hoffmann-La Roche* inte uttryckligen angivits att en bedömning av samtliga omständigheter skulle genomföras för att fastställa uteslutande missbruk, hade en sådan utredning genomförts.²⁴⁰

Vidare ansåg Wahl att ett särskiljande mellan trohetsskapande rabatter och exklusivitetsrabatter skulle innebära att formen på rabatten angreps istället för dess effekt. Med anledning av detta skulle en presumtion av uteslutande effekt inte kunna motbevisas. Det är endast de utestängande effekter som kan uppvägas av effektivitetsvinster, inte formen.²⁴¹ Dessutom är exklusivitetsrabatter inte alltid skadliga, vilket även motsägelsefullt bekräftades av tribunalen.²⁴² Det finns därför inget objektiva skäl till varför exklusivitetsrabatterna ska behandlas strängare än trohetsskapande

²³⁷ Se Wahl.

²³⁸ Se Wahl, p. 66 som hänvisar till *Hoffmann-La Roche*, p. 92 och efterföljande punkter.

²³⁹ Se Wahl, p. 70.

²⁴⁰ Se Wahl, p. 75–76.

²⁴¹ Se Wahl, p. 86–88.

²⁴² Se Wahl, p. 89–93.

rabatterna.²⁴³ Dessutom bedöms närliggande förfaranden såsom prissättningsmetoder av en prövning av samtliga omständigheter av EU-domstolen.²⁴⁴ En välgrundad och sammanhängande rättslig bedömning, som omfattar alla metoder för missbruk, ökar rättssäkerhet. En sådan åtskillnad mellan prissättningsmetod och rabattsystem, samt mellan exklusivitetsrabatter och trohetsskapande rabatter, är en åtskillnad utan skillnad.²⁴⁵

Wahl ansåg därför att ett särskiljande av exklusivitetsrabatter och trohetsskapande rabatter emellan var felaktigt. I enlighet med tidigare rättspraxis skulle rabatter endast delas in i trohetsskapande rabatter och mängdrabatter. Wahl menade på att rättspraxis alltid hade undersökt det rättsliga och ekonomiska sammanhanget för det presumerade missbruksförfarandet, det vill säga, en genomgång av samtliga omständigheter. Tribunalens avgörande avvek därför från rättspraxis och därmed gällande rätt.²⁴⁶

Enligt Wahl ligger även en sådan bedömning, av samtliga omständigheter, i linje med konkurrensrättens syfte. Wahl inledde förslaget till avgörande med att fastställa att varje uteslutning från marknaden inte är ett resultat av missbruk, utan ett tecken på aggressiv konkurrens. Skälet till detta är att syftet med konkurrenslagstiftning är mot bakgrund av dess ekonomiska natur i slutändan att främja effektivitet.²⁴⁷ Det innebär att målet, att främja effektivitet på marknaden, är att konkurrensbegränsande effekter till nackdel för konkurrensen får avgörande betydelse, oavsett form. En sådan uppfattning är även förenlig med aktuell ekonomisk doktrin som föreslår att effekterna av exklusivitetsvillkor är beroende av dess sammanhang.²⁴⁸ Därför ska en

²⁴³ Se Wahl, p. 93.

²⁴⁴ Se C-280/08, *Deutsche Telekom*, p. 175; C-52/09, *TeliaSonera*, p. 76; C-209/10, *Post Danmark I*, p. 26.

²⁴⁵ Se Wahl, p. 101–105.

²⁴⁶ Se Wahl, p. 73–74.

²⁴⁷ Se Wahl, p. 41.

²⁴⁸ Se Wahl, p. 94–100.

bedömning av samtliga omständigheter göras för alla rabatter, oavsett om de innehar formen av en exklusivitetsrabatt.²⁴⁹

Syftet med att bedöma samtliga omständigheter är att fastställa huruvida rabatterna har en förmåga att utestänga konkurrenter.²⁵⁰ Vad gäller tribunalens bedömning avseende förmåga invände Wahl mot utredningens innehåll och omfattning. Innehållet i tribunalens utredning inriktade sig på kundernas hänsynstagande av Intels rabatter i vilket de valde Intel framför AMD och att det förelåg en heltäckande strategi. En sådan bedömning var dock inte tillräcklig vad gäller förmågan för uteslutningseffekter.²⁵¹ Omständigheten att ett lägre pris faktiskt beaktas av en kund innebär att en utestängningseffekt är möjlig, men hindrar inte heller motsatsen. Kundens beaktande av det låga priset är inte tillräckligt övertygande för att kunna fastställa att det befarande missbruksbeteendet med tillräckligt hög sannolikhet hade en konkurrensbegränsande förmåga.²⁵² Vad gäller den sammanhängande strategin, alltså att det finns en vilja att utesluta AMD, kunde dominantens avsikt inte likställas med konkurrensbegränsande förmåga.²⁵³

Wahl invände också mot tribunalens avfärdande av lika-effektiv-konkurrent-test som en möjlig metod att utreda konkurrensbegränsande effekter. Ett sådant test som visar att en lika effektiv konkurrent kan täcka sina kostnader innebär att sannolikheten för konkurrensbegränsande effekter minskar väsentligt. Därför är testet särskilt användbart för att identifiera beteenden som har en utestängningseffekt.²⁵⁴

Enligt Wahl var tribunalens utredning av rabatternas förmåga till uteslutande effekter inte tillräcklig för att konstatera en överträdelse av artikel 102 FEUF. Eftersom konkurrensbegränsande förmåga inte kunde konstateras skulle

²⁴⁹ Se Wahl, p. 104–107.

²⁵⁰ Se Wahl, p. 83.

²⁵¹ Se Wahl, p. 126.

²⁵² Se Wahl, p. 126.

²⁵³ Se Wahl, p. 128.

²⁵⁴ Se Wahl, p. 165.

tribunalen genomfört en mer ingående ekonomisk bedömning av de faktiska eller möjliga effekterna på konkurrensen för att styrka att uteslutande missbruk skett.²⁵⁵

Mot bakgrund av det ovan anförda förslaget Wahl att EU-domstolen skulle upphäva tribunalens dom och återförvisa målet till tribunalen.²⁵⁶

6.1.3.1 Kommentarer från doktrin

Förslaget mottogs väl av förespråkare av det verkningsbaserade angreppssätt som förekommer i det vägledande dokumentet.²⁵⁷ Enligt Wahl skulle trohetsskapande rabatter och exklusivitetsrabatter inte särskiljas i den konkurrensrättsliga bedömningen, utan bedömas utifrån samtliga omständigheter.

Inledningsvis vad gäller konkurrensrättens syfte har Julie Clarke²⁵⁸ dock ifrågasatt Wahls redogörelse över den europeiska konkurrensrättens syfte. Även om Julie Clarke vidhåller Wahls uppfattningen av konkurrensrättens syfte, vilket också majoriteten av doktrinen gör, är den inte universellt vedertagen såsom Wahl antyder.²⁵⁹ Det konkurrensrättsliga syftet som presenteras är dock enligt Julie Clarke förenligt med det verkningsbaserade angreppssättet som beaktar konsumentens välfärd och effektivitetshänseende och som framgår i det vägledande dokumentet.²⁶⁰

Vidare anser Julie Clarke att uppdelningen i två rabatter, nämligen trohetsskapande rabatter och mängdrabatter, knappast kan anses som förenligt med tidigare uttalanden i rättspraxis. Däremot finns det inget som formellt sett hindrar EU-domstolen att frånga tidigare rättspraxis. Istället

²⁵⁵ Se Wahl, p. 172.

²⁵⁶ Se Wahl, p. 349.

²⁵⁷ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 253–254.

²⁵⁸ Professor vid Deakin Law School, Australien. Artikeln i fråga skrevs som gästprofessor vid Centre for Competition Policy, University of East Anglia, England.

²⁵⁹ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 254.

²⁶⁰ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 255.

finns det tydliga fördelar med att gå mot ett mer verkningsbaserat angreppssätt, än att förhålla sin till tidigare rättspraxis. Rättssäkerheten kan säkerställas genom att ett mer välfunnet angreppssätt tillämpas.²⁶¹

I förslaget till avgörande kategoriserade Wahl rabatter i presumtvt tillåtna respektive presumtvt otillåtna.²⁶² Till kategorin presumtvt tillåtna ansågs mängdrabatter tillhöra. För resterande rabatter, vilket inkluderar trohetsskapande rabatter och exklusivitetsrabatter, skulle dessa presumeras som otillåtna. Indelningen som presumtvt otillåtna blir dock besynnerlig när presumptionen som sådan förutsätter en utredning av samtliga omständigheter. Julie Clarke har därför ifrågasatt varför exklusivitetsrabatter och trohetsskapande rabatter fortsättningsvis ska presumeras vara skadliga om rättstillämparen ändå måste utreda samtliga omständigheter. Eftersom en utredning av rabatternas förmåga till konkurrensbegränsande effekt görs, kan det ifrågasättas om det överhuvudtaget behöver presumeras. Förklaringen ligger nog i att Wahl försökt ge ett förslag som är förenligt med tidigare rättspraxis för att skapa en enhetlig rättspraxis. I sitt försök att skapa koherent rättspraxis har presumptionen fått kvarstå, även om en prövning av samtliga omständigheter måste företas av rättstillämparen.²⁶³

Enligt Julie Clark innebär ett formbaserade per se angreppssätt, där rabatterna presumeras vara skadliga och inte förutsätter en utredning av samtliga omständigheter, normalt sätt kostnadseffektiva utredningar och föranleder högre rättssäkerhet. De kommersiella aktörerna kan genom en kostnadseffektiv utredning särskilja mellan tillåtna och otillåtna rabattsystem, och utesluta de rabatter som är otillåtna i sin verksamhet. Ett sådant formbaserat angreppssätt riskerar dock att förhindra rabatter som inte

²⁶¹ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 258.

²⁶² Se Wahl, p. 81-82.

²⁶³ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 259.

föranleder konkurrensbegränsande effekt. En risk som minskar när ett verkningsbaserat angreppssätt tillämpas in casu.²⁶⁴

Om presumption inte kan upprätthållas genom en prövning av samtliga omständigheter skulle rättstillämparen, enligt Wahl, företa en mer ingående ekonomisk bedömning av de faktiska eller möjliga effekterna på konkurrensen för att styrka att uteslutande missbruk faktiskt skett.²⁶⁵ Vad som avses med en sådan heltäckande bedömning framkommer inte i Wahls förslag. Enligt Julie Clarke lämnar den första delen av prövningen, vilket skulle bestå i en bedömning av samtliga omständigheter som också inkluderar en lika-effektiv-konkurrent-test, få omständigheter kvar att bedöma i nästa bedömningsled. Den inledande bedömningen ställer således höga krav på rättstillämparen.²⁶⁶

6.2 EU-domstolens avgörande

Om Wahls förslag till avgörande var ordrikt var EU-domstolens avgörande ytterst begränsad i sin omfattning. Avgörandet besvarade dock flera principiellt viktiga frågor för att ta steget mot ett verkningsbaserat angreppssätt.

Inledningsvis konstaterade EU-domstolen i *Intel* att syftet med artikel 102 FEUF inte var att hindra dominans av egen förtjänst eller att fungera som ett konkurrenskydd för mindre effektiva företag. Sådana mindre effektiva konkurrenter kunde inte anses främja bättre pris, urval, kvalitet eller nyskapande för konsumenterna. Därför var således inte alla verkningar av en uteslutning skadlig på konkurrensen. Pris- och prestationskonkurrens kunde per definition leda till att konkurrenter som var mindre effektiva utestängdes från marknaden. Det var därför, enligt artikel 102 FEUF, endast förbjudet för

²⁶⁴ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 260.

²⁶⁵ Se Wahl, p. 172.

²⁶⁶ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 265, 268.

en dominant att tillämpa ett förfarande som ledde till en utestängningseffekt för lika effektiva konkurrenter.²⁶⁷

Domstolens erinrade om principuttalandet från *Hoffmann-La Roche*:

”För ett företag som har en dominerande ställning på en marknad innebär det i enlighet med artikel [102] i fördraget ett missbruk av den dominerande ställningen att binda köpare genom en skyldighet eller ett löfte att göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande hos detta företag, även om det sker på köparnas begäran och oavsett om förpliktelsen gäller utan vidare eller motsvaras av en rabatt.

Så är även fallet om det dominerande företaget, utan att binda köparna genom en formell förpliktelse, antingen enligt avtal med köparna eller ensidigt tillämpar ett system med trohetsrabatter, dvs. rabatter som ges under villkor att kunden — för övrigt oavsett om denne köper för avsevärda eller obetydliga belopp — gör alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande hos företaget med dominerande ställning.”²⁶⁸

EU-domstolen klargjorde sin ställning till principuttalandet i *Hoffmann-La Roche*, genom att konstatera att rättstillämparen var skyldig att utreda rabatternas konkurrensbegränsande förmåga, om dominanten påstod att sådan förmåga inte förelåg. Domstolen var noga med att betona att prövningen av rabattsystemets förmåga, endast skulle göras om dominanten invänt att förfarandet inte haft någon konkurrensbegränsande förmåga. Rättstillämparens skyldighet inträdde således inte förens dominanten hade invänt mot presumptionen.²⁶⁹ Bevisbördan flyttas då från dominanten till rättstillämparen att göra en sådan utredning. Det innebär att

²⁶⁷ Se C-413/14, *Intel*, p. 133–136.

²⁶⁸ Se C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 89.

²⁶⁹ Se C-413/14, *Intel*, p. 138.

exklusivitetsrabatter och trohetsskapande rabatter ska prima facie anses som otillåtna, men att presumptionen kan motbevisas genom en prövning av konkurrensbegränsande förmåga, det vill säga innan en eventuell prövning av objektivet godtagbara skäl eller effektivitetsvinster.

Utredningen om konkurrensbegränsande förmåga skulle bestå av följande omständigheter: vilken omfattning dominanten hade på den relevanta marknaden, vilken marknadstäckning rabatterna hade, villkoren och sättet för beviljandet av rabatterna samt hur stora rabatterna var och hur länge de hade tillämpats. Det ålåg även rättstillämparen att pröva huruvida det funnits en strategi att eliminera lika effektiva konkurrenter, i enlighet med EU-domstolens tolkning av *Post Danmark I*.²⁷⁰

En sådan utredning av utestängningsförmåga var också relevant för prövningen av objektivet godtagbara skäl och effektivitetsvinster som kan uppväga eller övervinna de negativa effekterna som rabattsystemet gav upphov till. En avvägning mellan rabattsystemets positiva och negativa effekter förutsatte en analys av om rabatten i sig kunde anses eliminera konkurrenter som var lika effektiva.²⁷¹

Domstolen återförvisade därför målet tillbaka till tribunalen då tribunalen misslyckat med att beakta den utredning som låg till grund för kommissionens avgörande. Eftersom kommissionen utrett utestängningsförmåga som sökande invänt emot, ankom det på tribunalen att pröva de argument som framförts av sökande. Det gällde även lika-effektiv-konkurrent-testet som de facto låg till grund för kommissionens avgörande.²⁷²

6.2.1 Kommentarer från doktrin

På samma sätt som i *Post Danmark II* var EU-domstolen noga med att begränsa sitt uttalande. Domstolen tog dock ett tydligt ställningstagande för

²⁷⁰ Se C-413/14, *Intel*, p. 139.

²⁷¹ Se C-413/14, *Intel*, p. 140.

²⁷² Se C-413/14, *Intel*, p. 142–144.

ett verkningsbaserat angreppssätt vad gäller rättstillämparens skyldighet att utreda rabattsystemets utestängningsförmåga i förhållande till en lika effektiv konkurrent. Det per se förfarandet som tidigare tillämpats gentemot exklusivitetsrabatter är inte längre tillåtet så länge dominanten invänder om rabattsystemets avsaknad av konkurrensbegränsande förmåga.²⁷³ EU-domstolens konstaterade av konkurrensrättens ändamål, ger uttryck för ett starkt hänsynstagande gentemot effektivitet och konsumenternas välfärd; bort från ordoliberalism.²⁷⁴

Innan EU-domstolens avgörande i *Intel*, vad gäller exklusivitetsrabatter, kunde dominanten endast motbevisa presumtion om missbruk genom objektiva godtagbara skäl eller effektivitetsvinster. En sådan ordning har inte ansetts tillfredställande enligt Alfonso Lamadrid eftersom det inom objektiva godtagbara skäl eller effektivitetsvinster inte funnits utrymme för att motbevisa sådan presumtion då exklusivitetsrabatter ansågs vara otillåtna till sin natur, eller med andra ord till sin form. Dessutom har ett sådant försvar ännu inte lyckats motbevisa presumtionen, vilket talar för att sådant försvar är omöjligt eller nästintill omöjligt. Att EU-domstolen inför möjligheten att motbevisa presumtionen i bedömningen av konkurrensbegränsande förmåga är ett efterlängtat tillförande.²⁷⁵ Ett sådant skifte mot ett verkningsbaserat angreppssätt anses av Nicolas Petit vara kostnadskrävande, även om det är berättigt.²⁷⁶ Även Julie Clarke ansåg att ett sådant verkningsbaserat angreppssätt skulle vara kostnadskrävande vilket framgår enligt avsnittet ovan ” 6.1.3.1 Kommentarer från doktrin”.²⁷⁷

²⁷³ Se Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 2–3.

²⁷⁴ Se Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 14.

²⁷⁵ Se Alfonso Lamadrid, *More questions (and some answers) on, and beyond, Intel (C-413/14 P)*.

²⁷⁶ Se Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 22–23.

²⁷⁷ Se Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, s. 260.

Enligt EU-domstolen åläggs rättstillämparen en skyldighet att utreda rabatternas konkurrensbegränsande förmåga endast om dominanten invänt mot detta. EU-domstolens bevarande av prima facie presumptionen framstår dock inte inneha någon praktisk funktion enligt Nicolas Petit. Att rättstillämparen inte åläggs en skyldighet att utreda rabatternas konkurrensbegränsande förmåga direkt framstår som anmärkningsvärt. Att dominanten i praktiken inte skulle invända mot presumptionen torde framstå som ofattbart. En dominant har resurserna för att tillsätta jurister för att säkerställa att en sådan invändning företas.²⁷⁸ Johannes Laitenberger, Generaldirektören för Generaldirektoratet för konkurrens, uttalade sig dock i frågan och påstod att kommissionen förutsätter en invändning av relevanta argument utifrån det enskilda målet med konkreta bevis som är tillräckligt allvarliga och underbyggda. Endast då ska kommissionen utreda huruvida rabatterna har konkurrensbegränsande förmåga att utesluta lika effektiva konkurrenter.²⁷⁹ Enligt Alfonso Lamadrid består bevisbördan i att identifiera konkreta bevis för att fastställa uteslutning av lika effektiv konkurrent. Bevisbördan faller då till kommissionen att samla in och sammanställa bevis för att förklara varför invändningen är irrelevant eller otillräcklig.²⁸⁰

EU-domstolens uppräknade av relevanta omständigheter i prövningen av konkurrensbegränsande förmåga, skiljer sig från tidigare rättspraxis där samtliga omständigheter har beaktats. Istället uppräknas sex specifika omständigheter som är nästintill likalydande med de sju uppräknade allmänna omständigheterna i det vägledande dokumentet.²⁸¹ Nicolas Petit anser således att angreppssättet i det vägledande dokumentet indirekt upprätthålls. Däremot är avgörandet inte lika förklarande som det vägledande dokumentet vilket kan föranleda att vissa avvikelser kan förekomma.²⁸²

²⁷⁸ Se Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 11.

²⁷⁹ Se Johannes Laitenberger, *Accuracy and administrability go hand in hand*, s. 9.

²⁸⁰ Alfonso Lamadrid, *DG Laitenberger's CRA Speech (Part II- Implementing Intel, in Theory and in Practice)*.

²⁸¹ Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 9.□

²⁸² Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 20.

Vad gäller lika-effektiv-konkurrent-testet har viss doktrin uppfattat testet, som en oundgänglig del av bedömningen för att avgöra rabatternas konkurrensbegränsande förmåga.²⁸³ En mer restriktiv uppfattning är att eftersom domstolen inte uttryckligen konstaterade en skyldighet att tillämpa testet, så utgör testet endast en av flera metoder att tillämpa; vilket är förenligt med avgörandet i *Post Danmark II*.²⁸⁴ Eventuellt innebär avgörandet endast att rabatter som är förenliga med testet ökar sannolikheten för dess tillåtenhet.²⁸⁵ Om testet visar att lika effektiva konkurrenter inte behöver sälja under genomsnittliga påverkbara kostnaden, ligger bevisbördan på rättstillämparen att visa att rabattsystemet har konkurrensbegränsande förmåga. Konkurrensbegränsande förmåga kan föreligga även om rabatten är förenlig med testet, men det kan inte presumeras prima facie. I förhållandet till *Post Danmark II* där lika-effektiv-konkurrent-testet inte tillämpades, torde *Intel* utgöra huvudregel att testet ska tillämpas. I *Post Danmark II* utgjorde höga inträdesbarriärer i form av statligt monopol sådana faktorer som föranleda att testet inte kunde tillämpas.²⁸⁶

Vad gäller nivån av konkurrensbegränsande förmåga konstaterades det i *Post Danmark II* att effekten ska vara sannolik. EU-domstolen berörde inte frågan i *Intel*. Pablo Ibáñez Colomo har därför föreslagit att nivå som fastställdes i *Post Danmark II* kan utgöra gällande rätt.²⁸⁷ Genom att tillämpa lika-effektiv-konkurrent-testet kan sannolikheten för konkurrensbegränsande effekter konstateras, i enlighet med Wahls förslag till avgörande.²⁸⁸ Om rabatten är

²⁸³ Se Assimakis Komninos m.fl., *New era dawning in EU competition law? CJEU endorses an effects-based assessment of rebates and sets aside lower court's judgment in Intel*; Pablo Ibáñez Colomo, *More questions (and some answers) on, and beyond, Intel (C-413/14 P)*.

²⁸⁴ Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 21.

²⁸⁵ Se Alex Nourry m.fl., *CJEU rules dominant firms' exclusivity rebates are not per se illegal*, s. 3; Pablo Ibáñez Colomo, *More on Intel: some thoughts after the IBA Conference in Florence*.

²⁸⁶ Se Pablo Ibáñez Colomo, *More on Intel: some thoughts after the IBA Conference in Florence*.

²⁸⁷ Se Pablo Ibáñez Colomo, *More on Intel: some thoughts after the IBA Conference in Florence*.

²⁸⁸ Se Wahl, p. 165.

förenlig med testet innebär det att de konkurrensbegränsande effekterna är osannolika. Genom att tillämpa lika-effektivitet-konkurrent-testet kan därför nivån av konkurrensbegränsande förmåga fastställas.²⁸⁹

Utöver att ta tydligt ställningstagande för dominanters möjlighet att motbevisa presumtion om konkurrensbegränsande förmåga och belysa att lika-effektiv-konkurrent-testet har en viss betydelse i dessa mål, kvarstår flera frågor för tribunalen att besvara. Det kan tyckas att EU-domstolen drog sig undan en möjlighet att reda ut lika-effektiv-konkurrent-testets betydelse i dessa mål och vilka andra faktorer som kan beaktas i en prövning av konkurrensbegränsande förmåga.²⁹⁰ Vidare redogjorde inte EU-domstolen vad gäller den rättsliga kvalificeringen av rabattformerna. Enligt doktrinen framstår det som att särskiljningen av exklusivitetsrabatter från trohetskapande rabatter inte längre har en betydelse för den konkurrensrättsliga bedömningen.²⁹¹

²⁸⁹ Se Pablo Ibáñez Colomo, *More on Intel: some thoughts after the IBA Conference in Florence*.

²⁹⁰ Nicolas Petit, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, s. 5.

²⁹¹ Se Alex Nourry m.fl., *CJEU rules dominant firms' exclusivity rebates are not per se illegal*, s. 2; James Venit, *The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?* s. 10.

7 Sammanfattande slutsatser

7.1 Avvikande mönster

EU-domstolens avgörande antyder indirekt, genom att underlåta kategorisering av rabatter såsom tribunalen företog, att exklusivitets- och trohetsskapande rabatter inte skiljer sig åt vad gäller den konkurrensrättsliga bedömningen. I enlighet med det verkningsbaserade angreppssättet har varken rabattens natur eller ändamål betydelse för val av angreppssätt. Symptomatiskt för exklusivitetsrabatter och trohetsskapande rabattssystem är att kunden förlorar sin faktiska valfrihet och oberoende, antingen genom inköpsskyldigheter eller genom rabatter som de facto leder till att kunden köper hela eller nästan hela sitt inköpsbehov av dominanten. Rabattsystemen torde därför angripas med samma angreppssätt, det verkningsbaserade angreppssättet.

Det verkningsbaserade angreppssättet som EU-domstolen redogör för i *Intel* består i en utredning av konkurrensbegränsande förmåga i förhållande till en lika effektiv konkurrent. Angreppssättet är en snävare utredning än det angreppssätt som tidigare tillämpats på trohetsskapande rabatter – genom en utredning av samtliga omständigheter. Principen om lika effektiva konkurrenter sätter ramarna för utredningens omfattning. Samtidigt som angreppssättet är snävare torde utredningen i samma utsträckning kunna identifiera konkurrensbegränsande rabatter som de facto åstadkommer skada på marknaden, såsom utredningen av samtliga omständigheter. Med det sagt finns det dock tillräckligt utrymme för att inte förbjuda sådana rabattssystem som är positiva för konkurrensen, såsom ett formbaserat per se angreppssätt eventuellt hade föranlett.

Vidare är angreppssättet förenligt med gällande rättsuppfattning vad gäller konkurrensrättens ändamål, det vill säga att förhindra skada på effektivitet och konsumenternas välfärd. Utvecklingen bort från ett skyddsobjekt som av

ordoliberalism definieras som konkurrensstrukturen som sådan, och mot ett skyddsobjekt som omfattar effektivitet och konsumenternas välfärd, kan identifieras genom EU-domstolens och tribunalens uttalanden genom rättsutvecklingen.

I *Hoffmann-La Roche* och *Post Danmark I* kan uttalanden om exklusivitetsrabatternas ytterligare inverkan på en redan försvagad konkurrensstruktur, uppfattas som uttryckssätt förenliga med ordoliberalism. Detta förhållningssätt förekommer även i *Michelin I* och *British Airways*. I *Post Danmark II* tenderar EU-domstolen dock att skifta mot ett uttryckssätt förenligt med effektivitet och konsumenternas välfärd. I *Intel* bekräftades detta förhållningssätt av EU-domstolen genom att konstatera att det är förbjudet enligt artikel 102 FEUF att tillämpa ett förfarande som leder till utestängningseffekt för lika effektiva konkurrenter. Dessutom förstärker domstolen betydelsen av lika-effektiv-konkurrent-testet i missbruksmål och utelämnar uttryck såsom att rabatter har en ytterligare inverkan på en redan försvagad konkurrensstruktur.

Även om Generaladvokat Wahl försökt skapa koherent rättspraxis har den rådande rättsuppfattningen inom doktrinen varit sedan *Hoffmann-La Roche* att exklusivitetsrabatter ska angripas enligt det formbaserade per se angreppssättet; rabatterna presumeras inneha konkurrensbegränsande förmåga vilket endast kan motbevisas genom ett försvar av objektivt godtagbara skäl eller av effektivitetsvinster. Omständigheten att Nicolas Petit har gett stöd för att det finns utrymme för ett mer verkningsbaserat angreppssätt i *Hoffmann-La Roche*, om man tolkar den franska språkversionen framför den engelska, ändrar inte förhållandet att det i *Michelin I* och *Post Danmark II* framstår som att ett alternativt angreppssätt ska tillämpas på exklusivitetsrabatter. Inte heller Generaladvokatens redogörelse om den de facto utredning som legat till grund för principuttalande i *Hoffmann-La Roche* ändrar på den saken. Genom att EU-domstolen i *Intel* implementerar ett enhetligt verkningsbaserat angreppssätt blir det svårt att identifiera en koherent rättspraxis för exklusivitets- och

trohetsskapande rabatter. Däremot kan det konstateras att även om en enhetlig rättspraxis skapar en högre rättssäkerhet så finns det ingen formell skyldighet för EU-domstolen att förhålla sig till tidigare praxis. Istället finns det fördelar att istället etablera ett angreppssätt som på ett bättre sätt identifierar och därigenom förhindrar rabatter som kan föranleda faktisk skada för konsumenterna.

7.2 Rättssäkerhet

EU-domstolen konstaterade i *Intel* att kommissionen var skyldig att företa en bedömning av konkurrensbegränsande förmåga om dominanten invände att rabatten inte innehade sådan förmåga. EU-domstolen förkastade det formbaserade per se angreppssätt som tribunalen företagit.

Det formbaserade angreppssättet ska dock inte förväxlas eller likställas med rättssäkerhet. Även om det formbaserade angreppssättet tydligt kategoriserar rabatter som otillåtna respektive tillåtna, kan även ett gediget verkningsbaserat angreppssätt som bygger på vedertagna ekonomiska principer föranleda rättssäkerhet. Genom ett uppräknade av relevanta omständigheter kan kommersiella parter själva, ex ante, företa en utredning av konkurrensbegränsande förmåga för att säkerställa att dominanten inte tillämpar otillåtna rabattsystem. Genom etablerandet av principen om lika effektiva konkurrenter kan dominanten själv utifrån sina egna kostnader fastställa huruvida dominanten genom sitt rabattsystem omfattas av uteslutande missbruk eller inte. Några invändningar mot EU-domstolens valda angreppssätt förekommer inte heller i uttalandet från Generaldirektören Johannes Laitenberger. Avgörandet skapar således förutsägbarhet hur ett angreppssätt av rättstillämparen kommer att tillämpas.

Nicole Petit och Julie Clarke har föreslagit att en utveckling mot ett verkningsbaserat angreppssätt, om än önskvärt, innebär en kostnadsökning vid utredning av missbruksmål. De anser att ett verkningsbaserat angreppssätt är mer kostnadskrävande än ett per se angreppssätt. En kostnadsökning kan

innebära en minskad rättssäkerhet då dominanten inte kan skydda sig mot ingrepp från kommissionen eftersom det förutsätter för höga utredningskostnader i samband med implementering av nya rabattsystem. Det författarna dock bortser ifrån är att det per se angreppssätt som ansetts gälla för exklusivitetsrabatter dock har bestått i en utredning av objektivt godtagbara skäl och effektivitetsvinster. I *Intel* konstaterar EU-domstolen att utredningen av konkurrensbegränsande förmåga är likaledes relevant för en bedömning av objektivt godtagbara skäl eller av effektivitetsvinster. Det framstår således som att en liknande utredning ska företas. Någon skillnad i omfattning framgår inte av EU-domstolens avgörande. Skiftet mot ett verkningbaserat angreppssätt torde därför inte i någon större omfattning öka kostnader jämfört med det tidigare formbaserade per se angreppssättet eftersom den inkluderade en utredning av objektivt godtagbara skäl och effektivitetsvinster.

Det är rimligt att tillåta presumtioner såtillvida de bygger på en vedertagen grund. Presumtionen ska inte utformas som en utväg för rättstillämparen att undkomma utredning eller att ignorera faktiska bevis. Presumtionen ska vara baserad på allmänt vedertagen information och erfarenhet. Det följer av sådan information och erfarenhet att exklusivitetsrabatter i många fall tenderar att utesluta konkurrenter. Däremot måste det finnas utrymme för dominanten att motbevisa presumtionen, eftersom samma information och erfarenhet fastställer att exklusivitetsrabatter inte alltid leder till uteslutande missbruk.

Genom att placera bevisbördan prima facie på dominanten blir dominanten tvungen att företa en inledande utredning för att bedöma huruvida rabatterna är tillåtna eller inte. Utredningarna är resurskrävande och om Johannes Laitenberger inställning stämmer, har dominanten en betungande uppgift att motbevisa presumtionen. Med en större bevisbörda förutsätts att dominanten företar en mer omfattande utredning. Det innebär att kommissionen sedan undkommer att genomföra en lika omfattande utredning, eftersom det räcker med att bedöma tillräckligheten i dominantens utredning. Allokeringen av bevisbördan innebär också en allokering av resursbördan för en utredning.

Det torde dock anses vara rimligt att inledande bevisbörda ligger hos dominanten ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Motsatsen hade istället varit att kommissionen skulle bekosta en fullständig utredning. Företag i dominerande ställning är både resursstarka och förtrogna med sina egna kostnader och rabattsystem, vilket torde begränsa utredningens omfattning. Avgörande är dock vilken nivå av bevisbörda som förutsätts – alltså vilka konkreta bevis som behöver presenteras för att motbevisa presumtionen. Ett sådant svar har *Intel*-avgörandet inte redogjort för. Det kvarstår således att besvara för domstolen. En ordning där dominanten prima facie ska presentera ett försvar innebär att dominanten själv kan välja vilken metod som försvaret ska grundas på. Ett alternativ då är att invända genom en utredning av lika-effektiv-konkurrent-testet. Därmed måste rättstillämparen utreda rabattsystemet i förhållande till lika-effektiv-konkurrent-testet. Huruvida testet är tillräckligt eller inte har domstolen ännu inte besvarat.

7.3 Angreppssätt för exklusivetsrabatter

Det angreppssätt som EU-domstolen i *Intel* fastställer grundar sig i ett verkningsbaserat angreppssätt. Rent teoretiskt kvarstår dock presumtionen om exklusivets- och trohetsskapande rabatternas prima facie otillåtenhet. Det förutsätts alltså att dominanten invänder mot konkurrensbegränsande förmåga innan presumtionen kan motbevisas. Som Nicolas Petit förklarar så framstår detta som en högst teoretisk presumtion. Givetvis kommer dominanten säkerställa att en sådan invändning företas. Enligt Johannes Laitenberger uttalas dock en högre bevisbörda än den allmänna invändningen såsom Nicolas Petit föreslår. Av EU-domstolens avgörande i *Intel* framkommer inte mera specifikt vad en sådan invändning består av. Det finns anledning att emotse att tribunalen beaktar saken nu när ärendet har återförvisats. Det torde dock vara så att bevisbördan ska uppfattas som låg, eftersom EU-domstolen fastställer att en omfattande utredning ska företas efter att dominanten har invänt mot att rabatterna innehar konkurrensbegränsande förmåga. Att etablera en hög bevisbörda för presumtionen framstår som oförenligt med den efterföljande bedömningen av

konkurrensbegränsande förmåga och sedan en bedömning av objektiva godtagbara skäl och effektivitetsvinster. Om en hög bevisbörda uppställs för att motbevisa presumtionen uppkommer frågan vad som återstår till utredning av konkurrensbegränsande förmåga samt objektiva godtagbara skäl och effektivitetsvinster. En sådan ordning framstår som högst anmärkningsvärd.

Vad som dock är fastställt är att om dominanten invänder mot presumtionen med framgång, så har kommissionen en skyldighet att utreda rabatternas konkurrensbegränsande förmåga. Bedömningen består av en utredning av sex uppräknade omständigheter:

1. Vilken omfattning dominanten hade på den relevanta marknaden,
2. vilken marknadstäckning rabatterna hade,
3. villkoren och sättet för beviljandet av rabatterna,
4. hur stora rabatterna var,
5. hur länge de hade tillämpats, och
6. huruvida det funnits en strategi att eliminera lika effektiva konkurrenter.

EU-domstolen går inte närmare in på hur dessa omständigheter ska hanteras. För att skapa sig en förståelse av hur dessa kan tillämpas på exklusivitetsrabatter, kan rättspraxis och det vägledande dokumentet vara vägledande. Inledningsvis ska det konstateras att det vägledande dokumentet inte är ett uttryck för gällande rätt. Däremot innehar de uppräknade omständigheterna en rättslikhet med de omständigheter som framkommer i det vägledande dokumentet, enligt Nicolas Petit. En sådan rättslikhet torde därför inte bortses ifrån. Det framstår således som att omständigheterna härrör från det vägledande dokumentet och att EU-domstolen indirekt upprätthåller angreppssättet från det vägledande dokumentet. Eftersom EU-domstolen inte hänvisar direkt till det vägledande dokumentet och att det i Johannes Laitenbergers uttalande inte förekommer någon kommentar vad gäller relationen mellan *Intel*-avgörandet och det vägledande dokumentet, finns det anledning att vara restriktiv i bedömningen utifrån det vägledande

dokumentet. Vad gäller rättspraxis har EU-domstolen hanterat trohetsskapande rabatter, alltså inte exklusivitetsrabatter vilket också motiverar en restriktiv tolkning. Däremot, eftersom EU-domstolen i *Intel* inte särskiljer rabattformerna åt, torde samma bedömning kunna göras oberoende om rabatten utgör en exklusivitetsrabatt eller en trohetsskapande rabatt. Hänsyn ska dock tas till att rabatterna skiljer sig åt till sin konstruktion. Därför finns det anledning att uppmärksamma att rättstillämparen kan värdera omständigheter olika beroende på om det avser trohetsskapande rabatter eller exklusivitetsrabatter i det enskilda fallet.

Vad gäller den första uppräknade omständigheten – dominantens omfattning – kan särskilt erinras från *Post Danmark II* att dominantens lagstadgade ensamrätt till distribution av produkter som innebar en hög marknadsandel, särskilt beaktades. Det framgår även av det vägledande dokumentet att ju starkare ställning dominanten har, desto troligare är det att det leder till konkurrensbegränsande effekt. Vad gäller villkoren för beviljandet av rabatter kan här erinras från *British Airways*, *Post Danmark II* och det vägledande dokumentet, att retroaktiva rabatter har en högre konkurrensbegränsande förmåga än inkrementella. För retroaktiva rabatter är trohetsskapande effekten i princip störst på den sista inköpta produkten innan tröskelvärdet överskrids. Vad gäller rabattens storlek och längden på tillämpningsperioden kan erinras från det vägledande dokumentet att det allmänt gäller att ju större andel av den totala omsättningen på marknaden som påverkas av rabatten och ju längre de pågår, desto större är den konkurrensbegränsande effekten. I *Intel* konstaterade tribunalen att den kortaste perioden som rabatten tillämpades var under ett år, vilket ansågs vara en påfallande tidsperiod. Vad gäller omständigheten att identifiera en strategi som eliminerar lika effektiva konkurrenter, hänvisade EU-domstolen i *Intel* särskilt till *Post Danmark I*. Av *Post Danmark I* har EU-domstolen särskilt beaktat huruvida dominanten haft för avsikt att utesluta en konkurrent. I *Tomra* ansåg dock EU-domstolen att omständigheten – avsikt – inte skulle erhållas något större värde. Avsikt var således endast en av många faktiska omständigheter att beakta. Vilket värde som ska tilldelas omständigheten, ger

således utrymme för tolkning. Om man utgår ifrån det verkningsbaserade angreppssättet för att utreda faktisk påverkan på marknaden torde dominantens avsikt endast beaktas i begränsad omfattning i relation till de andra omständigheterna. En mer utförlig bedömning, vad gäller tillämpningen av de uppräknade omständigheter, kan förväntas komma från tribunalen eftersom EU-domstolen återförvisade målet.

Omständigheterna är inte kumulativa bedömningskriterier där samtliga ska uppfyllas till en viss nivå. Det är inte heller mängden av omständigheter som är av relevans för den konkurrensbegränsande förmåga, utan istället är det hur konkret effekten är. Även om rättstillämparen har en skyldighet att pröva samtliga uppräknade omständigheter, räcker det att en av dessa omständigheter uppfyller konkurrensbegränsande förmåga, för att fastställa sådan förmåga. Konkreta bevis på konkurrensbegränsande effekt torde vara a fortiori bevis på konkurrensbegränsande förmåga. Annars torde ledning av *Post Danmark II* kunna hämtas, att effekten ska åtminstone vara sannolik, inte rent hypotetisk.

Vad gäller lika-effektiv-konkurrent-testet har viss doktrin uppfattat att *Intel*-avgörandet framställer testet som en oundgänglig del av bedömningen för att avgöra konkurrensbegränsande förmåga. Flera röster såsom Nicolas Petit, Alfonso Lamadrid och Pablo Ibáñez Colomo har istället föreslagit en mer restriktiv tolkning. De menar på att eftersom domstolen inte uttryckligen etablerade en skyldighet att företa lika-effektiv-konkurrent-testet, föreligger därför inte en sådan skyldighet. Däremot konstaterar EU-domstolen att testet hade en reell betydelse för kommissionens beslut och att tribunalen därför var skyldig att utreda testets betydelse i målet. En extensiv tolkning av detta innebär att EU-domstolen tar ett ställningstagande för testet indirekt. EU-domstolen hade kunnat avfärda testets betydelse och därmed kommit till slutsatsen att testet inte hade en påverkan på tribunalens bedömning av konkurrensbegränsande förmåga. Testet är dessutom förenligt med rådande uppfattning av konkurrensrättens ändamål, såsom också uttryckts av kommissionens vägledande dokumentet. Med anledning av ovanstående

torde lika-effektiv-konkurrent-testet inneha en stark ställning vid en utredning av uteslutande missbruk. Däremot, med beaktande av *Post Danmark II* som uttalande att lika-effektiv-konkurrent-testet endast utgör en av flera möjliga metoder att tillämpa, så utgör testet ingen rättslig skyldighet för rättstillämpare att tillämpa testet. Sammanfattningsvis torde dominanten inkludera en utredning i enlighet med lika-effektiv-konkurrent-testet som bevis i sin invändning mot prima facie presumptionen om konkurrensbegränsande förmåga, för att säkerställa att rättstillämparen bedömer rabatten i förhållande till testet. Lika-effektiv-konkurrent-testet innebär att sannolikheten ökar för huruvida rabatterna är tillåtna, och torde därför företas av dominanten som invändning.

Om då någon av dessa omständigheter skulle visa på konkurrensbegränsande förmåga men dominanten också invänt om objektiva godtagbara skäl eller effektivitetsvinster, ska rättstillämparen pröva även detta. En sådan bedömning framstår dock som anmärkningsvärd med anledning av EU-domstolens uttalande i *Intel*. I avgörandet konstaterar EU-domstolen att analysen av konkurrensbegränsande förmågan är likaledes relevant för en bedömning av objektiva godtagbara skäl eller av effektivitetsvinster. En sådan bedömning torde därför vara överflödiga. Vilka omständigheter som ska beaktas, utöver vad som framgår i en bedömning av konkurrensbegränsande förmåga, framgår inte av avgörandet. Vad gäller objektiva godtagbara skäl kan hälso- och säkerhetsskäl vara sådana objektiva sakliga skäl som åsyftas i *Intel*-avgörandet med hänsyn till vad som framkommer av det vägledande dokumentet och rättspraxis, såsom *Hilti*, *Tetra Pak II* och *Microsoft*.

EU-domstolen återförvisade *Intel*-målet till tribunalen eftersom tribunalen underlät att beakta lika-effektiv-konkurrent-testet. Rättsutvecklingen för exklusivitetsrabatter har därför ännu inte fått ett avslut; ett fortsatt avvaktande förestår för klargörandet av tillämpligt angreppssätt.

Käll- och litteraturförteckning

Författning

Konkurrenslag (2008:579).

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, 2012 C 326/01.

Protokoll (nr 27) Om den inre marknaden och konkurrens. Bilaga till Lissabonfördraget, 2007 C 306/01.

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

Dokument från kommissionen

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

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, 1997 C 372/03.

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, 2009 C 45/02.

Förarbeten

Prop. 2007/08:135, Ny konkurrenslag m.m.

Prop. 1992/93:56, Ny konkurrenslagstiftning.

Doktrin

Geradin, Damien, *A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-competitive Ones*, World Competition, volym 32, upplaga 1, s. 41–70.

Geradin, Damien, *The Decision of the Commission of 13 May 2009 in the Intel case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?*, Journal of European Competition Law & Practice, volym 1, upplaga 2, 1 mars 2010, s. 112–122.

Geradin, Damien, *The Opinion of AG Wahl in Intel: Bringing Coherence and Wisdom into the CJEU's Pricing Abuses Case-Law*, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series No. 18/2016.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts juridik, Stockholm, 2005.

Julie Clarke, *The Opinion of AG Wahl in the Intel Rebates Case: A Triumph of Substance over Form?*, World Competition, volym 40 upplaga 2, s. 241–269.

Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt: en handbok*, upplaga 5, Karnov, Stockholm, 2014.

Patel, Kiran Klaus & Schweitzer, Heike (red.), *The historical foundations of EU competition law*, upplaga 1, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Petit, Nicolas, *Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, European Competition Journal, 2015, volym 11, upplaga 1, s. 26-68.

Petit, Nicolas, *The advocate General's opinion in Intel v Commission: eight points of common sense for consideration by the CJEU*, Concurrences Review, nummer 1, 2016.

Petit, Nicolas, *The judgement of the EU court of justice in Intel and the rule of reason in abuse of dominance cases*, publicerad 12 december, 2017.

Rosenblatt, Howard och Armengod, Héctor, *The Commission's Approach to Conditional Discounts: A Look at Tomra and Intel*, The European Antitrust Review 2012, publicerad av Global Competition Review i samarbete med Allen & Overy, Latham & Watkins LLP m. fl.

Venit, James, *The judgment of the European Court of Justice in Intel v Commission: a procedural answer to a substantive question?* European Competition Journal, volym 13, upplaga 2-3, publicerad 28 september 2017.

Waelbroeck, Denis, *Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates By Dominant Companies*, Journal of Competition Law & Economics, Volym 1, upplaga 1, 1 januari 2005, s. 149–171.

Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, upplaga 8, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Wils, Wouter P.J., *The judgment of the EU General Court in Intel and the so-called 'more economic approach' to abuse of dominance*, World Competition: Law and Economics Review, volym 37, nummer. 4, 2014, s.405-434.

Elektroniska källor

Batchelor, Edward W. och Jones, Keith R, *Rebates Rules Revised: CJEU Requires Economic Assessment of Rebate Scheme; Loyalty Rebates Case Law Must be "Further Clarified"*, publicerad 7 september 2017, <http://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/09/rebates-rules-revised/>, besökt 8 december 2017.

Colomo, Pablo Ibáñez, *Comments on Case C-413/14 P, Intel: presumptions, effects-based analysis and open questions*, publicerad 6 september 2017
<https://chillingcompetition.com/2017/09/06/comments-on-intel-presumptions-effects-based-analysis-and-open-questions/>, besökt 5 december 2017.

Colomo, Pablo Ibáñez, *Intel and Article 102 TFEU Case Law: Making Sense of a Perpetual Controversy*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 29/2014 London School of Economics and Political Science Law Department, publicerad 26 november 2017
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2530878, besökt 5 december 2017.

Colomo, Pablo Ibáñez, *More on Intel: some thoughts after the IBA Conference in Florence*, publicerad 12 september 2017
<https://chillingcompetition.com/2017/09/12/more-on-intel-some-thoughts-after-the-iba-conference-in-florence/>, besökt 5 december 2017.

Komninos, Assimakis m.fl., *New era dawning in EU competition law? CJEU endorses an effects-based assessment of rebates and sets aside lower court's judgment in Intel*, publicerad 7 september 2017,
<https://www.whitecase.com/publications/alert/new-era-dawning-eu-competition-law-cjeu-endorses-effects-based-assessment-rebates>, besökt 5 december 2017.

Lamadrid, Alfonso, *DG Laitenberger's CRA Speech (Part II- Implementing Intel, in Theory and in Practice)* publicerad 19 december 2017,
<https://chillingcompetition.com/2017/12/19/dg-laitenbergers-cra-speech-part-ii-implementing-intel-in-theory-and-in-practice/>, besökt 29 december 2017.

Lamadrid, Alfonso, *Intel v Commission and the problem with wrong economic assumptions*, publicerad 16 juni 2014,

<https://chillingcompetition.com/?s=Intel+v+Commission+and+the+problem+with+wrong+economic>, besökt 5 december 2017.

Lamadrid, Alfonso, *More questions (and some answers) on, and beyond, Intel (C-413/14 P)*, publicerat 6 september 2017, <https://chillingcompetition.com/2017/09/06/more-questions-and-some-answers-on-and-beyond-intel-c-41314-p/>, besökt 5 december 2017.

Nourry, Alex m.fl., *CJEU rules dominant firms' exclusivity rebates are not per se illegal*, publicerad 11 september 2017, https://www.cliffordchance.com/briefings/2017/09/cjeu_rules_dominantfirm_exclusivityrebate.html, besökt 5 december 2017.

EU-domstolens hemsida. Angående arbetspråk, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_9089/sv/, besökt 8 december 2017.

Övrigt

Johannes Laitenberger, *Accuracy and administrability go hand in hand*, CRA Conference Brussels, 12 december 2017.

Mario Monti, *The Future for Competition Policy in the European Union*, SPEECH/01/340, Merchant Taylor's Hall, London 9 juli 2001.

Neelie Kroes, *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*, SPEECH/08/212, Fordham Corporate Law Institute New York, 23 september 2005.

OECD Policy Roundtables, *Fidelity and Bundled Rebates and Discounts*, 2 december 2008, DAF/COMP(2008)29.

Rapport från Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), *An economic approach to Article 82*, juli 2005.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-413/14, *Intel Corp. mot Europeiska kommissionen*, EU:C:2017:632.

C-23/14, *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet*, EU:C:2015:651.

C-457/10, *AstraZeneca AB och AstraZeneca plc mot Europeiska kommissionen*, EU:C:2012:770.

C-549/10, *Tomra Systems ASA m.fl. mot Europeiska kommissionen*, EU:C:2012:221.

C-209/10, *Post Danmark A/S mot Konkurrenserådet.*, EU:C:2012:172.

C-52/09, *Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB*, EU:C:2011:83.

C-280/08, *Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen*, EU:C:2010:603.

C-52/07, *Kanal 5 Ltd och TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa.*, EU:C:2008:703.

C-202/07, *France Télécom SA mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:2009:214.

C-95/04, *British Airways plc mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:2007:166.

C-552/03, *Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:2007:605.

C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG*, EU:C:2004:257.

C-393/92, *Municipality of Almelo m.fl. mot NV Energiebedrijf Ijsselmij.*, EU:C:1994:171.

C-62/86, *AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:1991:286.

C-322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:1983:313.

C-26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:1977:167.

C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:1979:36.

C-27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:1978:22.

C-6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:C:1975:50.

Förslag till avgörande av Generaladvokat

Förslag till avgörande av generaladvokat N. Wahl föredraget den 20 oktober 2016, EU:C:2016:788.

Tribunalen

T-286/09, *Intel Corp. mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2014:547.

T-155/06, *Tomra Systems ASA m.fl. mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2010:370.

T-201/04, *Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2007:289.

T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:2006:265.

T-219/99, *British Airways plc mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:2003:343.

T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:2003:250.

T-191/98, *Atlantic Container Line AB m.fl. mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2003:245.

T-228/97, *Irish Sugar plc mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:1999:246.

Förenade mål T-24/93, T- 25/93, T-26/93 och T-28/93, *Compagnie maritime belge transports SA m. fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:1996:139.

T-83/91, *Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:1994:246.

T-65/89, *BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:1993:31.

T-30/89, *Hilti AG. mot Europeiska gemenskapernas kommission*, EU:T:1991:70.

Kommissionen

Intel Corp. mot Europeiska kommissionen, COMP/C-3 /37.990.

Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission, COMP/E-2/36.041/PO.

British Airways plc mot Europeiska gemenskapernas kommission IV/D-2/34.780.