



Tryggðahvetjandi afslættir og vildarkerfi með hliðsjón af 11. gr. samkeppnislaga

Árni Björn Kristjánsson

2013

BA í lögfræði

Höfundur: Árni Björn Kristjánsson
Kennitala: 011287-2719
Leiðbeinandi: Heimir Örn Herbertsson

Lagadeild
School of Law

Útdráttur

Í ritinu er fjallað um afslætti og önnur afsláttarkjör sem skapa tryggð og við hvaða aðstæður slíkir afslættir gætu talist jafngilda misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Dómafordæmi Evrópudómstólsins hafa verið nokkuð afgerandi þegar kemur að tryggðaafláttum. Dómstóllinn telur að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafi sérstakar skyldur gagnvart keppinautum og samkeppni í heild. Dómstóllinn hefur þar að auki myndað með sér formbundna nálgun og hafa tryggðaaflættir, eða markmiðsafslættir sem búa til tryggð, taldir mynda útilokunaráhrif gagnvart keppinautum og nánast verið taldir brotlegir af sjálfu sér og ekki þótt nauðsynlegt að sýna fram á raunveruleg skaðleg áhrif á neytendur. Í tengslum við tryggðaaflætti er stutt umfjöllun um vildarkerfi og þá sérstaklega vildarkerfi flugfélaga. Gerð er grein fyrir því hvar vildarkerfi standa út frá samkeppnisréttarlegum sjónarmiðum. Þar sem markmið vildarkerfa eru beinlínis að skapa tryggð hjá viðskiptavinum er talið mjög varhugavert að halda úti slíkum vildarkerfum ef fyrirtæki eru í markaðsráðandi stöðu. Í kjölfarið eru reifuð helstu mál í íslenskri framkvæmd þar sem reynt hefur á tryggðahvetjandi afslætti og önnur afsláttakjör. Framkvæmdin er frekar formbundin og í samræmi við evrópsk dómafordæmi. Ekki er hægt að segja að það gæti marktækra áhrifa í íslenskri framkvæmd að uppi séu vangaveltur um breytta nálgun þegar kemur að mati á háttsemi sem talin er valda útilokunaráhrifum.

Að lokum er umfjöllun um leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB um forgangsröðun og áherslur stofnunarinnar við beitingu 102. gr. TFEU varðandi útilokandi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja. Markmið leiðbeiningarinnar er að þróa framkvæmd við beitingu 102. gr. TFEU og boða efnahagslegri nálgun við mat á háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja.

Framkvæmdin hjá dómstólum Evrópusambandsins sem og hjá samkeppnisyfirköllum á Íslandi er nokkuð fastmótuð í tengslum við tryggðaaflætti og önnur afsláttakjör sem talin eru skapa tryggð. Þó má sjá einhverjar breytingar í framkvæmd framkvæmdastjórnarinnar í kjölfar útgáfu leiðbeiningarinnar.

Abstract

This essay focuses on loyalty discounts in regards of violation of Article 11 of the Icelandic competition law. European case law has been quite critical when it comes to loyalty discounts. The European courts have formed a formalized approach and loyalty discounts are regarded as having exclusionary effect on competitors and almost considered to be *per se* unlawful without having to show actual effects on consumers. In connection to loyalty discounts there is a brief discussion about loyalty schemes and how loyalty schemes, most notably airline loyalty schemes, work in relation to competition law. Since the goal of loyalty schemes is explicitly to create loyalty among customers it is considered undesirable to maintain such systems if the undertaking is in a dominant position.

The main rulings from the Icelandic competition authorities are examined in regards to discount schemes by dominant undertaking. The implementation is rather systematic and in accordance with European case law. It's not apparent that there are any effects in Icelandic case law where the competition authorities are likely to follow a more economic approach when evaluating a conduct that is considered to have exclusionary effects. Then there is an examination on the Commission's guidance paper on enforcement priorities in applying Article 82 EC to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. The guidance paper is a part of the European Commission's scheme to evolve the competition rules of the Union and the aim is to introduce a more economic approach when the Commission is evaluating whether a conduct by a dominant undertaking is abusive or not.

The implementation of the European courts and the competition authorities in Iceland is fairly routine in regards to loyalty discounts. However, some changes are apparent in the Commissions implementation after the release of the guidance paper.

Efnisyfirlit	
Útdráttur	ii
Abstract	iii
Dómar	v
Lagaskrá	v
Ákvarðanir og úrskurðir	vi
Frumvörp og reglugerðir	vii
1. Inngangur	1
2. Samkeppnisréttur	3
3. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu	5
3.1 Hvernig á að skilgreina markaðinn	6
3.1.1 Vöru- og þjónustumarkaður	7
3.1.2 Landfræðilegi markaðurinn	8
3.2 Markaðsráðandi staða	9
3.2.1 Markaðshlutdeild og samþjöppun	10
3.2.2 Aðgangshindranir	11
3.2.3 Kaupendastyrkur	11
3.3 Markaðsráðandi staða leiðir til sérstakra skyldna	12
4. Tryggðaaflættir	13
4.1 Almenn umfjöllun	13
4.2 Núverandi framkvæmd í evrópskum rétti.....	15
4.3 Niðurstöður.....	21
5. Vildarkerfi	23
5.1 Almenn umfjöllun um vildarkerfi.....	23
6. Afslættir og vildarkerfi í íslenskri framkvæmd	25
6.1 Vildarkerfi Ícelandair	25
6.2 Tal gegn Landssímanum	26
6.3 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu	27
6.4 Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.....	28
6.5 Misnotkun Sorpu á markaðsráðandi stöðu.....	29
6.6 Niðurstöður.....	30
7. Leiðbeining framkvæmdastjórnar ESB	31
7.1 Formundið mat á lögmæti hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis	31
7.1.1 Hvað er per se brot?	31
7.2 Leiðbeining framkvæmdastjórnarinnar	32
7.3 Ný nálgun leiðbeiningarinnar	34
7.3.1 Jafn hæfir keppinautar	35
7.4 Misræmi í framkvæmd?	38
7.5 Niðurstöður.....	41
8. Lokaorð	43
9. Heimildaskrá	46

Dómar

Evrópuréttur:

- Mál C62/86 *AKZO g. Commission* [1991] ECR I-3359.
Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331.
Mál C-6/72 *Continental Can g. Commission* [1973] ECR 215.
Mál C-202/07 P *France Telecom SA g. Commission* [2009] ECR 2369.
Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche g. Commission* [1979] ECR 461.
Mál C-322/81 *Michelin g. Commission* [1983] ECR 3461.
Mál T-203/01 *Michelin g. Commission* [2003] ECR II-4071.
Mál nr. 40/73 *Suiker Unie g. Commission* [1975] ECR 1663.
Mál C-549/10 P *Tomra ASA o.fl. g. Commission*.
Mál C-27/76 *United Brands g. Commission* [1978] ECR 207.

Lagaskrá

Evrópuréttur:

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2002] OJ C325/01.

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2008] OJ C115/01.

Íslensk lög:

Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993

Samkeppnislög nr. 8/1993

Samkeppnislög nr. 44/2005

Ákvarðanir og úrskurðir

Samkeppniseftirlitið:

Erindi Aalborg Portland Íslandi hf. vegna viðskiptahátta Sementsverksmiðjunnar hf., ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 32/2002, 28. október 2002.

Erindi Iceland Express ehf. vegna verðlagningar Icelandair ehf. á fargjöldum til Kaupmannahafnar og London, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007, 30. mars 2007.

Erindi Landssíma Íslands hf. um fjárhagslegan aðskilnað innan INTÍS, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 24/2000, 20. júní 2000.

Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf., ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/1999, 9. júní 1999.

Félag íslenskra heimilislækna gegn samkeppnisráði, úrskurður Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2000, 6. apríl 2000.

Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu, úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, 12. mars 2008.

Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010, 26. febrúar 2010.

Misnotkun Sorpu bs. á markaðsráðandi stöðu sinni, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2012, 21. desember 2012.

Misnotkun Véla og verkfæra á markaðsráðandi stöðu, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2009, 8. apríl 2009

Misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011, 30. mars, 2011.

Samruni WOW Air ehf. og Iceland Express ehf., ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 5/2013, 8. mars 2013.

Framkvæmdastjórn ESB:

Mál Comp/C-3-37.990 *Intel* [2009].

Mál Comp/E-1/38.113, *Prokent-Tomra* [2008] OJ C219/11.

Frumvörp og reglugerðir

Alþt. 2004-2005, A-deild, þskj. 883 - 590. mál.

Stjórnartíðindi, B-deild, nr. 930/2001

1. Inngangur

Samkeppnisréttur hefur vaxið gífurlega á undanförunum árum sökum breytinga í hugsunarhætti og fjárhagslegri hegðun fyrirtækja og einstaklinga út um allan heim.¹ Það sem einkennir samkeppnisrétt er að hann felur í sér reglur sem eiga að vernda samkeppni og um leið þannig að neytendur njóti góðs af.² Helstu kostir samkeppni umfram einokun er lægra verð, betri vörur, meira vöruúrval og meiri hagkvæmni fyrir neytendur.³

Eitt helsta áhyggjuefni samkeppnisréttar er að fyrirtæki geta komið sér í svo sterka stöðu á sínum markaði að það geti skaðað velferð neytenda á ýmsa vegu t.d. með því að minnka framleiðslu, hækka verð, minnka gæði á framleiðslu eða draga úr nýsköpun.⁴ Slík hegðun er yfirleitt kölluð misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Í þessari ritgerð verða tryggðaafláttir og önnur afláttarkjör sem skapa tryggð skoðuð en slíkir afláttir eru ein tegund af háttsemi sem getur talist jafngilda misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Með tryggðaafláttum er átt við aðstæður þar sem viðskiptavininn er umbunað með afláttum gegn ákveðinni kauphegðun. Slík háttsemi getur leitt til þess að keppinautar markaðsráðandi fyrirtækja verða fyrir útilokunaráhrifum. Auk þess verður fjallað um svokölluð vildarkerfi og hvort þau standist kröfur 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sbr. 102. gr. Treaty on the Functioning of the European Union (hér eftir TFEU) eftir atvikum.

Markmið ritgerðarinnar er að gera grein fyrir tryggðahvetjandi afláttum og öðrum afláttarkjörum sem valda tryggð ásamt því að fjalla um vildarkerfi og hvort þau geti mögulega fallið undir hegðun sem telst misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Gerð verður grein fyrir framkvæmd samkeppnisyfirvalda á Íslandi ásamt evrópskri dómaframkvæmd við skoðun á tryggðaafláttum.

¹ Richard Whish, *Competition law* (Oxford University Press 2008) 1.

² sama heimild.

³ sama heimild 4.

⁴ sama heimild 1.

Efnistöð ritgerðarinnar verða þannig að í öðrum kafla verður fjallað stutt um samkeppnisrétt á Íslandi og nógildandi löggjöf.

Í þriðja kafla verður fjallað um misnotkun á markaðsráðandi stöðu og þá aðferðafræði sem þarf að fara í gegnum við mat á því hvort fyrirtæki telst markaðsráðandi.

Í fjórða og fimmta kafla verður svo fjallað um tryggðaaflætti og vildarkerfi, bæði almenn umfjöllun og skilgreining hugtaka sem og ýmis önnur atriði ásamt dómum sem hafa fallið í tengslum við efnin í evrópskri réttarframkvæmd.

Í sjötta kafla verður fjallað um aflætti og vildarkerfi í íslensku viðskiptalífi og gerð grein fyrir framkvæmd Samkeppniseftirlitsins á því sviði.

Í sjöunda kafla verður fjallað um leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB um forgangsröðun og áherslur stofnunarinnar við beitingu 102. gr. TFEU varðandi útilokandi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja sem var gefin út árið 2009.

Að lokum verða meginþættir ritsins dregnir saman.

2. Samkeppnisréttur

Núgildandi samkeppnislög eru nr. 44/2005 (hér eftir skl.) og tóku gildi þann 1. júlí 2005 og tóku við af þágildandi lögum nr. 8/1993 en það voru fyrstu heildstæðu íslensku samkeppnislögin.⁵

Íslenskur samkeppnisréttur á rætur sínar að rekja til samkeppnisreglna Evrópusambandsins.⁶ Miklar breytingar áttu sér stað á árunum áður en lögin tóku gildi innan Evrópusambandsins og meginmarkmið þeirra breytinga voru að virkja samkeppniseftirlit innan aðildarríkjanna.⁷ Með lögum nr. 44/2005 voru Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð lögð niður og Samkeppniseftirlitið var stofnað. Átti þessi framkvæmd að stuðla að markvissari framkvæmd laganna sem og eflingu samkeppniseftirlits og því var stjórnsluframkvæmdinni breytt með lögum.⁸

Markmið skl. kemur fram í 1. gr. laganna en þar segir að markmiðið sé að efla virka samkeppni í viðskiptum og þannig vinna að hagkvæmari nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Fjallað er m.a. um tilgang skl. í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 en þar segir:

Samkeppnislög sem ríki um víða veröld hafa sett sér hafa almennt þann tilgang að vernda samkeppnina með því að leggja bann við samkeppnishamlandi aðgerðum sem skaða hagsmuni bæði neytenda og viðskiptalífsins. Jafnframt eiga samkeppnislög að tryggja að öll fyrirtæki hafi möguleika til að taka þátt í heilbrigðri samkeppni og þurfi ekki að þola óeðlilega eða skaðlega viðskiptahætti af hálfu annarra fyrirtækja. Samkeppnislög eiga þannig að stuðla að því að nýir aðilar geti hafið atvinnurekstur og smærri fyrirtæki stækkað og eru því liður í að efla eða viðhalda öflugu atvinnulífi. Á sama hátt og ljóst er að samkeppni í viðskiptum hefur jákvæð áhrif liggur fyrir að samkeppnishömlur geta valdið almenningi og atvinnulífinu miklum skaða. Ef engar samkeppnisreglur eru fyrir hendi aukast líkur á óæskilegri hegðun fyrirtækja, störf tapast og réttaröryggi neytenda minnkar. Án

⁵ Alpt. 2004-2005, A-deild, þskj. 883 - 590. mál.

⁶ sama heimild.

⁷ sama heimild.

⁸ Samkeppniseftirlitið, „Virk samkeppni - hagur almennings“ (Samkeppniseftirlitið 2006) 6 <www.samkeppni.is/media/skyrslur95-07/arsskyrsla_Samkeppniseftirlitsins_2006.pdf> skoðað 5. maí 2013.

samkeppnisreglna geta markaðsráðandi fyrirtæki hrakið minni keppinauta út af markaðnum og hindrað að nýir aðilar nái á honum fótfestu.⁹

Eins og fyrr segir þá á íslenskur réttur rætur sínar að rekja til evrópskra réttarreglna og því ber að taka tillit til réttarframkvæmdar í Evrópu. Fjöldamörg fordæmi hafi verið sett af Evrópudómstólnum varðandi túlkun og skýringu á 11. gr. skl. sbr. 6. gr. laga um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993. Leiða má af 6. gr. fyrrnefndra laga um evrópska efnahagssvæðið að hún eigi jafnt við um framkvæmdastjórn Evrópusambandsins sem og Evrópudómstólinn.¹⁰

Í íslenskum rétti ber að athuga að ákvæði 11. gr. eru byggð á 54. gr. EES-samningsins sem og 82. gr. Rómarsáttmálans¹¹ (nú 102. gr. TFEU með tilkomu Lissabonsáttmálans¹²). Vísað verður jafnt til 11. gr. skl. sem og 102. gr. TFEU í þessu riti.

⁹ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging: Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi“ (Skýrsla nr. 2/2008, Samkeppniseftirlitið 2008) 22
<www.samkeppni.is/media/skyrslur/ymsar_skyrslur/oflug_oppbygging_opnun_markada_og_efling_atvinnustarfsemi.pdf> skoðað 6. apríl 2013.

¹⁰ Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006) 307.

¹¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2002] OJ C325/01.

¹² Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2008] OJ C115/01.

3. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Fjallað er um misnotkun á markaðsráðandi stöðu í 102. gr. TFEU (áður 82. gr. RS) sem og 11. gr. skl.

102. gr. TFEU hljómar svo¹³:

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

Markaðsráðandi fyrirtæki má því ekki sökum stöðu sinnar stunda misnotkun með einhliða aðgerðum.¹⁴ Þarna er talin upp hegðun í fjórum stafliðum sem helst geta talist vera brot gegn ákvæðinu. Þessi upptalning er þó ekki tæmandi og því getur háttsemi sem fellur ekki beint undir þessa fjóra stafliði falið í sér brot.¹⁵

¹³ Íslenska þýðingu er að finna í 54. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Það ákvæði er samhljóða 102. gr. TFEU.

¹⁴ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 170.

¹⁵ sama heimild 188–189.

Þegar á að meta hvort háttsemi fyrirtækis (hér eftir verður aðeins fjallað um háttsemi eins fyrirtækis en ekki hóp fyrirtækja) sé brot á ákvæðinu þá þurfi nokkur skilyrði að vera uppfyllt.¹⁶

Í fyrsta lagi þarf að vera um að ræða fyrirtæki (e. undertaking) en þetta hugtak hefur verið túlkað rúmt af dómstólum ESB.¹⁷ Í öðru lagi þarf háttsemin að hafa áhrif á viðskipti milli aðildarríkja (e. effect on trade).¹⁸ Í þriðja lagi þarf að skilgreina markaðinn svo hægt sé að komast að því hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi. Þetta er eflaust það skilyrði sem mestu þúðri er eitt í, en nánar verður fjallað um það í næsta kafla. Í fjórða lagi þarf háttsemi að hafa áhrif á verulegan hluta innri markaðar. Hvorki dómstólar ESB né framkvæmdastjórn ESB hafa sett niður einhverja ákveðna prósentu sem fyrirtæki þarf að uppfylla og því getur verið erfitt að finna þetta út. Hinsvegar hefur það verið staðfest að ef fyrirtæki er markaðsráðandi á landsvísu þá er litið svo á að áhrif séu til staðar á verulegan hluta markaðar.¹⁹ Í fimmta lagi og jafnframt það sem er flóknast að meta er það að sanna þarf að um sé að ræða misnotkun af völdum markaðsráðandi fyrirtækis. Ítarlega verður fjallað um tryggðaaafslætti í kafla fjögur en það er eitt form af markaðsmisnotkun sem talið er að geti fallið undir 102. gr. TFEU (sbr. 11. gr. skl). Að lokum þarf að skoða hvort einhverjar mögulegar hlutlægar réttlætningarástæður (e. objective justifications) séu til staðar sem geta réttlætt háttsemi hins markaðsráðandi fyrirtækis.

3.1 Hvernig á að skilgreina markaðinn

Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 4. gr. skl er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Þar kemur að auki fram að staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar. Markaðsskilgreiningar eru verkfæri sem notuð eru við að skoða og skilgreina

¹⁶ Þessi skilyrði eiga sum hver meiri rétt á sér í evrópski framkvæmd en til hægðarauka eru þau öll talin upp. Í íslenskum rétti reynir aðallega á markaðsskilgreiningar, mat á efnahagslegum styrkleika og mat á háttsemi fyrirtækja.

¹⁷ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 171–172.

¹⁸ sama heimild 172–173.

¹⁹ sama heimild 186.

mörkin á samkeppni milli fyrirtækja. Helsti tilgangur markaðsskilgreininga er að greina á kerfisbundinn hátt stöðu fyrirtækja út frá sjónarmiðum samkeppnisréttar. Markmiðið með markaðsskilgreiningum bæði út frá vörumarkaði og hinsvegar landfræðilegum markaði er að skilgreina raunverulega keppinauta viðkomandi fyrirtækis ásamt því að athuga hvort staða þeirra sé þannig að þeir geti haft möguleg áhrif á hegðun fyrirtækisins og komið í veg fyrir að fyrirtækið hegði sér óháð samkeppni.²⁰

Slíkar skilgreiningar geta reynst þrautinni þyngri og oft geta niðurstöður stórra mála ráðist út frá réttum eða röngum markaðsskilgreiningum sbr. *Continental Can málið*.²¹ Þar hafnaði Evrópudómstóllinn því að brotið hefði verið gegn 102. gr. og vísaði til þess að framkvæmdastjórnin hefði ekki geta sýnt fram á að Continental Can og dótturfélag þess væru markaðsráðandi á mörkuðum fyrir dósakjöt, dósafisk og dósalokum ásamt því að ekki væru færð rök fyrir því að þessir markaðir væru frábrugðnir mörkuðum með dósir og ílát yfir höfuð.²²

Eftir að markaður hefur verið skilgreindur er hægt stíga næsta skref í ferlinu og athuga þann efnahagslega styrk sem samkeppnisaðili býr yfir en það, ásamt öðrum þáttum, veitir innsýn í það hvort fyrirtæki búi yfir markaðsráðandi stöðu.

3.1.1 Vöru- og þjónustumarkaður

Við skilgreiningu vörumarkaðar þarf að meta staðgöngu sbr. 4. gr. skl og fyrri umfjöllun hér fyrir ofan. Til þess að finna staðgöngu eða staðgengdarvöru er slíkt annað hvort metið út frá sjónarhóli neytenda (eftirspurnarstaðganga) eða sjónarhóli framleiðsluaðila (framboðsstaðganga). Fram kemur í leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB um skilgreiningu á mörkuðum að fyrirtæki verða fyrir þrennskunar samkeppnisáhrifum en það er eftirspurnarstaðganga (e. demand

²⁰ Commission, „Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law“ (OJ C 372, 9.12.1997) grein 2 <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT)> skoðað 4. apríl 2013.

²¹ Mál C-6/72 *Continental Can g. Commission* [1973] ECR 215, mgr. 32.

²² sama heimild, mgr. 33–35.

substitutability), framboðsstaðganga (e. supply substitutability) og aðsteðjandi samkeppni (e. potential competition).²³

Út frá hagfræðilegum rökum þegar vörumarkaður er skilgreindur þá er eftirspurnarstaðganga mikilvægasti þátturinn þar sem framleiðendur eða söluaðilar að ákveðinni vöru eða þjónustu eiga á hættu að viðskiptavinir þeirra séu í stöðu þar sem þeir geti auðveldlega skipt yfir í aðra sambærilega vöru (eða annan birgi sem staðsettur er annars staðar).²⁴

Nokkrar leiðir eru færar til þess að meta eftirspurnarstaðgöngu t.d. SSNIP prófið²⁵, eiginleikar vöru²⁶, fyrirhuguð not²⁷ og verð vöru²⁸.

Í flestum tilvikum væri staðganga metin út frá neytendum en það getur verið nauðsynlegt að skoða einnig framboðsstaðgöngu við markaðsskilgreiningar. Í því felst að framleiðandi gæti haft þann möguleika að snúa sér að öðrum markaði án þess að það sé of kostnaðarsamt eða skapi mikla áhættu. Ef þetta er staðan hjá fyrirtækjum þá getur slíkur möguleiki virkað sem samkeppnislegt aðhald og gæti þannig verið jafn virkt og eftirspurnarstaðganga.²⁹

3.1.2 Landfræðilegi markaðurinn

Auk þess að meta vörumarkað þarf líka að meta hinn landfræðilega markað.³⁰ Þó svo að staðganga milli vara sé til staðar og þær tilheyra þannig sama vörumarkaði þá getur verið að landfræðilegur markaður leiði til annarrar niðurstöðu. Til dæmis væri hægt að halda því fram að Ísbúð Vesturbæjar sé

²³ Commission, „Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law” (n. 20) mgr. 13.

²⁴ sama heimild 13; Oddgeir Einarsson, „Hugtakið markaðsráðandi staða í samkeppnisrétti“ (2004) 57 (1) Úlfjótur 51, 56.

²⁵ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 30.

²⁶ Mál C-27/76 *United Brands g. Commission* [1978] ECR 207.

²⁷ *Erindi Landssíma Íslands hf. um fjárhagslegan aðskilnað innan INTÍS*, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 24/2000, 20. júní 2000, 17.

²⁸ *Félag íslenskra heimilislækna gegn samkeppnisráði*, úrskurður Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2000, 6. apríl 2000, 5.

²⁹ Commission, „Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law” (n. 20) 20.

³⁰ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 37.

eflaust ekki á sama markaði og Brynjuís á Akureyri þar sem ólíklegt er að Reykvíkingum sem langi í Gamla Ísinn keyri alla leið til Akureyrar. Því er nauðsynlegt að meta landfræðilegan markað en hann er skilgreindur til þess að athuga hvort fyrirtæki á einum stað sé í þeirri stöðu að hafa áhrif á verðlagningu fyrirtækis á öðrum stað.³¹

Fram kemur í 6. kafla viðauka með reglum nr. 930/2001 um tilkynningu samruna hvernig eigi að skilgreina landfræðilegan markað:

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og/eða eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á þessu svæði og aðliggjandi svæðum eða verulegur verðmunur.³²

Þó svo þessi skilgreining eigi við um samrunamál þá er ljóst að byggt er á sambærilegri skilgreiningu í 11. greinar málum og hefur þessi framkvæmd við mat á landfræðilegum markaði verið staðfest hjá íslenskum samkeppnisyfirvöldum³³ sem og hjá dómstól EB sbr. *United Brands*.³⁴

3.2 Markaðsráðandi staða

Ákvæði 11. gr. skl. eiga aðeins við um fyrirtæki sem eru í markaðsráðandi stöðu. Eftir að búið er að skilgreina markaðinn þarf því að kanna stöðu fyrirtækisins á markaðnum. Í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. skl. er að finna skilgreiningu sem er svo hljóðandi:

³¹ Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ (2001) 54 (1) Úlfjótur 71, 82.

³² Stjórnartíðindi, B-deild, nr. 930/2001, mgr. 2; sjá líka Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 39.

³³ Sjá t.d. mál Samkeppniseftirlitsins nr. 14/2009 *Misnotkun Véla og verkfæra á markaðsráðandi stöðu* og mál nr. 4/2010 *Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu* sinni.

³⁴ Mál C-27/76 *United Brands g. Commission* [1978] ECR 207, mgr. 11 og 44.

Markaðsráðandi staða er þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.³⁵

Við mat á efnahagslegum styrkleika og þar af leiðandi markaðsráðandi stöðu ber að líta til þriggja atriða þ.e. markaðshlutdeildar og samþjöppunar á markaðnum, aðgangshindrana og kaupendastyrks.³⁶

3.2.1 Markaðshlutdeild og samþjöppun

Markaðshlutdeild er það fyrsta sem kemur til skoðunar við mat á efnahagslegum styrkleika fyrirtækja. Ef fyrirtæki er með háa markaðshlutdeild miðað við aðra keppinauta á markaði og hefur haldið þeirri stöðu í einhvern tíma þá getur það verið vísbending um markaðsráðandi stöðu.³⁷ Ef markaðshlutdeild fyrirtækis er 50% má færa löglíkur fyrir því að það sé markaðsráðandi sbr. *AKZO málið*³⁸. Að auki má gera ráð fyrir því að fyrirtæki sem er aðeins með 25% markaðshlutdeild yrði almennt ekki talið markaðsráðandi á viðkomandi markaði.³⁹

Í sumum tilfellum er ekki nægilegt að líta bara til markaðshlutdeildar og getur þá verið gagnlegt að athuga hversu mikil samþjöppun er á markaðnum. Ef samþjöppun er mikil þá eru meiri líkur á því að einhver samkeppnisleg álitafni kunna að vera til staðar.⁴⁰ Hægt er að finna út samþjöppun á viðeigandi markaði með því að nota HHI stuðullinn (*Herfindahl-Hirschman Index*). Ef HHI stuðullinn er notaður þá er tekin markaðshlutdeild allra fyrirtækja á viðkomandi markaði og sett í annað veldi og svo lagt saman. Eftir því sem útkoman er hærri, þeim mun hærri er HHI stuðullinn og þ.a.l. samþjöppunin.⁴¹

³⁵ Þessi skilgreining hefur auk þess verið notuð í Evrópurétti sjá t.d. mál nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche* [1979] ECR 461, mgr. 38 og mál nr. 27/76 *United Brands* [1978] ECR 207 mgr. 65.

³⁶ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 40.

³⁷ sama heimild; Commission, „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ (2005) mgr. 29
<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> skoðað 29. mars 2013; Mál C-27/76 *United Brands g. Commission* [1978] ECR 207.

³⁸ Mál C62/86 *AKZO g. Commission* [1991] ECR I-3359, mgr. 60.

³⁹ Commission, „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ (n. 37) 31.

⁴⁰ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 41.

⁴¹ sama heimild.

3.2.2 Aðgangshindranir

Skiptar skoðanir eru uppi milli fræðimanna um hvernig eigi að skilgreina aðgangshindranir. Vilja menn annað hvort skilgreina aðgangshindranir sem hvers konar hindranir sem gera fyrirtækjum erfitt fyrir að komast inn á markað eða að um sé að ræða hvern þann kostnað sem fyrirtæki þarf að bera umfram þau fyrirtæki sem eru á markaðnum fyrir.⁴²

Ef aðgangshindranir að markaði eru litlar sem engar þá getur það þýtt að há markaðshlutdeild fyrirtækis leiði ekki til þess að fyrirtækið gæti talist markaðsráðandi.⁴³ Fyrirtæki getur þannig ekki hegðað sér án tillits til keppinauta t.d. með óeðlilega hárrí verðlagningu því þá gæti myndast tækifæri fyrir nýja aðila til að koma inn á markaðinn. Framkvæmdastjórnin telur upp lagalegar hindranir, tækniforskot, óendurkræfan kostnað og ógnandi aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis sem dæmi um aðgangshindranir.⁴⁴

3.2.3 Kaupendastyrkur

Mikill styrkur kaupenda kann að vega á móti hárrí markaðshlutdeild hjá fyrirtæki og getur þannig komið í veg fyrir að það teljist markaðsráðandi. Rökin bak við þetta eru þau að styrkur kaupenda sé það mikill að hann myndi mótvægi við styrk seljanda og sökum þess getur seljandi ekki starfað á markaði án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda eins og fram kemur í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. skl.⁴⁵

Lýsandi dæmi um slíkar aðstæður má finna í úrlausn Samkeppnisráðs í *Sementsverksmiðjumálinu*.⁴⁶ Samkeppnisráð taldi að í einstaka tilvikum gætu öflugir kaupendur veitt verulegt samkeppnislegt aðhald á viðkomandi markaði. Á

⁴² Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging: Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi“ (n. 9) 30.

⁴³ Commission, „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ (n. 37) 34.

⁴⁴ sama heimild 40.

⁴⁵ sama heimild 41.

⁴⁶ *Erindi Aalborg Portland Íslandi hf. vegna viðskiptahátta Sementsverksmiðjunnar hf., ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 32/2002, 28. október 2002.*

Þetta sérstaklega við ef um er að ræða fáa kaupendur á markaðnum sem hæglega geta útvegað sér viðkomandi vöru frá öðrum söluaðila. Fyrirtæki með háa markaðshlutdeild getur þannig ekki talist vera í markaðsráðandi stöðu ef slíkur kaupendastyrkur er til staðar.⁴⁷

3.3 Markaðsráðandi staða leiðir til sérstakra skyldna

Í 102. gr. TFEU sbr. 11. gr. skl. þá er lagt bann við hverskonar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu. Ákvæðið leggur hinsvegar ekki bann við það eitt að fyrirtæki sé markaðsráðandi. Þó er talið að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafi sérstaka skyldu til þess að beita ekki efnahagslegum styrkleika sínum með þeim hætti að það hafi skaðleg áhrif á eða raski, heilbrigðri samkeppni. Þetta var fyrst staðfest í máli *Michelin*⁴⁸ og hefur síðan þá verið viðurkennd framkvæmd í samkeppnisrétti og var þetta meðal annars staðfest í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁴⁹

⁴⁷ sama heimild 45.

⁴⁸ Mál C-322/81 *Michelin g. Commission* [1983] ECR 3461, mgr. 10.

⁴⁹ *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, 12. mars 2008.

4. Tryggðaafslættir

4.1 Almenn umfjöllun

Þegar átt er við svokallaða tryggðaafslætti (e. loyalty discounts, loyalty rebates, fidelity rebates) þá er hægt að líta til skilgreiningar frá samkeppnisnefnd OECD en þar er sagt að tryggðaafsláttur er þegar viðskiptavininn er boðið lægra verð ef hann kaupir meira en ákveðið viðmiðunar magn (e. a loyalty discount is a lower price offered to customers buying more than a threshold volume).⁵⁰ Í leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB (e. the Commission) um forgangsörðun og áherslur við beitingu 82. gr RS (nú 102. gr. TFEU)⁵¹ kemur fram skilgreining á skilyrtum afsláttum (e. conditional rebates) en þar segir að skilyrtir afslættir séu afslættir þar sem viðskiptavininn er verðlaunaður fyrir ákveðna kauphegðun.⁵² Auk þess segir að venjuleg framkvæmd slíkra afslátta sé sú að viðskiptavinurinn fær afslátt ef kaup hans yfir ákveðið tímabil fara yfir ákveðinn viðmiðunarþröskuld. Afslátturinn getur verið veittur af öllum kaupum (afturvirkir afslættir) eða aðeins af þeim kaupum sem fara yfir þröskuldinn (stigvaxandi afslættir).⁵³ Að lokum segir í leiðbeiningunni að skilyrtir afslættir séu mikið notaðir í framkvæmd. Þeir geta aukið eftirspurn og haft góð áhrif á neytendur. Hinsvegar þegar um er að ræða fyrirtæki sem er markaðsráðandi þá getur sú hætta skapast að afslættirnir búi til tryggð og verða til þess að aðrir keppinautar útilokast frá markaðnum, þ.e. möguleg útilokunaráhrif (e. potential foreclosure effect) sem hafa svipuð áhrif og einkakaupasamningar⁵⁴ en einkakaupasamningar eru taldir til háttsemi sem hvað augljósast brjóta gegn 102. gr. TFEU.⁵⁵ Með einkakaupasamningum er átt við samninga milli birgja og viðskiptavina um að viðskiptavinurinn versli ákveðna vöru eða þjónustu

⁵⁰ The OECD Competition Committee, „Fidelity and Bundled Rebates and Discounts“ (OECD 2008) 7 <www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf> skoðað 31. mars 2013.

⁵¹ Hér eftir: leiðbeiningin

⁵² Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings“ (2009/C 45/02 2009) grein 37 <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF>> skoðað 31. mars 2013.

⁵³ sama heimild.

⁵⁴ sama heimild.

⁵⁵ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 674.

eingöngu af birgja sem er í markaðsráðandi stöðu.⁵⁶ Slíkir samningar eru taldir valda útilokunaráhrifum gagnvart öðrum keppinautum og hamli þar af leiðandi samkeppni.⁵⁷

Það hefur verið staðfest í evrópurétti að ekki skiptir máli hvort um sé að ræða bein samningsákvæði eða óbeint með háttsemi sem sé til þess fallin að valda útilokunaráhrifum t.d. með afsláttum gegn því að fyrirtæki versli aðeins við ákveðinn birgja sbr. *Suiker Unie málið*⁵⁸. Þetta var sömuleiðis staðfest í máli *Hoffmann-La Roche*⁵⁹ og auk þess kom þar fram að ekki skipti máli hver ætti frumkvæði að slíkri skyldu, birginn eða sá sem verslaði af honum. Það sem skiptir höfuð máli við skoðun á slíkri háttsemi er að hún veldur útilokunaráhrifum gagnvart öðrum keppinautum.⁶⁰ Ef fyrirtæki er markaðsráðandi og rukkar verð langt fyrir ofan eða neðan kostnað þá er það oft vísbending um að háttsemin sé á gráu svæði og þurfi nánari athugun. Fyrirtæki þurfa að geta rökstutt slíka hegðun með vísan til hlutlægra rekstrarlegra sjónarmiða en þetta var t.d. staðfest í máli *Tals gegn Landssímanum*,⁶¹ þar kemur fram að samkeppnislög banna ekki að markaðsráðandi fyrirtæki veiti afslætti ef þeir byggja á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum t.d. magnafsláttur sem er veittur sökum kostnaðarlegs hagræðis sem fylgir auknum viðskiptum.⁶²

⁵⁶ sama heimild.

⁵⁷ sama heimild.

⁵⁸ Mál nr. 40/73 *Suiker Unie g. Commission* [1975] ECR 1663.

⁵⁹ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche g. Commission* [1979] ECR 461.

⁶⁰ sama heimild, mgr. 89.

⁶¹ *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf., ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/1999, 9. júní 1999.*

⁶² sama heimild 32.

4.2 Núverandi framkvæmd í evrópskum rétti

*Hoffmann-La Roche v. Commission*⁶³ er stefnumarkandi dómur í evrópurétti í tengslum við tryggðaaflslætti og einkakaup.⁶⁴ Niðurstaða dómsins hefur verið staðfest í fjölda dóma t.d. í *Intel*⁶⁵ málinu frá 2009. Í dómnum er fjallað um einkakaupasamninga sem og tryggðaaflslætti sem veittir voru til fyrirtækja sem seldu eða framleiddu vítamín. Í flestum tilfellum voru aflslættirnir veittir gegn því að fyrirtækin fengju að öllu eða mestu leiti sínar vörur á ákveðnu tímabili frá Hoffman-La Roche. Evrópudómstóllinn komst að því að þarna væri um að ræða aflsláttarkerfi sem væri misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í dómnum segir:

An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers - even if it does so at their request - by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of article 86 of the treaty , whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate . The same applies if the said undertaking , without tying the purchasers by a formal obligation , applies , either under the terms of agreements concluded with these purchasers or unilaterally , a system of fidelity rebates , that is to say discounts conditional on the customer ' s obtaining all or most of its requirements - whether the quantity of its purchases be large or small - from the undertaking in a dominant position.⁶⁶

Telur dómstóllinn að þegar aflsláttur er veittur gegn því að aðili kaupi allar eða að mestu leiti þær vörur sem hann þarfnast af fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu þá er það misnotkun á markaðsráðandi stöðu og ekki skiptir máli hvort umrædd kaup séu stór eða smá svo lengi sem þetta er umtalsverður hluti af þörfum fyrirtækisins. Dómstóllinn telur það ekki nauðsynlegt að það sé bein skylda um að kaupa allt eða mest allt af hinu markaðsráðandi fyrirtæki, hægt sé að ná sama markmiði með skilyrtum aflsláttum og það sé bein tengsl á milli þeirra og einkakaupasamninga. Háttsemin verður að misnotkun þegar hvatningin sem

⁶³ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche g. Commission* [1979] ECR 461.

⁶⁴ Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition“ (Oppenländer Rechtsanwälte) 6 <www.oppenlaender.de/uploads/media/Loyalty_Discounts.pdf> skoðað 30. mars 2013.

⁶⁵ Mál COMP/C-3-37.990 *Intel* [2009], mgr. 920.

⁶⁶ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche g. Commission* [1979] ECR 461, mgr. 7.

verður til við tryggðaaflætti verður svo mikil að hún hefur sömu áhrif og samningsákvæði um einkakaup.⁶⁷

Enn fremur segir að slíkir skilmálar séu ekki í samræmi við markmiðið um virka samkeppni þar sem þetta sé ekki reist á efnahagslegum forsendum sem réttlæta slíka framkvæmd og um leið veldur útilokun fyrir aðra keppinauta.

Fræðimenn vilja meina að umfjöllunina um umrædda háttsemi í dómnum sé hægt að skilja á þann veg að dómstóllinn telji að hér sé um að ræða *per se* reglu, þ.e.a.s. aflslættir sem hafa sömu áhrif og einkakaupasamningar eru *per se*⁶⁸ brot gegn 102. gr. TFEU.⁶⁹

Í *Michelin I málinu*⁷⁰ var reglan frá *Hoffman-La Roche málinu* staðfest og talið sem svo að hún næði líka yfir markmiðsafslætti. Markmiðsafslættir virka þannig að framleiðsluaðili eða birgir lofar viðskiptavinum sínum aflslætti ef þeir ná fyrirfram ákveðnum markmiðum í sölu. Með þessari háttsemi er hægt að ná fram sömu áhrifum og myndu nást með aflsláttum sem væru beinlínis tengdir við tryggð fyrirtækja.⁷¹

Í þessu máli hafði hollenskt Michelin útibú boðið söluaðilum aflslætti gegn því að þeir seldu ákveðið magn af dekkjum yfir árið. Söluaðilarnir fengu aðeins aflslættina ef þeir myndu ná árlegu viðmiðunarmagni sem sett var af Michelin. Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að aflsláttarkerfi sem miðast við selt magn yfir ákveðið tímabil hefði þau áhrif að setja mikla pressu á söluaðila um að ná þessum magntakmörkunum í lok tímabilsins svo það fái umrædda aflslætti.⁷² Með þessari framkvæmd myndast ákveðin tregða hjá fyrirtækjum við að leita til annarra birgja sökum þess að fyrirtækið getur beðið fjárhagslega hnekki ef það nær ekki viðmiðunarmörkunum og fær þar af leiðandi ekki þá aflslætti sem það

⁶⁷ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 720.

⁶⁸ Semsagt að háttsemin sé í sjálfu sér brot gegn 102. gr. TFEU og ekki þurfi að sanna raunverulega skaðleg áhrif af völdum háttseminnar. Sjá nánari umfjöllun um *per se* brot í kafla 7.1.1.

⁶⁹ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 721; Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 8.

⁷⁰ Mál C-322/81 *Michelin g. Commission* [1983] ECR 3461.

⁷¹ Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 722.

⁷² Mál C-322/81 *Michelin g. Commission* [1983] ECR 3461, mgr. 81.

vonaðist eftir.⁷³ Það sem spilaði inn í matið á háttsemi Michelin var það hve ógagnsætt afsláttarkerfi þeirra var. Um var að ræða einstaklingsbundna afslætti og skilmála sem voru óljósir að mati dómstólsins og leiddu til þess að meiri líkur væru á að hér væri misnotkun á ferð.⁷⁴

Háttsemi Michelin jafnaði dómstóllinn við þá tryggð sem talin var myndast í *Hoffmann-La Roche málinu* og myndar þannig útilokunaráhrif gagnvart öðrum keppinautum og taldi að þarna væri um að ræða misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Niðurstaðan í fyrra *Michelin málinu* var svo staðfest nokkrum árum síðar í seinna *Michelin málinu*.⁷⁵ Í því máli var um að ræða svipaðar aðstæður en nú hjá Michelin í Frakklandi. Þar sagði Evrópudómstóllinn að markmiðsafslættirnir sem veittir voru hefðu tryggðahvetjandi áhrif. Þar var líka komið inná tímalengdina og sagði dómstóllinn að því lengri tíma sem um ræðir, þeim mun meiri hættu sé á að háttsemin hafi tryggðahvetjandi áhrif.⁷⁶ Í þessu máli var viðmiðunartíminn eitt ár og voru afslættirnir ákvarðaðir út frá heildarveltu og voru því tryggðahvetjandi áhrif til staðar sem sköpuðu útilokun.

Það er tekið skýrt fram í dómnum að til þess að magnafslættir veittir af fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu séu réttlætanlegir þá verða þeir að endurspegla kostnaðarlegt hagræði sem fyrirtækið hlýtur fyrir að selja svo mikið magn til viðskiptavina. Þetta hefur verið staðfest í mörgum dómum t.d. *Irish sugar g. Commission* og *Portugal g. Commission*.⁷⁷ Ekki var talið að Michelin hefði komið með nein nægjanlega góð rök sem sýndu fram á kostnaðarlegt hagræði eða einhver önnur réttlætanleg sjónarmið.⁷⁸ Enn fremur var talið að háttsemi Michelin hefði tryggðahvetjandi áhrif og því gætu viðskiptavinir þeirra í raun ekki haft frjálst val um hvaða birgja þeir versluðu við og gerðu þannig aðgang að

⁷³ sama heimild, mgr. 85.

⁷⁴ sama heimild, mgr. 83.

⁷⁵ Mál T-203/01 *Michelin g. Commission* [2003] ECR II-4071.

⁷⁶ sama heimild, mgr. 88.

⁷⁷ sama heimild, mgr. 100

⁷⁸ sama heimild, mgr. 108-109

markaðinum erfiðan fyrir aðra keppinauta.⁷⁹ Dómstóllinn slær því svo föstu að tryggðahvetjandi afsláttarkerfi ganga gegn 102. gr. TFEU og skiptir þar ekki máli að afslættirnir voru gagnsæir.⁸⁰

Árið 2007 var dómur kveðinn upp í máli *British Airways v Commission*⁸¹ og þar setti Evrópudómstóllinn fram viðmið við mat á markmiðsafsláttum, bæði tryggðaafláttum sem og einstaklingsbundna markmiðsafslætti.

Í þessu máli hafði *B.A.*, sem stærsta flugfélagið í Bretlandi, gert ýmis konar samninga við ferðaskrifstofur í Bretlandi um fjárhagslegt hvatakerfi. Þannig var um að ræða greiddar þóknanir frá *B.A.* en ekki hefðbundna afslætti eins og í fyrri málum. Þóknunin sem ferðaskrifstofurnar fengu greiddar jukust þegar nýjum markmiðum í sölu var náð og upphæðin miðaðist við alla selda miða, en ekki bara þá miða sem seldust eftir að markmiðunum var náð og því voru tryggðaráhrifin töluverð.⁸² Framkvæmdastjórnin sektaði *B.A.* um 6.8 milljónir evra fyrir brot gegn 102. gr. TFEU með því að hafa haldið úti kerfi fyrir greiðslu þóknana og annarra fríðinda/hvatagreiðslna við ferðaskrifstofur sem hefði það að markmiði eða þau áhrif að útiloka keppinauta *B.A.* sökum tryggðar og með mismunun. Undirréttur ESB staðfesti niðurstöðuna og *B.A.* áfrýjaði þá til Evrópudómstólsins.

Eins og fram kom að ofan þá setti Evrópudómstóllinn fram viðmið við mat á markmiðsafsláttum. Dómstóllinn staðfesti þau viðmið sem voru sett í *Hoffmann-La Roche* og skilgreindi svo þrjár tegundir af afsláttum: 1) hreinir magnafslættir eða bónusar, 2) tryggðaaflættir eða bónusar sbr. *Hoffmann-La Roche*, 3) aðrir bónusar framkvæmdir af markaðsráðandi fyrirtækjum, þá helst markmiðsafslættir.⁸³

⁷⁹ sama heimild, mgr. 110

⁸⁰ sama heimild, mgr. 111

⁸¹ Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331.

⁸² Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 724.

⁸³ Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331, mgr. 68.

Varðandi magnafslættina þá segir í dómnum að ekki séu allir afslættir eða bónusar af völdum markaðsráðandi fyrirtækis misnotkun ef það búa að baki efnahagslegar réttlætningarástæður eins og staðfest var í *Hoffmann-La Roche*.⁸⁴ Varðandi aðra tegundinda af afsláttum, það er að segja tryggðaaflættir eins og þeir komu fram í *Hoffmann-La Roche*, þá beita þeir sömu viðmiðum og var beitt þar.⁸⁵ Við skoðun á öðrum afsláttum, svokölluðum markmiðsafsláttum (e. goal related discounts), setti dómurinn fram ákveðið tveggja þrepa próf. Afslættirnir væru taldir misnotkun ef a) þeir hefðu útilokunaráhrif þ.e.a.s. gera inngöngu á markaðinn mjög erfiða fyrir keppinauta eða ef þeir byggðu upp ákveðin tryggðaaáhrif og b) það er ekki hægt að réttlæta þá á grundvelli hlutlægra ástæðna.⁸⁶

Evrópudómstóllinn komst að því að tryggðaaflættir þeir sem B.A. bauð sínum ferðaskrifstofum sköpuðu útilokunaráhrif út af tveimur ástæðum, a) afturvirku einkenni bónuskerfisins bjuggu til mjög áberandi áhrif á framlegð (e. very noticeable effect at the margin) og jók þannig þann þrýsting sem hafði verið á ferðaþjónustunum og b) þá var B.A. með svo mikið stærri markaðshlutdeild en önnur fyrirtæki á markaðnum að það var nánast útilokað fyrir keppinauta að veita ferðaþjónustum samskonar kjör og B.A. bauð sökum efnahagslegs styrkleika þeirra í Bretlandi þegar hann var borin saman við önnur fyrirtæki. Aðrir keppinautar höfðu þannig ekki bolmagn til að bjóða svipuð hvatakerfi/vildarkerfi (e. reward scheme) og B.A. gat boðið.⁸⁷

Dómstóllinn segir svo að undirrétturinn hefði réttilega metið hvort bónuskerfin hefðu tryggðahvetjandi áhrif sem leiddu til útilokunaráhrifa.⁸⁸ Þessi staðhæfing dómstólsins virðist ganga að vissu leiti gegn þáverandi framkvæmd þar sem ekki virtist vera nauðsynlegt að gera nákvæmlega grein fyrir því hvernig útilokunaráhrifin birtust. Fræðimenn eru þó ekki endilega á þeirri skoðun að

⁸⁴ sama heimild, mgr. 84.

⁸⁵ sama heimild, mgr. 50.

⁸⁶ Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 11; Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331, mgr. 68-69.

⁸⁷ Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331, mgr. 73-76.

⁸⁸ sama heimild, mgr. 77.

Þessi framkvæmd sé ný nálgun þ.e.a.s. „effect-based approach” við skoðun á 102. gr. þar sem nálgunin tók aðeins til uppbyggingar afsláttanna á eiginlegan hátt. Dómstóllinn telur þannig að nægjanlegt sé að sýna fram á að afturvirkir afslættir í tengslum við söluviðmið hafi sterk áhrif á framlegð og því myndist útilokunaráhrif.⁸⁹

B.A. hélt því margoft fram að framkvæmdastjórnin ætlaði sér að breyta nálgun sinni við skoðun á háttsemi tengdri útilokun undir 102. gr. TFEU.⁹⁰ Aðallögmaðurinn í malinu, Juliane Kokott, ítrekaði þá valdheimildir dómstólsins og sagði að ef framkvæmdastjórnin ætlaði að breyta nálgun sinni þá kæmi það ekki til skoðunar í þessu máli þar sem búið væri að kveða upp úrskurðinn í undirrétti. Þar fyrir utan, ef ný nálgun yrði tekin upp þá yrði framkvæmdastjórnin samt sem áður að haga sér innan þess ramma sem Evrópuþingdómstóllinn væri búinn að draga utan um 102. gr. TFEU.⁹¹

Dómstóllinn tók svo til skoðunar hvort einhverjar réttlætningarástæður væru til staðar og staðfesti að ef engar réttlætningarástæður væru til staðar þá væri háttsemin misnotkun. Miðaði dómstóllinn þá við sambærilegar réttlætningarástæður sem er að finna við skoðun á samráðsmálum í 101. gr. TFEU sbr. 3. mgr. 101. gr. TFEU þ.e.a.s. að háttsemin sé sem slík ekki skaðleg ef hún skilar af sér aukinni hagkvæmni til neytenda.⁹²

British Airways vildi meina að þar sem fastur kostnaður væri svo hár í flugþjónustugeiranum þá væri háttsemi þeirra eðlileg til að ná upp í þann kostnað en undirrétturinn taldi það ekki fullnægja því skilyrði að vera réttlætanagerástæða og Evrópuþingdómstóllinn staðfesti það.⁹³ Aðallögmaður Kokott tók fram í sínu álit að 102. gr. myndar hlut af kerfi sem hannað var til að vernda

⁸⁹ Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 12.

⁹⁰ Umfjöllun um þá nálgun, þ.e.a.s. efnahagslegri nálgun við mat á skaðsemi af háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja er að finna í kafla 7.3 þessa rits.

⁹¹ Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331, álit aðallögmannsins Kokott, mgr. 28.

⁹² sama heimild, mgr. 86.

⁹³ sama heimild, mgr. 87.

samkeppni innan markaðarins.⁹⁴ Sem afleiðing af því þá er 102. gr., eins og aðrar samkeppnisreglur Evrópuréttar, ekki sett aðeins til að vernda hagsmuni keppinauta og neytenda (e. immediate interest of individual competitors or consumers), heldur til að vernda uppbyggingu markaðarins og þar af leiðandi samkeppni í stærra samhengi (e. competition "as an institution").⁹⁵ Þegar samkeppni í heild er ógnað þá er mögulegt að neytendur geti borið skaðann af því.⁹⁶

Evrópudómstóllinn hafnaði rökum B.A. en þó ekki með alveg sömu rökum og Kokott. Evrópudómstóllinn vildi ekki meina að hegðun B.A. væri aðeins misnotkun ef hún hefði bara áhrif á neytendur. Evrópudómstóllinn fór sömu leið og í máli Continental Can⁹⁷, og sagði að 102. gr. væri ekki aðeins miðuð að háttsemi sem hefði áhrif beinlínis á neytendur, heldur líka ef hegðun hefur áhrif á neytendur með því að skaða virkan samkeppnismarkað.⁹⁸ Með þessari framkvæmd á 102. gr. er passað uppá hagsmuni neytenda, ekki aðeins með því að banna háttsemi sem hefur skaðleg áhrif á þá heldur með því að gæta þess að háttsemi hafi ekki neikvæð áhrif á markaðinn út frá samkeppnisréttarlegum sjónarmiðum.

4.3 Niðurstöður

Við skoðun á réttarframkvæmd í Evrópu þegar kemur að tryggðaaafsláttum er nokkuð ljóst að Evrópudómstóllinn fylgir nokkuð formbundinni nálgun. Ekki er leitast við að sýna fram á raunveruleg áhrif af völdum markaðsráðandi fyrirtækis heldur aðeins að háttsemin sé til þess fallin að raska samkeppni.

Dómstóllinn byggir á því að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafi sérstakar skyldur gagnvart keppinautum og samkeppni í heild. Miðað við dómafordæmi

⁹⁴ Renato Nazzini, *The foundations of European Union competition law: The objective and principle of article 102* (Oxford University Press 2011) 138.

⁹⁵ sama heimild.

⁹⁶ Mál C-95/04 P *British Airways plc v Commission* [2007] ECR I-2331, álit aðallögmannsins Kokott, mgr. 68

⁹⁷ Mál C-6/72 *Continental Can g. Commission* [1973] ECR 215, mgr. 26.

⁹⁸ Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331, mgr. 103-108.

virðast afslættir sem skapa tryggð vera í sjálfu sér bannaðir og vörn byggð á hagræmni þarf að gefa til kynna ávinning fyrir neytendur.⁹⁹

Afslættir verða réttlætanlegir og leyfilegir af völdum markaðsráðandi fyrirtækja þegar skilmálar þeirra eru byggðir á stöðluðum viðmiðunarþröskuldi og endurspegla kostnaðarlegt hagræði.¹⁰⁰

⁹⁹ Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 13.

¹⁰⁰ sama heimild.

5. Vildarkerfi

5.1 Almenn umfjöllun um vildarkerfi

Í tengslum við fyrri umfjöllun um tryggðaaflætti og aðra aflætti sem skapa tryggð er áhugavert að velta fyrir sér hvar vildarkerfi fyrirtækja standa í samkeppnisréttarlegu tilliti. Sum vildarkerfi, þá sérstaklega vildarkerfi flugfélaga, eru talin vera mikilvægt verkfæri í markaðssetningu fyrirtækja og geta búið til sterk tryggðarbönd milli flugfélaga og farþega.¹⁰¹

Þegar fjallað er um vildarkerfi er yfirleitt átt við kerfi þar sem viðskiptavinum eru veitt einhvers konar fríðindi, oft í formum vildarpunkta, gegn viðskiptum við fyrirtæki. Þau fyrirtæki sem bjóða uppá slík kerfi geta í sumum tilfellum notið forskots yfir önnur fyrirtæki sem ekki bjóða upp á slík kerfi ásamt því að gera mögulegum nýjum keppinautum erfiðara fyrir að komast inn á markað viðkomandi fyrirtækis. Vildarkerfi eru mikið notuð í hverskyns geirum innan atvinnulífsins. Sem dæmi má taka vildarkerfi flugfélaga, vildarkerfi olíufélaga og vildarkerfi kreditkortafélaga. Þessi umfjöllun um vildarkerfi mun einskorðast við vildarkerfi flugfélaga.

Á ráðstefnu hjá samkeppnisstofnunum innan Norðurlandanna árið 2001 var fjallað sérstaklega um samkeppni innan fluggeirans á Norðurlöndunum. Á ráðstefnunni var fjallað um vildarkerfi flugfélaga og tekið fram að öll samkeppnisyfyrvöld innan Evrópu ættu að líta gagnrýnum augum á vildarkerfi flugfélaga sökum tryggða- og útilokunaráhrifa sem geta myndast af þeirra völdum.¹⁰²

Vildarkerfi flugfélaga eða svokölluð „frequent-flyer programs“ eru mikið notuð og eru talin vera mjög skilvirk leið til að ýta undir tryggð hjá viðskiptavinum.¹⁰³

¹⁰¹ Adrian Emch, „Frequent Flyer Programmes under Article 82 EC-Is the Sky the Only Limit?“ (2007) 30 (4) World Competition 645, 645.

¹⁰² „Competitive Airlines: Towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market“ (Report from the Nordic competition authorities 2002) 9

<www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/competitive-airlines.pdf> skoðað 15. apríl 2013.

¹⁰³ sama heimild 8.

Með þessari háttsemi er nokkuð skýrt að slík kerfi ganga bersýnilega í bága við samkeppnisrétt flestra ríkja.¹⁰⁴

Vildarkerfi flugfélaga virka flest þannig að viðskiptavinir fá afslætti t.d. í formi ókeypis þjónustu ef þeir ná ákveðnum viðmiðunarþröskuldi. Þegar viðskiptavinurinn nálgast þröskuldinn eykst hvati hans til að versla fleiri flugferðir með viðkomandi félagi.¹⁰⁵

Nauðsynlegt er að taka það fram áður en lengra er haldið, að í samræmi við fyrri umfjöllun um tryggðaaafslætti sem brot á 11. gr. skl. sbr. 102. gr. TFEU þá er algjört lykilatriði að hér sé um að ræða fyrirtæki sem er í markaðsráðandi stöðu. Ef flugfélag er ekki í markaðsráðandi stöðu er ekkert óeðlilegt við það að halda úti slíku vildarkerfi. Sé flugfélag hinsvegar í markaðsráðandi stöðu gæti það kallað á nánari skoðun.

Niðurstöður ráðstefnunnar sem áður var fjallað um voru nokkuð skýrar þegar kom að vildarkerfum flugfélaganna. Hagfræðingar eru nánast samhljóða í þeirri skoðun að slík vildarkerfi skapi tryggð. Þau hafa neikvæð samkeppnisáhrif sem og neikvæð áhrif á neytendur. Ef eitt (eða fá) fyrirtæki eru fyrir á markaðnum sem halda úti slíku kerfi getur það gert aðgang að markaðnum gífurlega erfiðan fyrir nýja keppinauta.¹⁰⁶

Þegar vildarkerfi voru borin saman við réttarframkvæmd í Evrópu var talið að þau væru að vissu leiti sambærileg þeim viðmiðum sem sett voru fram í *Michelin I málinu*. En til þess að styðjast við *Michelin I málið* þarf, eins og fyrr kom fram, um að vera ræða fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Á þessum tíma hafði ekkert dómsmál farið fram hjá Evrópudómstólnum þar sem reyndi á lögmati slíkra vildarkerfa.¹⁰⁷

¹⁰⁴ sama heimild.

¹⁰⁵ sama heimild.

¹⁰⁶ sama heimild 115.

¹⁰⁷ sama heimild.

6. Afslættir og vildarkerfi í íslenskri framkvæmd

6.1 Vildarkerfi Icelandair

Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008¹⁰⁸ er stutt umfjöllun um vildarkerfi Icelandair. Samkvæmt skýrslunni geta slík vildarkerfi veitt starfandi flugfélögum töluvert samkeppnisforskot þar sem slík kerfi ganga beinlínis út á það að tryggja að viðskiptavinir beini viðskiptum aðallega til þeirra. Samkeppniseftirlitið telur að slík tryggðakerfi geti falið í sér aðgangshindranir að flugmörkuðum til og frá landinu. Ef flugfélag býr yfir slíku vildarkerfi þá getur það þýtt að það verði erfiðara fyrir ný flugfélög að ná til sín viðskiptavinum. Slík kerfi verða ennþá meiri ógn fyrir nýja keppinauta ef flugfélagið sem starfrækir slíkt vildarkerfi er með háa markaðshlutdeild (eða í markaðsráðandi stöðu).

Enn fremur kemur fram í skýrslu Samkeppniseftirlitsins að árið 2002 bönnuðu norsk samkeppnisyfirvöld starfsemi vildarklúbbs SAS í Noregi þar sem fyrirtækið var í markaðsráðandi stöðu. Áður en bannið var lagt á vildarkerfi SAS var gerð könnun hjá meðlimum vildarkerfisins og þeir spurðir hvað þeir myndu gera ef kerfið yrði lagt niður og 42% sögðust líklega fara með viðskipti sín eitthvert annað og bendir þetta til þess að tryggðaaáhrif slíks kerfis séu umtalsverð.¹⁰⁹

Nokkur mál hafa komið upp hjá Samkeppniseftirlitinu þar sem reynt hefur á háttsemi Icelandair á undanförunum árum. Staðfest hefur verið að Icelandair er markaðsráðandi á ákveðnum mörkuðum og félagið sjálft hefur gefið út í fjölmiðlum að það sé nánast í einokunarstöðu í flugi til og frá Íslandi.¹¹⁰

Í samrunamáli *WOW Air og Iceland Express*¹¹¹ frá 2013 var enn og aftur fjallað um vildarkerfi Icelandair og var það talið eitt stærsta tryggðarkerfi sem rekið er

¹⁰⁸ Samkeppniseftirlitið, „Öflug uppbygging: Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi“ (n. 9).

¹⁰⁹ sama heimild 122; „Competitive Airlines: Towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market“ (n. 102) 79.

¹¹⁰ *Erindi Iceland Express ehf. vegna verðlagningar Icelandair ehf. á fargjöldum til Kaupmannahafnar og London*, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007, 30. mars 2007, 50.

¹¹¹ *Samruni WOW Air ehf. og Iceland Express ehf.*, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 5/2013, 8. mars 2013.

af fyrirtæki á Íslandi.¹¹² Vísað er í eldri mál Icelandair sem hafa verið til umfjöllunar hjá Samkeppniseftirlitinu (sjá ofar) og vitnað í að kerfið veiti Icelandair mikið samkeppnisforskot og styrkir stöðu fyrirtækisins á markaðnum. Fjallað er um að kerfið hafi stækkað töluvert síðan þessi mál voru til umfjöllunar og tekið fram að í heild eru 310 þúsund meðlimir í vildarkerfinu og þar af 180 þúsund á Íslandi. Kerfið hefur þannig bætt við sig um 80 þúsund meðlimum frá 2003 og þykir þetta sýna fram á aukin tryggðáhrif klúbbsins.¹¹³ Niðurstaða samrunamáls WOW Air ehf. og Iceland Express ehf. var því sú að samruninn var leyfilegur þar sem samruninn var ekki talinn raska samkeppni með alvarlegum hætti. Spilaði þar inn í hve mikla yfirburði Icelandair hafði á hinum ýmsu mörkuðum.

Miðað við þessar forsendur hlýtur það að teljast líklegt, út frá þeirri formbundnu nálgun sem samkeppnisyfirvöld hafa fylgt, að sé fyrirtæki markaðsráðandi og haldi uppi slíku vildarkerfi eða tryggðarkerfi þá sé um að ræða brot á 11. gr. skl. sbr. 102. gr. TFEU, þar sem slíkt kerfi sé til þess fallið að útiloka mögulega keppinauta og þar af leiðandi raska samkeppni á mörkuðum.

6.2 Tal gegn Landssímanum

Í þessu máli¹¹⁴ voru uppi svipaðar aðstæður og í *Michelin málinu*. Hérna ákvað Síminn að bjóða viðskiptavinum sínum uppá magnafslátt í kjölfar þess að Tal kom inn á markaðinn. Landssíminn var í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir farsímaþjónustu en hafði áður ekki veitt neina ákveðna afslætti fyrir utan einstaka tímabundna afslætti. Þegar Tal byrjaði í samkeppni við Landssímann fór Landssíminn að veita almennan magnafslátt og stórnotendaafslátt í farsímaþjónustu. Fram kemur í málinu að samkeppnislög banna ekki að markaðsráðandi fyrirtæki veiti afslátt ef hann byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum. Svo er tekið dæmi um veittan magnafslátt sökum kostnaðarlegs hagræðis sem getur fylgt auknum viðskiptum. Hinsvegar ef eini

¹¹² sama heimild 36.

¹¹³ sama heimild 37.

¹¹⁴ *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.*, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/1999, 9. júní 1999.

tilgangur afsláttar er að vinna gegn því að viðskiptavinir fyrirtækis eigi viðskipti við keppinaut þá getur það talist misnotkun á markaðsráðandi stöðu.¹¹⁵ Samkeppnisráð óskaði eftir því að Landssíminn kæmi með gögn sem sýndu fram á kostnaðarlegar forsendur fyrir afsláttunum. Engar slíkar kostnaðarlegar forsendur frá Landssímanum komu fram og taldi Samkeppnisráð að Landssíminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með magnafsláttum. Afslættirnir miðuðust eingöngu að því að tryggja að dýrmætustu viðskiptavinir Landssímans færu ekki yfir til Tals. Þessi háttsemi var talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni og þar af leiðandi brot gegn 17. gr. skl (jafngildir núgildandi 11. gr. skl.)

6.3 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu

Í málinu¹¹⁶ var Eimskipafélag Íslands var talið hafa brotið gegn 11. gr. skl með því að hafa viðhaft fjöldann allan af einkakaupsamningum ásamt því að fjölmargir samningar þeirra innihéldu ákvæði um tryggðaaafslætti. Samkeppniseftirlitið taldi að auk einkakaupasamninganna væru ýmis ákvæði sem miðuðust að því að viðhalda tryggð viðskiptavinarins. Flest ákvæðin voru þannig að viðskiptavinir fengu tiltekinn afslátt greiddann eftir ákveðið tímabil frá því að viðskiptin áttu sér stað. Endurgreiðslur voru annað hvort reiknaðar sem hlutfall af söluverði eða að viðskiptavinur fékk endurgreidda ákveðna upphæð fyrir hverja einingu sem flutt var með Eimskipi. Afsláttarkjörin voru talin ógagnsæ og að slíkt væri vísbending um skaðsemi afslátta markaðsráðandi fyrirtækis. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfestir þá skoðun Samkeppniseftirlitsins um að það eitt að veita afslátt sem er til þess fallinn að raska samkeppni getur verið brot á 11. gr. skl. Sömu rök og banna einkakaupasamninga liggja þar að baki. Ekki var talið vera skilyrði að misnotkun hafi haft tiltekin áhrif svo hægt sé að beita 11. gr. skl og vísaði áfrýjunarnefnd samkeppnismála í mál 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu því til stuðnings. Í þessu máli er mestu þúðri eytt í skoðun á einkakaupasamningum Eimskips en við skoðun á tryggðaaafsláttum kemur bersýnilega í ljós að

¹¹⁵ sama heimild 32–33.

¹¹⁶ Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu, úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, 12. mars 2008.

framkvæmdin þarna endurspeglar þá framkvæmd sem hafði verið viðhöfð í Evrópu sbr. fyrri umfjöllun.

6.4 Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu

Fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011 ¹¹⁷ að Samkeppniseftirlitið taldi þá afslætti sem Vífilfell bauð upp á í samningum sínum vera í raun tryggðaaflættir eða öðru nafni skilyrtir afslættir (e. conditional rebates) sem hefðu þær afleiðingar að kaupandinn fengi mikla hvatningu til að leggja mesta áherslu á að selja vörur Vífilfells til þess að uppfylla skyldur sínar skv. samningum. Samkeppniseftirlitið hafnaði öllum rökum Vífilfells um skaðleysi slíkra kjara og taldi að hér væri um að ræða háttsemi sem væri til þess fallin að binda viðsemjendur Vífilfells í viðskiptum við fyrirtækið um langa tíð og kæmi þannig í veg fyrir að viðskiptavinir Vífilfells myndu færa viðskipti sín til keppinauta. Að auki segir Samkeppniseftirlitið að greiðslur Vífilfells skapi mikla tryggð, eru ekki magntengdar og byggja því ekki á kostnaðarlegu hagræði.

Samkeppniseftirlitið fjallar auk þess um eftirágreidda (e. roll-back/retroactive) afslætti Vífilfells og vill meina að þeir séu tryggðaaflættir og að markmið þeirra sé að útiloka vörur keppinauta og séu til þess fallnir að viðskiptavinir Vífilfells færi ekki viðskipti sín yfir til keppinauta Vífilfells.

Vífilfell reynir að beita hinni efnahagslegu nálgun við mat á skaðsemi einkakaupasamninga sem og afslátta sem geta skapað tryggð út frá leiðbeiningu framkvæmdastjórnarinnar (sbr. umfjöllun sjöunda kafla). Samkeppniseftirlitið afgreiðir málið á skjótan hátt og fer ekki ítarlega í þær varnir sem Vífilfell ber fyrir sig. Samkeppniseftirlitið tekur fram að þau atriði sem fram koma í leiðbeiningunni og sem Vífilfell reynir að byggja á eru ekki ákvarðandi þættir heldur aðeins atriði sem skulu koma til skoðunar ásamt öðrum þáttum máls. Að

¹¹⁷ Misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011, 30. mars, 2011.

lokum segir Samkeppniseftirlitið að tilvísun Vífilfells til umræddrar leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar hafi í raun enga þýðingu.¹¹⁸

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála segir að til þess að um brot á 11. gr. sé að ræða sé ekki nauðsynlegt að sýna fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Þar að auki staðfestir áfrýjunarnefndin niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins og segir að ástæða þess að einkakaupasamningar sem og önnur tryggðákvæði séu talin brjóta gegn 11. gr. skl sé fyrst og fremst sú að slík ákvæði séu til þess fallin að útiloka eða takmarka verulega samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti. Vísað er í fjölmarga dóma í evrópskri réttarframkvæmd sem staðfesta þessa nálgun, þar á meðal *British Airways málið* og *Tomra málið*. Samkeppniseftirlitið bendir á að það sé ekki rétt hjá Vífilfelli að samkvæmt leiðbeiningunni sé nauðsynlegt að sýna fram á útilokandi samkeppnishamlandi áhrif og að framkvæmdastjórnin telji nægjanlegt að sýna fram á möguleg skaðleg áhrif.¹¹⁹

6.5 Misnotkun Sorpu á markaðsráðandi stöðu

Hér kom til skoðunar ýmis háttsemi af völdum Sorpu sem var markaðsráðandi fyrirtæki á viðkomandi markaði. Sorpa veitti aukinn afslátt (18%) til eigenda Sorpu og var það talið fara gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. skl.¹²⁰

Enn og aftur staðfestir Samkeppniseftirlitið að ekki þurfi að sýna fram á raunverulega skaðleg áhrif á samkeppni þegar kemur að brotum gegn 11. gr. skl. Samkeppniseftirlitið tekur fram að í því sambandi dugir að fyrir liggi að háttsemin sé til þess fallin að raska samkeppni. Ef hinsvegar liggi fyrir raunveruleg áhrif þá hefur það aðeins áhrif á alvarleika brotsins og viðurlög við brotinu. Sorpa hélt fram ýmsum réttlætningarástæðum, þar á meðal að afslættirnir væru til þess fallnir að tryggja almannahagsmuni eða bæta hag neytenda en ekki var fallist á neinar réttlætningarástæður frá Sorpu og taldi

¹¹⁸ sama heimild 88.

¹¹⁹ sama heimild 59–60.

¹²⁰ *Misnotkun Sorpu bs. á markaðsráðandi stöðu sinni*, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2012, 21. desember 2012.

Samkeppniseftirlitið að Sorpa hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og braut þannig gegn 11. gr. skl.

6.6 Niðurstöður

Af íslenskri framkvæmd má ráða að afslættir sem skapa tryggð hjá viðskiptavinum séu álitnir vera til þess fallnir að valda útilokunaráhrifum gagnvart keppinautum. Slík háttsemi er talin leiða til röskunar á samkeppni og ekki sé nauðsynlegt að sýna fram á raunverulega skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppnislög banna þó ekki afslætti ef þeir byggjast á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum t.d. magnafsláttur sökum kostnaðarlegs hagræðis sem fylgir auknum viðskiptum.

Íslensk samkeppnisyfirvöld virðast gefa lítið fyrir hina mögulegu nýju efnahagslegu nálgun og staðfestir hina eldri formbundnu framkvæmd sem fjallað hefur verið um að ofan. Sú framkvæmd er í fullu samræmi við hina formbundnu framkvæmd sem fyrirfinnst í Evrópurétti.

7. Leiðbeining framkvæmdastjórnar ESB

Í þessum kafla er umfjöllun um innihald leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar¹²¹ sem er á tímum tæknileg og flókin. Leitast verður við að útskýra megindrætti hennar og gera grein fyrir þeirri nálgun sem framkvæmdastjórnin boðar með útgáfu hennar. Í lok kaflans verða meginatriði dregin saman.

7.1 Formbundið mat á lögmæti hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis

Framkvæmd Evrópudómstólsins sem og framkvæmdastjórnarinnar hafa verið gagnrýndar sökum þess að nálgun þeirra á brot er varða 102. gr. TFEU þykja oft of formbundin. Með því að hafa nálgun sína of formbundna verða löggin í framkvæmd fjarlæg þeim efnahagslegu markmiðum sem löggin vilja vernda og verður mögulega til þess að háttsemi sem hefur jákvæð áhrif á samkeppni yrði dæmd sem misnotkun.¹²²

7.1.1 Hvað er *per se* brot?

Við skoðun á 101. gr. TFEU sbr. 10. gr. skl þá er viðurkennt að sum háttsemi hefur það að markmiði að koma í veg fyrir samkeppni og þá þurfa yfirvöld ekki að sanna raunveruleg áhrif háttseminnar. Slík brot eru gjarnan kölluð *per se* brot þar sem háttsemin er svo augljóslega að hindra samkeppni. Háttsemi sem er talin falla undir það að vera skaðleg samkeppni í sjálfu sér er t.d. lárétt samráð milli fyrirtækja og markaðsskipting.¹²³

Ef til væru *per se* brot við 102. gr. (sbr. 11. gr. skl) þá myndi það þýða að ákveðin háttsemi væri svo augljóslega skaðleg að ekki væri nauðsynlegt að skoða raunveruleg áhrif háttseminnar.

¹²¹ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52).

¹²² Richard Whish, *Competition law* (n. 1) 195.

¹²³ sama heimild.

Hafa þarf í huga að skv. 3. mgr. 101. gr. (sbr 13. gr. skl) eru ákveðnar lögfestar réttlætningarástæður sem geta réttlætt ákveðna háttsemi. Við skoðun á 102. gr. TFEU (sbr. 11. gr. skl) og hvort að til sé ákveðin háttsemi sem sé í sjálfu sér talin skaðleg samkeppni og þar af leiðandi brot á 102. gr. þá er mikilvægt að gera sér grein fyrir því að lögfestar réttlætningarástæður eru ekki til staðar eins og í málum sem tengjast 101. gr. TFEU sbr. 10. gr. skl.

Miðað við framkvæmd dómstóla og samkeppnisyfirvalda í Evrópu, sem og á Íslandi, er hægt að lesa það út úr framkvæmdinni að til séu brot sem eru *per se* talin vera ólögleg. Á þetta sérstaklega við um afslætti og aðra skilmála sem taldir eru skapa tryggð.¹²⁴ Þessi sjónarmið hafa verið staðfest í mörgum málum t.d. *Hoffman La-Roche*, *Michelinmálinu* og *Vífilfells málinu* sbr. fyrri umfjöllun.

7.2 Leiðbeining framkvæmdastjórnarinnar

Framkvæmdastjórn ESB gaf út leiðbeiningu um forgangs röðun og áherslur stofnunarinnar við beitingu 102. gr. TFEU varðandi útilokandi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja¹²⁵ árið 2009. Leiðbeiningin er tilraun til að þróa framkvæmd 102. gr. og kemur í kjölfar mikillar vinnu hjá framkvæmdastjórninni sem á rætur að rekja til áttundu ráðstefnu evrópsku háskólastofnunarinnar í Fiesole á Ítalíu árið 2003. Árið 2005 var gefið út umræðuskjal¹²⁶ frá framkvæmdastjórninni sem leiddi síðar til útgáfu leiðbeiningarinnar. Ætlunin með umræðuskjalinu var að leiða í ljós efnahagslegri nálgun (e. more economic approach) við framkvæmd samkeppnisréttar í Evrópu og setja ný strangari viðmið í neytendavernd.¹²⁷ Leiðbeiningin sem að lokum birtist eftir umræðuskjalið var ekki eins ítarleg og umræðuskjalið og hafði því takmarkaðra hlutverki að gegna.¹²⁸ Taka ber þó fram að bæði umræðuskjalið sem og

¹²⁴ Denis Waelbroeck, „Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?“ (2005) 1 (1) Journal of Competition Law & Economics 149, 151 <doi:doi: 10.1093/joclec/nhi001>.

¹²⁵ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings“ (n. 52).

¹²⁶ Commission, „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ (n. 37).

¹²⁷ Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition“ (n. 64) 14.

¹²⁸ sama heimild.

leiðbeiningin eru svokallað „soft law” eða einhverskonar lögskýringargögn og ekki ber að líta á þessi gögn sem lög sbr. 7. mgr. umræðuskjalsins og 3. mgr. leiðbeiningarinnar. Hafa ber þó í huga að þessi gögn geta haft óbein réttaráhrif og almennt séð skal fylgja slíkum reglum nema góð rök mæli gegn því.¹²⁹

Fræðimenn vilja meina að framkvæmdastjórnin eigi erfitt með að samþykkja núverandi réttarframkvæmd þegar hún er borin saman við þau markmið sem framkvæmdastjórnin vill að 102. gr. TFEU hafi. Þó svo þessi skjöl hafi ekki raunveruleg réttaráhrif þá virðist sem svo að ætlunin með þeim sé að hafa áhrif á evrópudómstólana og aðildarríkin um að taka upp einhverskonar viðmið sem gæta betur að velferð neytenda.¹³⁰

Neelie Kroes segir í ræðu sinni á 31. árlegri ráðstefnu við Fordham stofnunina:

I like aggressive competition-including by dominant companies-and I don't care if it may hurt competitors, as long as it ultimately benefits consumers. That is because the main and ultimate objective of Article 82 is to protect consumers and this does, of course, require the protection of an undistorted competitive process on the market.¹³¹

Þessi tilvísun lýsir ágætlega þeirri hugsun sem leiðbeining framkvæmdastjórnarinnar ætlaði mögulega að reyna að ná fram. Þetta sömuleiðis endurspeglast í réttarframkvæmd í Bandaríkjunum út frá kafla tvö í Sherman Act en sú framkvæmd er töluvert frábrugðin þeirri evrópsku, þ.e.a.s. nálgunin gengur frekar út á að vernda neytendur og samkeppni í heild heldur en að hygla keppinautum og hafa áhyggjur af sanngirni.¹³²

¹²⁹ Martin Andreas Gravengaard og Niels Kjærsgaard, „The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance—and its consequences in practice” (2010) 31 (7) European Competition Law Review 285, 286–88.

¹³⁰ Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 14.

¹³¹ Neelie Kroes, „Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82” (2005) 29 (4) Fordham International Law Journal 593, 596; Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 14.

¹³² Neelie Kroes, „Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82” (n. 131) 596.

Fram kemur í leiðbeiningunni að framkvæmdastjórnin ætlar almennt aðeins að grípa til aðgerða ef um er að ræða háttsemi sem leiðir til samkeppnishamlandi útilokunaráhrifa (e. anti-competitive foreclosure). Það hugtak er útskýrt þannig að átt sé við ástand þar sem virkur aðgangur raunverulegra og mögulegra keppinauta að mörkuðum, vöru eða þjónustu er takmarkaður eða útilokaður vegna háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sem er í þeirri stöðu að geta stýrt verði á markaðnum sem leiðir til þess að neytendur verði líklega fyrir skaða. Til þess að meta líkurnar á skaðsemi neytenda er hægt að byggja á eigindlegum sönnunargögnum, og ef viðeigandi gögn eru til, á meginlegum sönnunargögnum.¹³³ Út frá þessu má ætla að það sé nóg að sýna fram á skaða neytenda út frá líklegum áhrifum af háttseminni. Framkvæmdastjórnin hefur þó eftir útgáfu leiðbeiningarinnar haft það sem almennt skilyrði í framkvæmd að það þurfi að sanna að háttsemi sé til þess fallin að valda neytendum skaða með beinum hætti, en þetta er ekki alveg í samræmi við dómaframkvæmd dómstóla ESB.¹³⁴ Fram kom í nýlegum dómi í máli *France Telecom g. Commission*¹³⁵ að skv. 102. gr. þá tekur það ekki aðeins til háttsemi sem skaði neytendur beint, heldur líka háttsemi sem skaði virkan samkeppnismarkað sbr. *Continental Can*. Svo segir að markaðsráðandi fyrirtæki hafi sérstakar skyldur til þess að láta háttsemi sína ekki raska heilbrigðri samkeppni á mörkuðum sbr. *Michelin I*. Þannig virðist dómstóllinn komast að því að ekki sé nauðsynlegt að sanna skaðleg áhrif á neytendur, heldur sé nóg að sýna fram á röskun á virkri samkeppni, enda leiði það óbeint til tjóns fyrir neytendur.

7.3 Ný nálgun leiðbeiningarinnar

Leiðbeiningin setur fram tvíþætt mat til þess að meta meinta misnotkun af völdum markaðsráðandi fyrirtækis. Þetta mat er svipað fyrri réttarframkvæmd og byggir á því að a) meta þarf að hve miklu leyti umrædd háttsemi er líkleg til að valda samkeppnishamlandi útilokun og b) greina hvort einhverjar

¹³³ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52) 19.

¹³⁴ Anne C. Witt, „The Commission’s guidance paper on abusive exclusionary conduct - more radical than it appears?” (2010) 35 (2) European law review 214, 224.

¹³⁵ Mál C-202/07 P *France Telecom SA g. Commission* [2009] ECR 2369.

skilvirknisvarnir séu til staðar sem geta gengið framar þeim neikvæðu áhrifum af völdum háttseminnar.¹³⁶

Leiðbeiningin telur fram sjö þætti, svokallaða „málgrein 20 þátta“ (e. paragraph 20 factors) sem notaðir verða við mat á samkeppnishamlandi útilokunaráhrifum. Auk þess geta aðrir nákvæmari þættir komið til álita, allt eftir því hverskonar háttsemi er til skoðunar.¹³⁷ Framkvæmdastjórnin áskilur sér hinsvegar þann rétt að dæma háttsemi brotlega án þess að láta fara fram ítarlegt mat á áhrifum háttseminnar. Þetta getur átt við ef aðstæðurnar eru þannig að umrædd háttsemi er líkleg til að hindra samkeppni og engin skilvirknissjónarmið liggja að baki þá má álykta að háttsemin skaði neytendur.¹³⁸ Þarna virðist því framkvæmdastjórnin alveg eins treysta á *per se* reglur til að auðvelda framkvæmdina þrátt fyrir hina meintu nýju nálgun.

Við skoðun á hinum ýmsu kostnaðartengdu útilokunaráhrifum þá ætlar framkvæmdastjórnin aðeins að grípa inn í ef umrædd háttsemi hefur eða getur hindrað jafn hæfa keppinauta í að stunda samkeppni við markaðsráðandi fyrirtæki.¹³⁹

7.3.1 Jafn hæfir keppinautar

Framkvæmdastjórnin metur tryggðaaflætti sem eina tegund af skilyrtum aflsláttum í 37. málgrein í leiðbeiningunni.¹⁴⁰ Framkvæmdastjórnin tekur þó fram að skilyrtir aflslættir séu mikið notaðir í almennri framkvæmd og fyrirtæki geta boðið slíka aflslætti til þess að búa til meiri eftirspurn og verði þannig neytendum til góða. Hinsvegar þegar slíkir aflslættir eru notaðir af

¹³⁶ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings“ (n. 52) 28.

¹³⁷ sama heimild 20–21.

¹³⁸ sama heimild 22.

¹³⁹ sama heimild 23.

¹⁴⁰ Skilyrtir aflslættir (e. conditional rebates) eða aflslættir sem verðlauna kúnna fyrir tiltekna kauphegðun.

markaðsráðandi fyrirtæki þá þarf að gæta að því að þeir myndi ekki útilokunaráhrif á markaðnum gagnvart öðrum keppinautum.¹⁴¹

Við mat á tryggðaafláttum notar framkvæmdastjórnin viðmið sem miðast við jafn hæfa keppinauta (e. as efficient competitor). Framkvæmdastjórnin metur hvort afláttarkerfi geti hindrað vaxtarmöguleika eða aðgang að markaði hjá keppinautum sem eru jafn hæfir með því að gera þeim erfiðara fyrir að útvega kaupendum hluta af þeirra þörfum.

Mikilvæg spurning sem þarf að svara er hvort jafn hæfur keppinautur geti keppt við það verð sem markaðsráðandi fyrirtæki býður sökum þess afláttarkerfis sem það heldur úti. Ef fyrirtæki ætlar að reyna að freista þess að fá viðskiptavinum til að skipta um birgja, þ.e.a.s. frá þeim sem er markaðsráðandi, þá þarf hann að geta boðið verð sem bætir upp það tap sem viðskiptavinurinn verður fyrir við að missa af þeim afslætti frá markaðsráðandi fyrirtækinu.¹⁴² Verðið sem jafn hæfur keppinautur þarf að jafna, svokallað virkt verð (e. effective price) er ekki meðaltalsverð (e. average price) hins markaðsráðandi fyrirtækis heldur venjulegt listaverð að frádregnum þeim afslætti sem viðskiptavinurinn tapar við að skipta um birgja. Þetta þarf síðan að reikna niður á viðkomandi tímabil og umfang viðskipta. Fyrir stigvaxandi afslætti er viðeigandi svið þau stigvaxandi kaup eftir að ákveðnum þröskuldi hefur verið náð en fyrir afturvirka afslætti eigi að meta það með hliðsjón af markaðsaðstæðum og hve mikið sé raunhæft að viðskiptavinurinn geti flutt af viðskiptum til keppinauta (e. the contestable share).¹⁴³ Markaðsráðandi fyrirtæki er yfirleitt með stóran hluta af eftirspurn viðskiptavinarins tryggðan og hægt er að kalla það undirstöðu sölu (e. assured base of sale). Þetta þýðir að keppinautar geta því ekki keppt um alla þörf viðskiptavinarins og markaðsráðandi fyrirtæki geta því verið í þeirri stöðu að

¹⁴¹ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52) 37.

¹⁴² Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 17.

¹⁴³ sama heimild; Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52) 41; *Misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011, 30. mars, 2011.

víkka út undirstöðu söluna yfir í þann hluta sem venjulega væri samkeppnishæfur með því að lækka verðið í formi afsláttar.¹⁴⁴

Ef viðskiptavinir eru aðeins tilbúnir til að færa lítinn hluta af eftirspurn þeirra til nýrra söluaðila þá er viðeigandi sölusvið lítið sem leiðir til þess að virka verðið verður lægra. Á móti ef viðskiptavinir eru tilbúnir til að færa stærri hluta af eftirspurn til nýs söluaðila þá verður sölusviðið stærra og verðið hærra.¹⁴⁵ Því lægra sem hið áætlaða virka verð er, borið saman við meðaltalshverð hins markaðsráðandi fyrirtækis, þeim mun sterkari verða tryggðaaáhrifin.¹⁴⁶

Til þess að finna út hvort afturvirkir afslættir valdi útilokun notar framkvæmdastjórnin ákveðið verð/kostnaðar próf þar sem hið virka verð er borið saman við kostnað markaðsráðandi fyrirtækis. Svo lengi sem hið virka verð er fyrir ofan LRAIC¹⁴⁷ þá ætti jafn hæfur keppinautur að geta keppt við slíkt verð án þess að tapa á því þrátt fyrir afsláttinn. Slíkar aðstæður myndu eflaust ekki leiða til útilokunar.¹⁴⁸ Ef verðið er fyrir neðan AAC¹⁴⁹ hjá markaðsráðandi fyrirtæki þá er hinsvegar líklegt að jafn hæfur keppinautur verði fyrir útilokun.¹⁵⁰ Sé verðið fyrir ofan AAC en fyrir neðan LRAIC, þá skoðar framkvæmdastjórnin hvort einhverjar mótaðgerðir séu raunhæfar hjá jafn hæfum keppinauti. Ef keppinautur hefur engar raunhæfar og skilvirkar mótaðgerðir innan handa þá myndi framkvæmdastjórnin líta svo á að verð fyrir neðan LRAIC gæti samt sem áður útilokað jafnhæfa keppinauta.¹⁵¹

¹⁴⁴ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52) 39; Albrecht Bach, „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition” (n. 64) 17.

¹⁴⁵ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52) 42.

¹⁴⁶ sama heimild 43.

¹⁴⁷ Long-run average incremental cost eða langtíma meðal jaðarkostnaður

¹⁴⁸ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52) 43; Giulio Federico, „The antitrust treatment of loyalty discounts in Europe: Towards a more economic approach” (IESE Business School - University of Navarra 2011) 4
<www.iese.edu/research/pdfs/OP-0186-E.pdf> skoðað 14. apríl 2013.

¹⁴⁹ Average avoidable costs eða meðaltals undansérvíkjanlegur kostnaður

¹⁵⁰ Commission, „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings” (n. 52) 44.

¹⁵¹ sama heimild.

Þessi nálgun býr þannig til viðmið sem byggist á áhrifum af afsláttakerfum og gerir ekki bara ráð fyrir því að afsláttarkerfi muni útiloka minni keppinauta með því einu að vera afturvirk. Þetta verð/kostnaðar próf skoðar hvort afsláttarkerfi hafi möguleg útilokunaráhrif, út frá þeim breytum sem hægt er að meta. Þessar breytur eru þá stærð afturvirku afsláttanna, kostnaður markaðsráðandi fyrirtækisins og sá hluti af eftirspurn sem keppinautur getur raunverulega keppt um.¹⁵²

Að lokum tekur framkvæmdastjórnin fram í 46. málsgrein leiðbeiningarinnar að hún muni taka til skoðunar kröfur frá markaðsráðandi fyrirtæki um að afsláttarkerfi endurheimti kostnað eða verði neytendum til góðs. Vísar framkvæmdastjórnin í því tilliti til *British Airways málsins*¹⁵³ en þar hélt British Airways því fram að þar sem fastur kostnaður væri svo hár og það væri svo mikilvægt að fylla allar flugvélar að það myndi réttlæta afsláttarkerfi þeirra. Dómstóllinn staðfesti að möguleiki væri til staðar til að bera fyrir sig hlutlægar réttlætningarástæður ef þær leiddu til þess að markaðurinn og neytendur nyti góðs af. Dómstóllinn féllst hinsvegar ekki á rök British Airways í þessu máli.¹⁵⁴

7.4 Misræmi í framkvæmd?

Framkvæmdastjórn Evrópu kvað upp úrskurð í máli *Tomra*¹⁵⁵ árið 2006, ári eftir að umræðuskjalið frá framkvæmdastjórninni var gefið út. Í umræðuskjalinu var rætt um að færa framkvæmd yfir í meiri „effect-based“ nálgun og víkja frá þeirri formbundnu nálgun sem hafði ríkt í dómaframkvæmd. Framkvæmdastjórnin tók að vissu leiti mikilvægt skref í efnahagslegri nálgun en var ekki tilbúin til að víkja algjörlega frá fyrri framkvæmd og staðfesti fyrri framkvæmd um að bann gegn tryggðaaafsláttum væri heimilt sökum tilhneinginga þeirra til að útiloka keppinauta.¹⁵⁶ Þann 12. apríl 2012 var svo kveðinn upp dómur hjá

¹⁵² Giulio Federico, „The antitrust treatment of loyalty discounts in Europe: Towards a more economic approach“ (n. 148) 4.

¹⁵³ Mál C-95/04 P *British Airways plc g. Commission* [2007] ECR I-2331.

¹⁵⁴ sama heimild, mgr. 86–87.

¹⁵⁵ Mál Comp/E-1/38.113, *Prokent-Tomra* [2008] OJ C219/11.

¹⁵⁶ Gianluca Faella, „The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates“ (2008) 4 (2) *Journal of Competition Law and Economics* 375, 396.

Evrópudómstólnum í máli *Tomra* ¹⁵⁷ og staðfesti hann niðurstöðu framkvæmdastjórnar Evrópu. Aftur var farið í hina eldri formbundnu framkvæmd dómstólsins sem segir:

For the Commission, the combination of a retroactive rebate scheme with a threshold or thresholds corresponding to the customer's entire requirements or a large proportion thereof represented a strong incentive to buy all or almost all the equipment needed from [Tomra] and artificially raised the cost of switching to a different supplier, even for a small number of units. The Commission therefore concluded that, in accordance with case-law, the rebate schemes at issue had to be qualified as a means of loyalty building and thus as loyalty rebates.¹⁵⁸

Tomra hélt því fram í málinu að framkvæmdastjórnin hefði ekki skoðað umrædda afslætti nægilega út frá kostnaðarhlið þeirra sbr. þá framkvæmd sem fram kemur í leiðbeiningu framkvæmdastjórnarinnar. Evrópudómstóllinn taldi að þar sem leiðbeiningin kom út þremur árum eftir úrskurðinn þá ætti hún ekki við og staðfesti niðurstöðu undirréttarins (e. general court) um að við skoðun á 102. gr. þyrfti ekki að fara fram ítarlegt mat á kostnaði. Nóg væri að benda á að eðli afsláttanna væri þannig að miklar líkur væru á útilokun. Auk þess hefði undirrétturn sýnt fram á ýmsar aðrar ástæður sem gætu leitt til útilokunar t.d. afturvirkni afsláttanna, sú staðreynd að einstaklingsmiðuðu afsláttarviðmiðin voru byggð á þörf hvers kúnna fyrir sig og að Tomra gat ekki bent á neinar hlutlægar réttlætningar né skilvirknisástæður fyrir afsláttarkerfinu.¹⁵⁹ Afstaða Evrópudómstólsins virðist því byggja að mestu leiti á því hve markaðsráðandi Tomra var (allt að 95% markaðshlutdeild á viðeigandi markaði), sem og hnitmiðuðum útilokunarskyldum. Leiðbeiningin frá 2009 kom ekki til skoðunar sökum þess að fyrsti úrskurður málsins var kveðinn upp áður en leiðbeiningin kom út.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Mál C-549/10 P *Tomra ASA o.fl. g. Commission*.

¹⁵⁸ sama heimild, mgr. 15.

¹⁵⁹ Neil Cuninghame og Mats Johnsson, „Abusive conduct revisited: ECJ adjudicates on Tomra“ (*Competition newsletter*, apríl 2012) 1 <www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=7758> skoðað 11. apríl 2013.

¹⁶⁰ sama heimild.

Enn fremur segir dómstóllinn að við mat á því hvort um sé að ræða brot á 102. gr. TFEU þá sé nóg að sýna fram á að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sé líkleg til að hindra samkeppni, eða með öðrum orðum, að háttsemi sé mögulega að hafa þau áhrif. Tomra tókst ekki að sýna fram á að einhverjar efnahagslegar réttlætningarástæður væru til staðar og gátu ekki sýnt fram á að neytendur nytu góðs af háttsemi þeirra.¹⁶¹

Árið 2009 var hinsvegar kveðinn upp úrskurður í máli *Intel*¹⁶² en þar virðist framkvæmdastjórnin fara í fyrsta skipti eftir hinum nýju leiðbeiningum.¹⁶³ Málavextir voru þeir að Intel var gefið að sök að hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að valda útilokunaráhrifum með beitingu afslátta sem þeir buðu viðskiptavinum sínum. Framkvæmdastjórnin lét fara fram ítarlegt mat á háttsemi Intel í samræmi við reglur leiðbeiningarinnar. Matið var þríþætt, meta þyrfti hve auðveldlega viðskiptavinir gætu skipt um birgja og hve líklegt væri að þeir myndu gera það, yfir hvaða tímabil háttsemin átti sér stað og að lokum þyrfti að taka saman viðeigandi kostnaðarmælikvarða.¹⁶⁴ Framkvæmdastjórnin tók svo fram að ef keppinautur neyddist til að selja vörur sínar undir kostnaði til að geta boðið þær á sömu kjörum og hið markaðsráðandi fyrirtæki, þá væri um mögulega útilokun að ræða. Ekki var talið að Intel hefði sýnt fram á nægilega góðar réttlætningarástæður og var Intel talið hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að hafa útilokað keppinauta.¹⁶⁵

¹⁶¹ sama heimild mgr. 16.

¹⁶² Mál COMP/C-3-37.990 *Intel* [2009].

¹⁶³ Giorgio Monti, „Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?“ (2010) 1 (1) *Journal of European Competition Law & Practice* 2, 2.

¹⁶⁴ „Summary of Commission Decision of 13 May 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990 — Intel)“ *Official Journal C* 227, 22/09/2009 P. 0013 - 0017 <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:227:0013:01:EN:HTML>> skoðað 14. apríl 2013.

¹⁶⁵ sama heimild.

7.5 Niðurstöður

Leiðbeining framkvæmdastjórnarinnar hafði það markmið að þróa framkvæmdina við beitingu 102. gr. TFEU varðandi útilokandi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja. Framkvæmdastjórnin hefur eftir útgáfu leiðbeiningarinnar haft það sem almennt skilyrði að sanna þurfi að háttsemi sé til þess fallin að valda neytendum skaða með beinum hætti. Þetta skilyrði virðist þó ekki vera alveg í samræmi við dómaframkvæmd eftir útgáfu leiðbeiningararinnar eins og sjá má í máli *France Télécom v. Commission*.¹⁶⁶

Leiðbeiningin setur fram tvíþætt mat til þess að meta hvort háttsemi sé misnotkun af völdum markaðsráðandi fyrirtækis. Í fyrsta lagi þarf að meta að hve miklu leyti umrædd háttsemi sé líkleg til að valda samkeppnishamlandi útilokun og í öðru lagi þarf að greina hvort einhverjar skilvirknisvarnir séu til staðar sem geta réttlætt þau neikvæðu áhrif af völdum háttseminnar. Framkvæmdastjórnin ætlar síðan aðeins að láta til sín taka ef háttsemi hefur eða getur hindrað jafn hæfa keppinauta í að stunda samkeppni við markaðsráðandi fyrirtæki. Til þess að meta hvort afslættir valdi útilokun notar framkvæmdastjórnin ákveðið verð/kostnaðar próf. Ef hið virka verð (e. effective price) er fyrir ofan LRAIC¹⁶⁷ þá ætti jafn hæfur keppinautur að geta keppt við slíkt verð án þess að tapa á því þrátt fyrir afsláttinn. Hinsvegar, ef verðið er fyrir neðan AAC¹⁶⁸ hjá markaðsráðandi fyrirtæki, þá er líklegt að jafn hæfur keppinautur verði fyrir útilokun. Ef verðið er fyrir ofan AAC en fyrir neðan LRAIC skoðar framkvæmdastjórnin hvort til staðar séu einhverjar raunhæfar mótaðgerðir hjá hæfum keppinauti. Með þessari framkvæmd er verið að reyna að búa til viðmið til þess að meta áhrif afsláttarkerfis í staðinn fyrir að gera einfaldlega ráð fyrir því að þau valdi útilokun.

Ekki hefur reynt mikið á gildi leiðbeiningarinnar en gæta má þó ákveðins misræmis í framkvæmd hjá framkvæmdastjórninni. Árið 2006, ári eftir að

¹⁶⁶ Mál C-202/07 P *France Telecom SA g. Commission* [2009] ECR 2369.

¹⁶⁷ Long-run average incremental cost eða langtíma meðal jaðarkostnaður

¹⁶⁸ Average avoidable costs eða meðaltals undansérvíkjanlegur kostnaður

umræðuskjal framkvæmdastjórnarinnar var gefið út, var kveðinn upp úrskurður hjá framkvæmdastjórninni í máli *Tomra* og þar var ekki að sjá að farið væri eftir efnahagslegri nálgun við skoðun á háttsemi *Tomra*. Hinsvegar árið 2009 var kveðinn upp úrskurðir í máli *Intel* og þar reyndi á leiðbeininguna og farið var í ítarlegt mat á háttsemi *Intel* og komst framkvæmdastjórnin að því að *Intel* hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína.

8. Lokaorð

Í inngangskafli þessa rits var fjallað um að misnotkun fyrirtækja sem teljast markaðsráðandi er eitt helsta áhyggjuefni samkeppnisréttar. Slík háttsemi getur haft gífurleg áhrif og bitnar oft en ekki á neytendum í formi minni gæða og hærra verðs á vörum eða þjónustu.

Í kjölfar inngangskafans var stutt umfjöllun um nógildandi samkeppnisrétt, bæði héraðs sem og í Evrópurétti. Þar á eftir var farið yfir hvaða skilyrði þurfa að vera uppfyllt svo hægt sé að segja að háttsemi sé misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í byrjun þarf að skilgreina markaðinn sem um ræðir og svo hvort viðkomandi fyrirtæki er markaðsráðandi á þeim markaði. Ef fyrirtæki telst ekki markaðsráðandi kemur 11. gr. skl. sbr. 102. gr. TFEU ekki til skoðunar.

Meginþátt ritgerðar þessarar er að finna í fjórða kafla en þar er fjallað um afslætti og önnur afsláttarkjör sem skapa tryggð og við hvaða aðstæður slíkir afslættir gætu talist jafngilda misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Dómafordæmi Evrópudómstólsins hafa verið nokkuð afgerandi þegar kemur að tryggðaafláttum. Dómstóllinn telur að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafi sérstakar skyldur gagnvart keppinautum og samkeppni í heild. Dómstóllinn hefur þar að auki myndað með sér forbundna nálgun og hafa tryggðaaflættir eða markmiðsaflættir sem búa til tryggð verið nánast taldir brotlegir af sjálfu sér og ekki þótt nauðsynlegt að sýna fram á raunverulega skaðleg áhrif á neytendur sbr. *Hoffmann-La Roche, Michelin I og II* og *British Airways*.

Í tengslum við tryggðakerfi var stutt umfjöllun um vildarkerfi í fimmta kafla og þá sérstaklega vildarkerfi flugfélaga. Gerð var grein fyrir því hvar vildarkerfi standa út frá samkeppnisréttarlegum sjónarmiðum. Þar sem markmið vildarkerfa eru beinlínis að skapa tryggð hjá viðskiptavinum er talið mjög varhugavert að halda úti slíkum vildarkerfum ef fyrirtæki eru í markaðsráðandi stöðu sbr. umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um vildarkerfi Icelandair.

Í sjötta kafla var fjallað um nokkur helstu mál í íslenskri framkvæmd þar sem reynt hefur á tryggðaaflætti, vildarkerfi og önnur afsláttakjör sem eru talin skapa tryggð. Framkvæmdin hjá Samkeppniseftirlitinu er frekar formbundin og er í samræmi við evrópska réttarframkvæmd. Ekki er hægt að segja að það gæti marktækra áhrifa í íslenskri framkvæmd að uppi séu vangaveltur um breytta nálgun þegar kemur að mati á háttsemi sem talin er valda útilokunaráhrifum. Kemur það bersýnilega fram í máli *Vífilfells hf gegn Samkeppniseftirlitinu* en þar bar Vífilfell fyrir sig að framkvæmdastjórnin hefði boðað breytta nálgun við mat á háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja en Samkeppniseftirlitið afgreiðir það án þess að fara í neitt ítarlegt mat og segir að það sem fram komi í leiðbeiningu framkvæmdastjórnarinnar sé ekki ákvarðandi heldur aðeins til stuðnings við aðra þætti málsins.

Að lokum er umfjöllun í sjöunda kafla um leiðbeiningu framkvæmdastjórnarinnar um forgangsröðun og áherslur stofnunarinnar við beitingu 102. gr. TFEU varðandi útilokandi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja. Farið er nokkuð ítarlega yfir innihald leiðbeiningarinnar og reynt að gera grein fyrir mögulega nýrri efnahagslegri nálgun á háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja hjá framkvæmdastjórninni. Leiðbeiningin setur fram tvíþætt mat sem leitast við að svara því hvort að jafn hæfir keppinautar verði fyrir útilokun eða ekki. Framkvæmdastjórnin hefur eftir útgáfu leiðbeiningarinnar haft það sem skilyrði í sinni framkvæmd að sanna þurfi að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja sé til þess fallin að valda neytendum skaða með beinum hætti. Þessa framkvæmd má t.d. sjá að vissu leyti í *Intel* málinu frá 2009. Þó virðist ennþá gæta nokkurs misræmis milli framkvæmdastjórnarinnar og dómstóla ESB þegar litið er til dóms í máli *France Telecom v. Commission* þar sem dómstóllinn staðfestir hina eldri formbundu nálgun dómstólsins.

Að öllu þessu virtu virðist framkvæmdin hjá dómstólum Evrópusambandsins sem og hjá samkeppnisyfirköldum á Íslandi vera nokkuð fastmótuð í tengslum við tryggðaaflætti og önnur afsláttakjör sem talin eru skapa tryggð. Þó má sjá einhverjar breytingar í framkvæmd framkvæmdastjórnarinnar í kjölfar útgáfu leiðbeiningarinnar. Fróðlegt verður að sjá hvað framtíðin muni bera í skauti sér,

sérstaklega hjá dómstólum Evrópusambandsins en Samkeppniseftirlitið virðist leggja meiri þýðingu í fordæmi dómstólsins heldur en leiðbeiningar framkvæmdastjórnarinnar þegar litið er til niðurstaðna í máli *Vífelfells*.

9. Heimildaskrá

— „Competitive Airlines: Towards a more vigorous competition policy in relation to the air travel market“ (Report from the Nordic competition authorities 2002) < www.kilpailuvirasto.fi/tiedostot/competitive-airlines.pdf > skoðað 15. apríl 2013.

— „Summary of Commission Decision of 13 May 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (Case COMP/C-3/37.990 — Intel)“ < <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:227:0013:01:EN:HTML> > skoðað 14. apríl 2013.

Ásgeir Einarsson og Jóna Björk Helgadóttir, „Breytingar á samkeppnislögum“ (2001) 54 (1) Úlfjótur, 71.

Bach, A., „Loyalty Discounts: EU Law in Difficult Transition“ (Oppenländer Rechtsanwálte) <www.oppenlaender.de/uploads/media/Loyalty_Discounts.pdf> skoðað 30. mars 2013.

Commission, „DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses“ (2005) <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>> skoðað 29. mars 2013.

— „Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings“ (2009/C 45/02 2009) <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:EN:PDF> > skoðað 31. mars 2013.

— „Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law“ (OJ C 372, 9.12.1997) <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT)> skoðað 4. apríl 2013.

Cuninghame, N. og Johnsson, M., „Abusive conduct revisited: ECJ adjudicates on Tomra“ (*Competition newsletter*, apríl 2012) <www.ashurst.com/doc.aspx?id_Content=7758> skoðað 11. apríl 2013.

Davíð Þór Björgvinsson, *EES-réttur og landsréttur* (Codex 2006).

Emch, A., „Frequent Flyer Programmes under Article 82 EC-Is the Sky the Only Limit?“ (2007) 30 (4) *World Competition*, 645.

Faella, G., „The antitrust assessment of loyalty discounts and rebates“ (2008) 4 (2) *Journal of Competition Law and Economics*, 375.

Federico, G., „The antitrust treatment of loyalty discounts in Europe: Towards a more economic approach“ (IESE Business School - University of Navarra 2011) <www.iese.edu/research/pdfs/OP-0186-E.pdf> skoðað 14. apríl 2013.

Gravengaard, M. A. og Kjærsgaard, N., „The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance—and its consequences in practice“ (2010) 31 (7) *European Competition Law Review*, 285.

Kroes, N., „Tackling Exclusionary Practices to Avoid Exploitation of Market Power: Some Preliminary Thoughts on the Policy Review of Article 82“ (2005) 29 (4) *Fordham International Law Journal*, 593.

Monti, G., „Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?“ (2010) 1 (1) *Journal of European Competition Law & Practice*, 2.

Nazzini, R., *The foundations of European Union competition law: The objective and principle of article 102* (Oxford University Press 2011).

Oddgeir Einarsson, „Hugtakið markaðsráðandi staða í samkeppnisrétti“ (2004) 57 (1) *Úlfjótur*, 51.

Samkeppniseftirlitið, „Virk samkeppni - hagar almennings“ (Samkeppniseftirlitið 2006) <www.samkeppni.is/media/skyrslur95-07/arsskyrsla_Samkeppniseftirlitsins_2006.pdf> skoðað 5. maí 2013.

— „Öflug uppbygging: Opnun markaða og efling atvinnustarfsemi“ (Skýrsla nr. 2/2008, Samkeppniseftirlitið 2008) <www.samkeppni.is/media/skyrslur/ymsar_skyrslur/oflug_uppbygging_opnun_markada_og_efling_atvinnustarfsemi.pdf> skoðað 6. apríl 2013.

The OECD Competition Committee, „Fidelity and Bundled Rebates and Discounts“ (OECD 2008) <www.oecd.org/competition/abuse/41772877.pdf> skoðað 31. mars 2013.

Waelbroeck, D., „Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?“ (2005) 1 (1) *Journal of Competition Law & Economics*, 149 <doi:doi: 10.1093/joclec/nhi001>.

Whish, R., *Competition law* (Oxford University Press 2008).

Witt, A. C., „The Commission’s guidance paper on abusive exclusionary conduct - more radical than it appears?“ (2010) 35 (2) *European law review*, 214.