



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Svensson

Kopplingsförbehåll ur ett rättsligt och ekonomiskt perspektiv

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: David Reidhav

Termin: VT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod och perspektiv	6
1.4 Material och forskningsläge	8
1.5 Disposition	9
2 KOPPLINGSFÖRBEHÅLL UR ETT RÄTTSLIGT PERSPEKTIV	10
2.1 Förhållandet mellan svensk rätt och EU-rätt	11
2.2 Dominerande ställning	12
2.3 Den relevanta marknaden	13
2.4 Kopplingsförbehåll som missbruk	15
3 KOPPLINGSFÖRBEHÅLL UR ETT EKONOMISKT PERSPEKTIV	18
3.1 Effektivitetsfördelar med kopplingsförbehåll	18
3.1.1 Minskade produktions- och distributionskostnader	18
3.1.2 Transaktionskostnader	19
3.1.3 Produktförbättring	19
3.1.4 Kvalitetsförsäkring	20
3.2 Konkurrensbegränsande effekter av kopplingsförbehåll	20
3.2.1 Prisdiskriminering	20
3.2.2 Hävstångseffekt	21
3.2.3 Resande av inträdeshinder	21
3.3 Bedömningsmetoder i rättstillämpningen	22
3.3.1 Per se-legalitet	22
3.3.2 Rule of reason	23
3.3.3 Per se-illegalitet	24

4	TILLÄMPNINGEN AV KOPPLINGSFÖRBEHÅLL	25
4.1	Hilti	25
4.2	Tetra Pak II	26
4.3	Microsoft	27
5	ANALYS	30
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	34
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	37

Summary

This thesis treats tying in Swedish and EU law, the prohibition against it and how such a prohibition can be motivated from an economic perspective.

Tying is when two or more products is linked and sold conditionally. In order for tying to be prohibited there are a number of necessary prerequisites which need to be fulfilled. The actual prohibition is based on the fact that tying under certain circumstances is seen as abuse because of its anticompetitive effect. Tying constitutes abuse when the tying and the tied goods are two separate products, the undertaking concerned is dominant in the market, the tying forecloses competition and there are no objective necessities or efficiencies to motivate the use of tying.

Among economists and legal scholars, the view on tying and how the prohibition is to be applied, differ. Some give advantages such as product improvement and quality assurance greater weight, while for others the anticompetitive effects, such as price discrimination and entry barriers, are of greater importance to the well-being of the market. The extent to which the prohibition should be – and thus how it should be applied – is an issue that is fairly discussed in economic literature. In EU precedents, the assessment of tying can be said to be a *per se* illegality, meaning that tying when the undertaking is in a dominant position is considered as abuse in itself. Despite attempts by the Commission to move towards a more effect-based assessment, the law enforcement is still in old thinking courses.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar kopplingsförbehåll i svensk rätt och EU-rätt, förbudet mot det och hur ett sådant förbud kan motiveras ur ett ekonomiskt perspektiv. Ett kopplingsförbehåll är när två eller flera produkter kopplas samman och säljs villkorat. För att användande av sådant ska vara förbjudet ställs ett antal rekvisit upp. Själva förbudet grundar sig i att kopplingsförbehåll under vissa omständigheter anses utgöra missbruk på grund av dess konkurrenshämmande effekt. Kopplingsförbehåll utgör missbruk när den kopplande och den kopplade produkten utgör separata produkter, företaget innehar en dominerande ställning på marknaden, förbehållet får en konkurrensbegränsande effekt och det inte finns några objektivt godtagbara skäl eller effektivitetsvinster som kan motivera användandet av kopplingsförbehåll.

Bland ekonomer och jurister skiljer sig synen på kopplingsförbehåll och hur förbudet ska tillämpas åt. Fördelar så som produktförbättring och kvalitetsförsäkran ges av somliga större tyngd, medan för andra de konkurrenshämmande effekterna, så som prisdiskriminering och resande av inträdeshinder, är av större betydelse för marknadsens välmående. Vilken omfattning förbudet ska ha – och alltså hur det ska bedömas – är ett föremål som är tämligen omdiskuterat i ekonomisk litteratur. Av EU-praxis kan utrönas en metod där kopplingsförbehållet i sig anses utgöra missbruk när det företas av ett dominerande företag, så kallad per se-illegalitet. Trots försök av Kommissionen att röra sig mot en mer effektbaserad bedömning, den så kallade rule of reason-metoden, befinner sig rättstillämpningen fortfarande i gamla tankebanor.

Förord

Tack till Mattias Karlsson för stöd, och framförallt för att du stått ut. Utan dig hade inte denna uppsats blivit av.

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2012/C 326/01)
KL	Konkurrenslag (2008:579)
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
WMP	Windows Media Player

1 Inledning

I varje affär möts var och en av oss av kopplingsförbehåll i olika former. Flingor med bär och nötter, eller tag-tre-betala-för-två-erbjudanden. Vad få tänker på är de juridiska och ekonomiska avvägningar som ligger bakom, och vad för konsekvenser vissa kopplingsförbehåll kan få. Att använda kopplingsförbehåll är för företag med en dominerande ställning under vissa omständigheter förbjudet. Microsoft dömdes i september 2007 till ett bötesbelopp om 497 miljoner euro.¹ Vad Microsoft hade gjort var att sälja sitt operativsystem Microsoft Windows tillsammans med sin mediaspelare Windows Media Player. I Microsoft-målet är inte Kommissionen och Tribunalen överens om *hur* det ska avgöras huruvida ett kopplingsförbehåll är tillåtet eller förbjudet. Microsoft-målet aktualiserar ifrågasättande av metod för bedömningen i domstol, och lyfter frågan om vilken roll ekonomiska överväganden spelar på detta område av konkurrensrätten.

Förutom mellan Kommissionen och Tribunalen, råder det även oenighet bland ekonomer och jurister gällande i vilken mån kopplingsförbehåll ska vara förbjudna och hur detta förbud ska tillämpas. Synen på hur skadliga kopplingsförbehåll faktiskt är, är markant olika och risken är att kopplingsförbehåll som idag förbjuds och företag bötfälls för, egentligen hade bidragit till en marknad med än mer konkurrens och konsumentvälfärd.

1.1 Syfte och frågeställning

Uppsatsen syftar till att undersöka hur kopplingsförbehållet och dess förbud kan motiveras utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv. För att utreda detta måste först reglering av kopplingsförbehållet inom svensk rätt och EU-rätt utredas. Syftet är att läsaren ska förstå vad kopplingsförbehåll är och vilka

¹ Kommissionens beslut COMP C-3/37,792 *Microsoft*; mål T-201/04 R *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*.

bestämmelser som finns kring det, samt ekonomiska för- och nackdelar med ett förbud och hur ekonomer och jurister ser på tillämpningen av kopplingsförbehåll i domstol. För att uppfylla syftet ämnar uppsatsen till att besvara följande frågeställningar:

- Vilka kopplingsförbehåll är förbjudna inom svensk rätt och EU-rätt?
- Hur kan förbudet och dess tillämpning motiveras utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv?

1.2 Avgränsningar

Kopplingsförbehåll kan vara aktuellt vid två tillfällen:

konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och företags missbruk av en dominerande ställning. I denna uppsats kommer jag enbart beröra kopplingsförbehåll vid företags missbruk av dominerande ställning. I uppsatsen kommer endast ges utrymme för svensk och EU-rättslig konkurrensrätt, och den amerikanska antitrust-lagstiftningen kommer inte beröras även om jag kommer förlita mig på amerikanska författare.

Syftet med uppsatsen är inte att ge en uttömmande redogörelse av de olika rekvisiten för kopplingsförbehåll, utan att presentera dessa för att möjliggöra en rättsfallsanalys och ekonomisk diskussion. Uppsatsen innehåller inte en omfattande redogörelse för ekonomiska teorier på konkurrensrättsområdet eller rättsekonomiska skolor, med det ekonomiska kapitlet vill jag istället lyfta potentiella och inom ekonomin frekvent diskuterade effekter och tillämpningsmetoder.

1.3 Metod och perspektiv

För att möjliggöra en analys ur ett rättsekonomiskt perspektiv måste först gällande rätt beskrivas. Vid beskrivningen av gällande rätt har

rättsdogmatisk metod tillämpats, med hjälp av vilken svar söks i de allmänt accepterade rättskällorna lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och litteratur.² Kort sagt är målet med användandet av den rättsdogmatiska metoden att spegla innehållet i gällande rätt genom att fastställa vilka rättsregler som finns och precisera dess innehåll.

Vid användande av rättsdogmatisk metod ställs krav på fullständighet, transparens, förklaringsmodeller och ett kritiskt förhållningssätt.³ Trots att kritik riktats mot rättsdogmatiken och dess bristande vetenskaplighet så saknar det betydelse för behovet av utövandet av rättsdogmatiken.⁴

Den EU-rättsliga metoden som tillämpas kan sägas vara en variant av den rättsdogmatiska metoden, och kan beskrivas som ett tillvägagångssätt att hantera EU-rättsliga källor.⁵ Primärrätt i form av bindande EU-rättslig lagstiftning, sekundärrätt i form av bland annat icke-bindande riktlinjer utfärdade av kommissionen och EU-domstolens rättspraxis har använts för att beskriva gällande rätt i avsnitt 2.

Kopplingsförbehållet och dess tillämpning diskuteras och analyseras ur ett rättsekonomiskt perspektiv och således används en rättsekonomisk metod. Detta innebär att jag undersöker om en reglering och tillämpning är samhällsekonomiskt motiverad. En utgångspunkt inom rättsekonomin är att individer antas uppfylla vissa rationalitetsvillkor och de är fullständighet, reflexivitet och transitivitet.⁶ Människor antas vara nyttomaximerande, det vill säga väljer alltid det handlingsalternativ som maximerar deras nytta, medan företag är vinstmaximerande och alltid väljer det alternativ som maximerar deras vinst. Ett annat antagande inom rättsekonomi är att ekonomisk effektivitet eftersträvas.⁷ Det ekonomiska effektivitetsbegreppet kan förklaras som att åtminstone en individ får det bättre utan att någon

² Kleineman, 2013, s. 21.

³ Kleineman, 2013, s. 25.

⁴ Kleineman, 2013, s. 24.

⁵ Reichel, 2013, s. 109.

⁶ Dahlman, Glader & Reidhav, 2005, s. 19.

⁷ Dahlman, Glader, Reidhav, 2005, s. 214ff.

annan individ får det sämre, eller att någon eller några individer får det bättre än vad övriga individer får det sämre, eller enklare beskrivet; när fördelarna är större än nackdelarna.⁸

Kritik har riktats mot rättsekonomi, dels angående förmågan hos individer att agera rationellt, dels huruvida ekonomisk effektivitet faktiskt ska betraktas som ett värde. Detta har emellertid försvarats med att det är upp till empiriska studier att avgöra huruvida de rättsekonomiska teserna är korrekta eller inte.⁹

1.4 Material och forskningsläge

På konkurrensrättens område har svensk lagtext och förarbeten såväl som EU-rättslig lagtext och vägledande dokument legat till grund för redogörelsen av gällande rätt och kompletterats av Leif Gustafsson och Jacob Westins *Svensk konkurrensrätt*. I avsaknad av aktuell svensk rättspraxis analyseras EU-rättspraxis.

Kopplingen mellan konkurrensrätt och ekonomi är tydlig. Det går knappt att förklara den konkurrensrättsliga regleringen utan att gå in på ekonomins område. Av denna anledning finns det också mycket skrivet – och många åsikter – om hur regleringar ska se ut och hur de ska tillämpas för att ekonomisk effektivitet ska nås. Samtliga ekonomer och jurister tar upp och kommenterar samma för- och nackdelar med kopplingsförbehåll, men ger dem olika tyngd och kommer på så sätt fram till olika lösningar. Christian Ahlborn, David S. Evans och A. Jorge Padilla argumenterar i *The Antitrust Economics of tying: A Farewell to Per Se Illegality* för en förändrad tillämpning av kopplingsförbehållet så att kopplingsförbehåll som huvudregel är tillåtet för dominerande företag. Detta gör även Valentine Korah och Ward S. Jr. Bowman, om än ännu mer radikalt. Thomas

⁸ Dahlman, Glader, Reidhav, 2005, s. 54ff.

⁹ Bastidas Venegas, 2013, s. 194.

Eilmansberger och Joseph P. Bauer talar för den nuvarande tillämpningen, eller kanske den föregående, och anser att huvudregeln ska vara förbud.

För att beskriva de för- och nackdelar som tas upp i avsnitt 3 används Ahlborns, Evans och Padillas verk och Carl Martin Gölstams *Licensavtalet och konkurrensrätten*. I dessa lyfter och förklarar de dessa ur ett ekonomiskt perspektiv.

Som hjälp för att analysera praxis har jag även där använt mig av Ahlborns, Evans och Padillas verk samt Evans och Ahlborns *The Microsoft Judgement and Its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe*, samt Alison Jones och Brenda Sufrins *EU Competition Law* och Jurian Langers *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law* där Langer gjort tvärvetenskapliga analyser och tar upp både den juridiska och ekonomiska problematiken med kopplingsförbehåll.

1.5 Disposition

Uppsatsens andra avsnitt redogör för kopplingsförbehållet ur ett rättsligt perspektiv och syftar till att besvara den första frågeställningen. Häri beskrivs övergripande vad ett kopplingsförbehåll är, hur relationen ser ut mellan svensk rätt och EU-rätt och varför gällande rätt inom EU spelar roll i Sverige. Avsnittet fortsätter i en redogörelse av vad dominerande ställning och den relevanta marknaden innebär och avslutas med en genomgång av de kriterier som ställs upp för att ett kopplingsförbehåll ska utgöra missbruk.

Det tredje avsnittet behandlar inledningsvis kopplingsförbehållets för- och nackdelar ur ett ekonomiskt perspektiv samt de olika tillämpningsmetoder som är aktuella för kopplingsförbehåll. I avsnitt fyra redogörs och analyseras praxis och i det femte och avslutande avsnittet analyseras tidigare presenterat material. Här besvaras även frågeställningar och författarens egna tolkningar och åsikter uppvisas.

2 Kopplingsförbehåll ur ett rättsligt perspektiv

Kopplingsförbehåll vid missbruk av dominerande ställning regleras i svensk rätt i 2 kap. 7 § 2st 4p konkurrenslagen (2008:579), KL, och i EU-rätten i artikel 102 2st d fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2012/C 326/01), FEUF. Innebörden av förbjudna kopplingsförbehåll är att företag ställer som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Kopplingsförbehåll kan delas in i två typer, teknik- och avtalsbaserade. Ett kopplingsförbehåll är teknikbaserat om den kopplande produkten (den produkt som styr kopplingsförbehållet) bara fungerar tillsammans med den kopplade produkten (den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet). Produkten fungerar således inte tillsammans med alternativa produkter hos konkurrenter, till exempel en skrivare som endast fungerar med skrivarpatroner från samma varumärke. Ett avtalsbaserat kopplingsförbehåll innebär att en kund som köper den kopplande produkten även måste köpa den kopplade produkten från samma företag trots att även konkurrerande produkter är kompatibla.¹⁰ Exempel på detta är ett villkor om att köpa vapen och ammunition från samma företag, trots att ammunition från konkurrenter är kompatibla med vapnet.

Utöver kopplingsförbehåll omfattas även kombinationserbudanden av bestämmelserna. Med kombinationserbudanden avses i regel hur det dominerande företaget erbjuder och prissätter produkter. Det kan vara rena kombinationserbudanden där företaget enbart säljer produkterna

¹⁰ Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäliga utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, s. 17.

tillsammans och varje produkt utgör en bestämd andel av helheten, eller blandade kombinationserbjudanden, så kallade flerproduktsrabatter, där produkterna även säljs separat men i så fall med ett högre totalt pris än det kombinerade.¹¹ Ett kombinationserbjudande kan till exempel vara att tre tröjor säljs till priset av två.

I svensk doktrin används även de engelska uttrycken ”tying” och ”bundling”.¹² Tying motsvarar kopplingsförbehåll och bundling motsvarar kombinationserbjudande.¹³ För enkelhetens skull kommer begreppet ”kopplingsförbehåll” genom uppsatsen motsvara både kopplingsförbehåll och kombinationserbjudande, så länge jag inte uttryckligen anger något annat.

2.1 Förhållandet mellan svensk rätt och EU-rätt

Förbudsbestämmelsen i 2 kap. 7 § KL bygger, med undantag för samhandelskriteriet, helt på förbudet i artikel 82 EG-fördraget, nuvarande artikel 102 FEUF. Konkurrenslagen ska dessutom tolkas i ljuset av EU-rätten.¹⁴ Skillnaden mellan regleringen i svensk rätt och EU-rätt är vilken marknad konkurrensbegränsningen är inriktad på. Artikel 102 FEUF är tillämplig på förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater, detta utgör det så kallade samhandelskriteriet. Om både svensk marknad och samhandel berörs innebär det att bägge regelverken är tillämpliga parallellt. I och med unionsrättens företräde framför svensk rätt, innebär det dock att tillämpningen måste vara enhetlig, alltså samma både för EU och svensk

¹¹ Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäligen utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, s. 17f.

¹² I likhet med Bernitz i bl.a. *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 2015.

¹³ Jämför svenska och engelska versionen av Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäligen utestängningsåtgärder, KOM(2009).

¹⁴ Prop. 2007/08:135, s. 68ff.

rätt, varav den svenska rätten får ge vika där någon potentiell skillnad skulle finnas. Svenska konkurrensmyndigheter och domstolar har både behörighet och skyldighet att tillämpa nuvarande artikel 102 FEUF på avtal och förfaranden där samhandelskriteriet är uppfyllt.¹⁵

För att samhandelskriteriet ska vara uppfyllt krävs handel mellan medlemsstater, påverkan och märkbar effekt. Med handel avses inte enbart handel med varor och tjänster över gränserna utan all gränsöverskridande ekonomisk verksamhet inklusive etablering. Att handeln ska ha effekt mellan medlemsstater innebär att minst två medlemsstater måste påverkas. Det finns inget krav på att en medlemsstat behöver påverkas i sin helhet, det räcker att en del av en medlemsstat berörs så länge handeln påverkas märkbart. Det framgår av artikeln att det inte heller ställs något krav på att handeln faktiskt påverkas, det räcker att den *kan påverkas*, så länge det i så fall får en märkbar effekt.¹⁶

Sammanfattningsvis kan sägas att regleringarna till stor del är identiska, och att frågan om vilket regelverk som ska tillämpas besvaras genom att bestämma vilken marknad som berörs. Har en konkurrensbegränsning verkan i enbart Sverige tillämpas KL, har den istället verkan inom både Sverige och på samhandeln är både KL och FEUF tillämpliga. Är bägge tillämpliga så har unionsrätten företräde, svensk konkurrensrätt får då inte tillämpas på ett sätt som strider mot EU-rätten.

2.2 Dominerande ställning

Som framgår av både 2 kap. 7 § KL och artikel 102 FEUF kan kopplingsförbehåll endast utgöra ett missbruk om företaget innehar en dominerande ställning på marknaden. I rättsfallet United Brands har

¹⁵ Rådets förordning (EG) nr 1/2003, artikel 3.

¹⁶ Tillkännagivande från Kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT 2004/C 101/07, p. 18ff.

domstolen uttalat sig om begreppet dominerande ställning. Där angavs att med dominerande ställning avses när ett företag på grund av sin ekonomiska maktställning kan hindra effektiv konkurrens på den relevanta marknaden. Företaget kan då i och med sin ekonomiska ställning i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och konsumenter.¹⁷

Ett företags marknadsandel spelar roll för bedömningen av om dominerande ställning föreligger. En liten marknadsandel tyder på avsaknad av marknadsakt och vice versa. Med en marknadsandel på under 40 % är det osannolikt att ett företag har en dominerande ställning.¹⁸ Utöver marknadsandelen spelar faktorer så som inträdeshinder till marknaden, finansiell styrka och kunskapsmässigt övertag roll vid den slutliga bedömningen.¹⁹

För kopplingsförbehåll gäller att företaget bör ha en dominerande ställning på den kopplande marknaden, men inte nödvändigtvis på den kopplade. För kombinationserbjudande gäller istället att företaget måste ha en dominerande ställning på en av de kombinerade marknaderna.²⁰

Förtydligas bör att det inte är den dominerande ställningen i sig som är förbjuden. Förbudet inriktar sig mot vissa åtgärder som företag med viss ställning vidtar, som utgör missbruk.

2.3 Den relevanta marknaden

För att avgöra om ett företag har dominerande ställning måste den relevanta marknaden fastställas. För att avgränsa den relevanta marknaden bestäms

¹⁷ Mål 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal mot kommissionen*, REG 1978, p. 65

¹⁸ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5, p. 14f.

¹⁹ Gustafsson & Westin, 2010, s. 161.

²⁰ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5, p. 50.

dels en relevant produktmarknad, dels en relevant geografisk marknad. Kommissionen har gett ut ett tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning i syfte att ge vägledning för hur tillämpningen av begreppen relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad ska gå till.²¹ I tillkännagivandet finns en metod vilken både Marknadsdomstolen och Högsta domstolen tillämpat i sina avgöranden.²²

Vid avgränsningen av den relevanta produktmarknaden prövas utbytbarheten. Hänsyn tas till varans egenskap, pris, tilltänkt användning och utbytbarheten framförallt på efterfrågesidan, men även på utbudssidan.²³ För att bedöma utbytbarheten och fastställa den relevanta marknaden har ett prishöjningstest utvecklats: SSNIP-testet²⁴. Testet är ett tankeexperiment och går ut på att bedöma konsumenternas reaktion på en prishöjning med 5-10 % på produkten ifråga. Väljer konsumenterna att ersätta den prishöjda produkten med en annan produkt i så hög grad att prishöjningen skulle bli olönsam på grund av den minskade försäljningen, så innebär det att ytterligare produkter ingår i den relevanta marknaden.²⁵ Ett exempel på när utbytbarheten har prövats är i fallet *United Brands*, där det prövades huruvida bananer är en produkt på marknaden för färsk frukt eller om det finns en egen bananmarknad. Efter lång diskussion om bananers speciella egenskaper och särskilda efterfrågan, konstateras att bananer inte kan bytas ut mot vare sig apelsiner, äpplen eller annan färsk frukt och således utgör en egen marknad.²⁶

²¹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5, p. 2.

²² Se bl.a. MD 1998:15 och NJA 2008 s. 120.

²³ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5, p. 7ff.

²⁴ SSNIP står för ”small but significant non-transitory increase in price, vilket på svenska betyder ”liten men betydande icke-övergående prisökning”.

²⁵ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5, p. 15ff.

²⁶ Mål 27/76 *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot kommissionen*, s. 66 ff.

Den geografiska marknaden omfattar istället det område där företaget tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna. Inom området ska konkurrensvillkoren vara likartade och skilja sig från angränsande områden. I arbetet att definiera den geografiska marknaden analyseras prissättning och prisskillnader inom olika områden, företags marknadsandelar, tullar som begränsar handeln eller tillverkningen, villkoren för tillgång till distributionskanalerna eller kostnaderna för att bygga upp ett eget distributionsnät, etableringsfrihet och krav på tillstånd från myndigheter. Listan kan göras ännu längre, men sammanfattningsvis kan sägas att kommissionen genom att hitta dessa hinder mot konkurrens kan fastställa hur stor växelverkan mellan marknaderna är.²⁷

Genom att bestämma den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden kan de kombineras och den relevanta marknaden fastställas.²⁸

2.4 Kopplingsförbehåll som missbruk

Kommissionen har tagit fram ett dokument som ska vara vägledande och som fastställer vilka prioriteringar som gäller när kommissionen ska ta ställning till om missbruk enligt artikel 102 FEUF föreligger eller inte. För att kopplingsförbehåll ska utgöra missbruk ställs fyra krav: i) företaget ska ha dominerande ställning på den kopplande marknaden; ii) kopplande och kopplad produkt ska vara separata produkter; iii) det ska vara troligt att kopplingsförbehållet leder till konkurrenshämmande avskärmning; iv) kopplingsförbehållet är inte objektivt godtagbart eller motiverat av effektivitetsvinster.²⁹

²⁷ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5, p. 28ff.

²⁸ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C 372/5, p. 7ff.

²⁹ Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäliga utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, s. 17ff.

Kopplingsförbehåll kan i enlighet med första kravet endast vara förbjudet då det används av ett företag som innehar dominerande ställning på en relevant marknad. Först när det är fastslaget att ett företag har en dominerande ställning kan en bedömning av själva förbehållet göras.³⁰

Ett kopplingsförbehåll kan vidare enligt ii) endast vara förbjudet om den kopplande och den kopplade produkten utgör separata relevanta marknader. Produkterna utgör separata marknader om ett betydande antal kunder, utan kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudande, skulle köpa den kopplande produkten utan att även köpa den kopplade produkten från samma leverantör. Produkterna utgör alltså separata marknader om det vore möjligt att producera och sälja båda produkterna var för sig.³¹

Härefter prövas i enlighet med iii) om det finns konkurrenshämmande avskärmning, det vill säga om företaget vidtar åtgärder för att utestänga konkurrenter på ett konkurrenshämmande sätt, åtgärder som i sin tur kan påverka konsumenterna negativt.³²

Även om ett kopplingsförbehåll vid första anblick kan antas utgöra missbruk, finns det fjärde kravet som säger att det kan vara förenligt med konkurrensreglerna om det finns objektiva godtagbara skäl för förfarandet eller effektivitetsvinster som väger upp nackdelarna av agerandet. Som exempel på effektivitetsvinster nämner kommissionen bland annat lägre produktions- eller distributionskostnader som kommer kunderna

³⁰ Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäliga utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, s. 4ff.

³¹ Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäliga utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, s. 18.

³² Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäliga utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, s. 8.

till godo.³³ I praktiken spelar detta krav mindre roll för utgången i målen. Varför det är så behandlas under avsnitt 4 i min redogörelse av praxis.

³³ Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäligen utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, s. 12.

3 Kopplingsförbehåll ur ett ekonomiskt perspektiv

Det är vanligt att företag väljer att samförsälja produkter för att ge bättre erbjudanden till sina kunder på ett för dem mer kostnadseffektivt sätt.³⁴ Under avsnitt 3.1 presenteras de ur ett ekonomiskt perspektiv mest diskuterade fördelarna med kopplingsförbehåll. När kopplingsförbehåll används av företag, som har en dominerande ställning, kan det istället för att gynna kunderna, skada dem genom att marknaden avskärmas från andra produkter. Kommissionen framhåller att det viktigaste med artikel 102 FEUF är att skydda effektiv konkurrens, och inte bara att skydda konkurrenterna. Konkurrens gynnar konsumenterna och fokus ligger därför på att marknaderna fungerar som de ska. Kommissionen menar att kopplingsförbehåll kan få utestängande effekter, leda till prisdiskriminering och till högre priser.³⁵ I ekonomisk litteratur diskuteras liknande effekter, dessa lyfts nedan under avsnitt 3.2.

3.1 Effektivitetsfördelar med kopplingsförbehåll

3.1.1 Minskade produktions- och distributionskostnader

Användande av kopplingsförbehåll kan minska kostnader för företag, både för produktion och distribution. Produktionskostnaderna kan minska genom att tillverkaren istället för att tillverka en produkt i en maskin, tillverkar två eller ännu fler i samma vilket resulterar i att färre maskiner behövs. Med

³⁴ Meddelande från Kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäliga utestängningsåtgärder, KOM(2008) 832 slutlig, p. 48f.

³⁵ DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, 2005, s. 54.

färre maskiner öppnas möjligheter för mindre fabriker, vilket sparar pengar, och dessutom kan producenten kombinera produkterna på ett mer effektivt sätt. Till exempel kan vitvaror säljas tillsammans med sladdarna som ska kopplas från maskinen till uttaget i väggen, något som är både användarvänligt, effektivt, och ger minskade produktionskostnader. Kopplingsförbehåll kan alltså ge både stordriftsfördelar (minskade styckkostnader genom storskalig produktion) och omfångsfördelar. Den kombination av produkter som kopplingsförbehållet innebär kan också leda till en minskning av kostnader för marknadsföring och distribution; det är ofta billigare att marknadsföra och leverera två produkter tillsammans än produkterna var för sig.³⁶

3.1.2 Transaktionskostnader

Även transaktionskostnader, som är de kostnader som uppkommer vid ett ekonomiskt utbyte utöver priset på själva varan eller tjänsten, kan reduceras. Här inkluderas själva sökandet efter den i en viss situation bäst lämpade kombination av produkter och enkelheten i användande.³⁷

Transaktionskostnader kan delas in i tre kategorier: kostnader för kontakt, kostnader för kontrakt och kostnader för kontroll. Kostnaderna för kontakt är kostnaderna som köparen och säljaren har för att komma i kontakt med varandra, medan kostnaderna för kontrakt är kostnaderna de har för att sluta ett avtal. Kostnaderna för kontroll är kostnaderna för att se till att motparten presterar enligt avtalet och uppfyller sina skyldigheter.³⁸

3.1.3 Produktförbättring

I vissa fall kan produkter vara värda mer tillsammans än var för sig. Ett exempel på detta är dagens flingor, där frukt, nötter och gryn blandas med flingor i olika former, konsistens och smak och tillsammans uppskattas de

³⁶ Ahlborn, Evans & Padilla, 2003, s. 43.

³⁷ Ahlborn, Evans & Padilla, 2003, s. 44.

³⁸ Dahlman, Glader & Reidhav, 2005, s. 86ff.

mer av konsumenten än ingredienserna var för sig, eller något så enkelt som att sälja skor med skosnören istället för utan.³⁹

3.1.4 Kvalitetsförsäkran

Utöver den produktförbättring som kopplingsförbehåll kan medföra, kan förbehållet även resultera i en slutprodukt av högre kvalitet och med garanti. Tillverkarna har teknik, kunskap och erfarenhet av produkterna och integreringen av dessa. Konsumenterna besitter inte nödvändigtvis samma kunskap, vilket kan påverka slutresultatet om denne ska bygga ihop sin egen slutprodukt. Genom kopplingsförbehållet kan producenten se till att produkten håller den kvalitet som är avsedd för produkten. En fördel för både tillverkare och konsument vid försäljning av en redan färdigbyggd produkt är att det är lättare att felsöka en felaktig produkt och hitta om felet ligger hos producent eller konsument. På så sätt är det även lättare för tillverkaren att ge garanti till kunden. Detta ger dessutom tillverkaren möjlighet att undvika eventuella rykten på grund av produkterna och därigenom skydda sitt varumärke.⁴⁰

3.2 Konkurrensbegränsande effekter av kopplingsförbehåll

3.2.1 Prisdiskriminering

Att prissättningen är diskriminerande innebär att olika konsumenter betalar olika mycket för samma produkt, och istället för att priset ligger nära marginalkostnaden så ligger det nära det pris som konsumenterna är villiga att betala. Diskrimineringen kan också uppstå genom att produkten används flitigt av en konsument (A), men inte lika flitigt av en annan konsument (B). Om bläckpatroner till en skrivare är den kopplande produkten och skrivaren

³⁹ Ahlborn, Evans & Padilla, 2003, s. 44f.

⁴⁰ Ahlborn, Evans & Padilla, 2003, s. 44ff.

den kopplade produkten, och patronerna sätts till ett högre pris samtidigt som skrivaren sätts till ett lågt pris, så betalar i slutändan den flitigt användande konsumenten A mer för den kopplade produkten än konsument B. Säljaren lockar på samma gång fler köpare, genom att sälja skrivaren till ett billigt pris.⁴¹

3.2.2 Hävstångseffekt

Kopplingsförbehåll kan också ha en så kallad hävstångseffekt, så att ett monopol eller en stark ställning på den kopplande marknaden kan överföras till den kopplade marknaden, när två produkter kopplas ihop vid försäljning. Genom att sälja produkterna A och B tillsammans, används således den redan starka marknadspositionen på marknad A som hävstång för att få inflytande även på marknad B. Utöver att överföra monopol kan även ett företags ställning stärkas genom att det får otillbörligt försprång gentemot konkurrenter som inte säljer båda de sammankopplade produkterna.⁴²

3.2.3 Resande av inträdeshinder

Om ett företags marknadsandel är stor kan detta resultera i uteslutande av konkurrenter och inträdeshinder till marknaden. Om monopolet, eller den dominerande ställningen, överförs till den andra produktens marknad så kan inträdet försvåras genom att konkurrenter tvingas verka på bägge marknader för att över huvud taget kunna konkurrera.⁴³ Ett företag med marknadsdominans på två marknader kan försvara sina produkter utan att behöva sänka priset på produkterna var för sig. För att ett konkurrerande företag ska kunna använda ett liknande kopplingsförbehåll för att konkurrera med det dominerande företaget, måste detta nu konkurrera på bägge marknader. Detta är typiskt sett svårare, av anledningarna att det är

⁴¹ Motta, 2004 s. 463.

⁴² Motta, 2004, s. 464.

⁴³ Gölstam, 2007, s. 317.

svårare att utveckla och hålla bättre kvalitet på två marknader än en, och svårare att erbjuda ett bättre pris än det dominerande företaget.⁴⁴

3.3 Bedömningsmetoder i rättstillämpningen

De i avsnitt 3.1 och 3.2 presenterade för- och nackdelarna med kopplingsförbehåll värderas olika. De anses vara olika frekvent förekommande, och beroende av hur dessa värderas förespråkas olika förhållningssätt till förbudet mot kopplingsförbehåll. Nedan presenteras de tre traditionella synsätten för att nå ekonomisk effektivitet vid användningen av kopplingsförbehåll.

3.3.1 Per se-legalitet

Per se-legalitet innebär att kopplingsförbehåll som utgångspunkt är tillåtna. Förespråkare av en modifierad per se-legalitet menar att kopplingsförbehåll ska antas vara konkurrenskraftiga, och endast i undantagsfall kan de förbjudas. Då krävs att det presenteras bevis för att de konkurrensbegränsande effekterna, där det främst är hävstångseffekten som åsyftas, inte vägs upp av de effektiviserande följderna.⁴⁵ Bowman har uttryckt sin skepsis mot argumentet om hävstångseffekten som nackdel. Han anser att den eventuella ökning av vinsten som skulle realiseras på den ena marknaden A ändå kompenseras av förlusterna på den andra marknaden B. Enligt Bowman syftar kopplingsförbehåll snarare till att prisdiskriminera än utöka monopol genom hävstångseffekten, diskrimineringen behöver dock i hans ögon inte vara något negativt.⁴⁶ Även Korah förespråkar per se-legalitet. Hon menar att företag använder kopplingsförbehåll för goda syften

⁴⁴ Nalebuff, 2003, s. 42ff.

⁴⁵ Langer, 2007, s. 30.

⁴⁶ Bowman, 1957, s. 34.

så som att försäkra sig om en produkts kvalitet och att det sällan utökar företags marknadsmakt.⁴⁷

Ytterligare argument för per se-legalitet, är att kopplingsförbehåll istället för otillbörligt försprång, snarare bidrar till att uppmuntra konkurrenter till teknisk utveckling, i alla fall när det rör en högteknologisk produkt.⁴⁸

Ahlborn, Evans och Padilla anser att den modifierade per se legalitet-regeln kan ses som en version av rule of reason där bevisbördan för konkurrenshämmande effekter är hög.⁴⁹

3.3.2 Rule of reason

Att bedömningen är rule of reason, det vill säga förnuftsbaserad, innebär att alla omständigheter i fallet ska beaktas för att avgöra huruvida kopplingsförbehållet är olagligt eller inte. Både effektivitetsfördelar och konkurrenshämmande effekter tas hänsyn till och vägs samman i bedömningen.

Ahlborn, Evans och Padilla menar att moderna ekonomer till stor del stöttar en rule of reason-bedömning av kopplingsförbehåll. Enligt dem ger kopplingsförbehåll typiskt sett fördelar för konsumenter och lägre produktionskostnader, även om det i vissa fall kan ge konkurrensbegränsande effekter. Ahlborn, Evans och Padilla placerar sig själva vid en rule of reason-tillämpning eller modifierad per se legal-tillämpning. De menar att det inte finns någon anledning att tro att det finns en skillnad i den effektivitet som generas av ett kopplingsförbehåll beroende på om ett företag har eller inte har dominans på marknaden. Däremot ser de

⁴⁷ Korah, 1992, s. 187.

⁴⁸ Gölstam, 2007, s. 315.

⁴⁹ Ahlborn, Evans & Padilla, 2003, s. 66.

problemet i att skilja kopplingsförbehåll som är bra för konkurrensen från de som är begränsande.⁵⁰

Rule of reason-testet kan delas upp i ostrukturerat och strukturerat. Det ostrukturerade testet lyfter de för- och nackdelar som finns med det aktuella kopplingsförbehållet. Langer menar dock att detta test är problematiskt då det inte ger några riktlinjer för hur faktorerna i bedömningen ska vägas mot varandra. För domstolar skulle det då, med eller utan hjälp av ekonomer, bli en svår och osäker bedömning.⁵¹

Det strukturerade rule of reason-testet består av fyra filter som kopplingsförbehållet ska passera för att inte utgöra missbruk. Med hjälp av enkla regler, menar förespråkare för detta, blir det lättare för domstolar att göra bedömningen, men även för företag att veta om deras affärer är lagliga eller inte.

3.3.3 Per se-illegalitet

Ett per se-förbud innebär att användande av kopplingsförbehåll av ett företag med en dominerande ställning på den kopplande produktens marknad automatiskt anses utgöra missbruk. Ett argument för ett per se-förbud är hävstångseffekten och utvidgandet av marknadsmakt. Bauer hävdar, förutom hävstångseffekt, att kopplingsförbehåll inte ger några ekonomiska fördelar och att ett per se-förbud är lättare, snabbare, billigare och säkrare för domstolar att tillförsäkra.⁵² Även Eilmansberger förespråkar ett sådant förbud, då kopplingsförbehåll, enligt honom, i sig självt är ett missbruk och ett verktyg för att få marknadsmakt.⁵³ Även per se-förbudet har en modifierad version med inslag av rule of reason. Enligt denna version finns kopplingsförbehåll som kan undantas från förbudet.

⁵⁰ Ahlborn, Evans & Padilla, 2003, s. 42.

⁵¹ Langer, 2007, s. 35.

⁵² Bauer, 1980, s. 286.

⁵³ Eilmansberger, 2005, s. 152.

4 Tillämpningen av kopplingsförbehåll

För att visa hur domstolarna bedömt kopplingsförbehåll och där använt sig av de ovan presenterade bedömningsmetoderna, redogörs nedan för tre exempel ur rättspraxis.

4.1 Hilti

Hilti tillverkade patenterade bultpistoler och hade dominerande ställning på marknaden för bultpistoler. För att använda bultpistolen behövs patroner och spikar, där både patronerna och spikarna är engångsvaror. Med hjälp av kopplingsförbehåll villkorades försäljningen av patronerna som behövdes för bultpistolen till att köparen även var tvungen att köpa Hiltis spikar. Hilti hade patent på samtliga tre produkter och var störst i EU på marknaden för bultpistoler. Konkurrenter klagade hos Kommissionen och hävdade att Hiltis beteende var konkurrenshämmande och påverkade deras möjlighet att konkurrera på marknaden samt att Hilti inte gav samma garanti till kunder som använde andra spikar. Hilti argumenterade för att bultpistoler och spikar inte var separata produkter och således inte utgjorde separata marknader samt för att samförsäljningen var påkallad ur produktsäkerhetshänsyn. Argumenten avfärdades av Kommissionen som fann att produkterna utgjorde separata produktmarknader på vilka Hilti var dominerande.⁵⁴ Genom att använda kopplingsförbehåll för att sammankoppla dessa fann Kommissionen att Hilti försökte utvidga sin starka ställning från bultpistolmarknaden till marknaden för Hiltikompatibla spikar och försökt hindra eller begränsa andra företags inträde på marknaderna. Kommissionen, och sedermera Tribunalen och EU-

⁵⁴ Kommissionens beslut 88/138/EEC *Eurofix-Bauco mot Hilti* OJ L65/19, p. 70.

domstolen⁵⁵ som följde Kommissionens spår, ansåg att förbehållet utgjorde missbruk av dominerande ställning.⁵⁶

4.2 Tetra Pak II

I Tetra Pak II-målet sålde Tetra Pak maskiner för tillverkning av vätskeförpackningar. För att få köpa maskinerna ställdes krav på att kunderna även köpte kartonger för tillverkningen från Tetra Pak. Kommissionen fann att det rörde sig om fyra olika produktmarknader: aseptiska maskiner, aseptiska kartonger, icke-aseptiska maskiner och icke-aseptiska kartonger, varav Tetra Pak var dominerande på två av dessa: marknaden för aseptiska maskiner och kartonger. Tetra Paks agerande hade dock även utgjort missbruk på de två andra marknaderna. Missbruket hade skett genom att Tetra Pak kopplade försäljningen av maskinerna till försäljningen av kartongerna. Dessutom var kunderna tvungna att köpa kartongerna från Tetra Pak samt använda Tetra Pak för service och reparation samt reservdelar.⁵⁷ Tetra Pak hävdade att maskinerna och kartongerna var utformade som ett integrerat distributionssystem och att kopplingen var befogad på grund av tekniska skäl, produktansvar, hälsa och för att skydda sitt varumärke. Argumenten tillbakavisades av Kommissionen som menade att det inte är godtagbart med kopplingsförbehåll i försäljningar som begränsar antalet försäljningsställen. Inte heller kan det accepteras att det ställs upp villkor i kontrakten som inte har något samband med syftet med försäljningen, så som det i detta fall ställs upp krav på köp av kartonger vid försäljningar av maskiner.⁵⁸

Precis som i Hilti-målet fastslog Tribunalen och EU-domstolen senare Kommissionens beslut. I Tribunalen och EU-domstolen tryckte Tetra Pak på att kopplingsförbehåll inte är förbjudet när det till sin natur eller enligt

⁵⁵ I likhet med EU-domstolen refereras till EG-domstolen som EU-domstolen och Förstainstansrätten som Tribunalen.

⁵⁶ Mål T-30/89, *Hilti AG mot kommissionen*; Mål C-53/92, P *Hilti AG mot kommissionen*; Kommissionens beslut 88/138/EEC *Eurofix-Bauco mot Hilti* OJ L65/19.

⁵⁷ Commission decision 92/163 *Tetra Pak II* OJ L72/1, p. 99ff.

⁵⁸ Commission decision 92/163 *Tetra Pak II* OJ L72/1, p. 117f.

handelsbruk finns ett samband mellan den kopplande och den kopplade produkten. Bägge instanser kommer här fram till att det i detta fall inte finns något naturligt samband eller handelsbruk. De tar vidare upp att *även* om naturligt samband eller handelsbruk hade funnits, så är inte artikel 102 FEUF uttömmande, och därför *kan* det fortfarande utgöra missbruk så länge det inte är objektivt rättfärdigat.⁵⁹

Jones och Sufrin menar att det i Hilti och Tetra Pak II slogs fast ett per se-förbud. De menar att Kommissionen bara kort analyserade marknaden och att när Kommissionen väl bestämt företaget som dominerande, att produkterna var separata och att det inte fanns några objektivt godtagbara skäl, så fastslogs missbruk automatiskt. Även om domstolarna i fallen lade mer fokus på marknadsdefinition och objektivt godtagbara skäl, fastslogs missbruket i likhet med i Kommissionens beslut automatiskt.⁶⁰

4.3 Microsoft

I det något nyare målet Microsoft ställdes frågan om Microsoft hade missbrukat sin dominerande ställning genom att koppla samman operativsystemet Windows med mediaspelaren Windows Media Player (WMP). Microsoft vitsordade sin dominans och frågorna kom i målet att handla om huruvida produkterna var separata eller inte och huruvida kopplingsförbehållet hade konkurrenshämmande effekt. Kommissionen, och sedermera Tribunalen och EU-domstolen, kom fram till att det fanns två separata produkter, och inte som Microsoft hävdade, en integrerad produkt. Microsoft invände också att kopplingsförbehållet inte uteslöt konkurrenterna. Microsoft argumenterade även för att det egentligen inte begränsade konsumenten, eftersom den nödvändigtvis inte behövde använda WMP. WMP kostade inget extra att få med och konsumenten var fri att ladda ner valfri annan mediaspelare. Detta spelade ingen roll, det faktum att

⁵⁹ Mål C-333/94 P *Tetra Pak International SA mot kommissionen*, p. 37.

⁶⁰ Jones & Sufrin, 2011, s. 459.

WMP redan fanns i operativsystemet leder till att få väljer att aktivt ladda ner andra program.

Till skillnad från i målen Hilti och Tetra Pak II kan Kommissionen här anses ha gjort en mer effektbaserad bedömning; Kommissionen antog inte att konkurrenter uteslöts utan gjorde en närmare prövning av hur kopplingen påverkade konkurrensen på den kopplade produktmarknaden.⁶¹

Kommissionen har i tidigare fall antagit att konkurrensen påverkats och därmed avskärmats, här analyseras istället ”potentiell avskärmning”.⁶²

Tribunalen avvisade Kommissionens omfattande analys och försök att röra sig mot en rule of reason-bedömning, och menade att det är tillräckligt att visa att det kopplande företaget har ett övertag mot konkurrenter som inte har samma möjlighet. När ett sådant övertag finns, kan det presumeras att det påverkar konkurrensen och det behöver inte göras någon verklig bedömning av om det egentligen skadar konkurrensen eller påverkar konsumenterna negativt.⁶³

Microsoft lyfter att ett antal företag som tillverkar den slutliga produkten lägger till mediaspelare från tredje part till paketen som säljs till konsumenter och att antalet användare av flera mediaspelare ökar.

Tribunalen uttalar sig dock om att dessa faktorer *inte* spelar någon roll för Kommissionens slutsats om att Microsofts agerande troligtvis skulle avskärma konkurrensen.⁶⁴ Att det inte spelar någon roll verkar betyda att oavsett hur mycket bevis det dominerande företaget presenterar som pekar på en hälsosam konkurrens, så undkommer företaget inte att agerandet bedöms som missbruk. Detta eftersom konkurrensen faktiskt kunde ha varit ännu bättre i avsaknad av det omtvistade agerandet.⁶⁵

⁶¹ Kommissionens beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft*, p. 841.

⁶² Langer, 2007 s, 163; Commission Decision Relating to a Proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.392 *Microsoft*), C(2004)900 final, p. 960.

⁶³ Mål T-201/04 R *Microsoft Corp. mot Kommissionen*, p. 1058.

⁶⁴ Kommissionens beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft*; Mål T-201/04 R *Microsoft Corp. mot Kommissionen*, p. 1055.

⁶⁵ Ahlborn & Evans, 2009, s. 908.

Kommissionen ställer i Microsoft-målet upp ett femte krav för att kopplingsförbehållet ska utgöra missbruk; det berörda företaget ger inte kunderna möjlighet att få den kopplande produkten utan den kopplade.⁶⁶ Eftersom detta krav inte finns med i Kommissionens vägledande dokument som publicerades två år senare, är det oklart om detta krav ens kan användas. Även när konsumenten har ett val så kan konkurrensbegränsande avskärmning föreligga.⁶⁷

I slutändan kommer Kommissionen såväl som Tribunalen fram till att Microsoft missbrukat sin dominerande ställning genom kopplingsförbehållet, men alltså med olika tankar om tillvägagångssätt.

⁶⁶ Mål T-201/04, *Microsoft Corp. mot Kommissionen*, p. 794.

⁶⁷ Jones & Sufrin, 2011, s. 479.

5 Analys

För att ett kopplingsförbehåll ska kunna vara förbjudet krävs att det används av ett företag i dominerande ställning. Ett företags ställning som dominerande eller inte avgörs av en rad faktorer, till exempel företagets marknadsandel. För att kunna ta ställning till dessa faktorer måste den relevanta marknaden avgränsas, alltså en avgränsning av vilka produkter som konkurreras med och på vilket geografiskt område. När det är bestämt att företaget har en dominerande ställning blir det aktuellt att pröva om de aktuella produkterna är separata produkter, om kopplingsförbehållet innebär konkurrenshämmande avskärmning samt om det kan vara objektivt godtagbart eller motiverat av effektivitetsvinster. Förbudet mot kopplingsförbehåll tillämpas på samma sätt i såväl svensk rätt som EU-rätt, med den enkla skillnaden att i artikel 102 FEUF ställs krav på samhandel, samma krav återfinns inte i 2 kap. 7 § KL.

I praxis kan vi se att kravet om objektivt godtagbart eller ekonomiskt motiverat spelat mindre roll. Den möjlighet som alltså finns för att ett kopplingsförbehåll ska tillåtas tas i princip bort och missbruk fastställs på ett automatiserat sätt. Bland annat Ahlborn och Evans jämför domstolarnas tillämpningssätt med ett per se-förbud, ett just nu inte särskilt populärt sätt av den enkla anledningen att de inte anser det optimalt för att nå ekonomisk effektivitet.

I de äldre målen Hilti och Tetra Pak II fastslås missbruket på ett automatiskt sätt. I Microsoft gör Kommissionen ett försök att närma sig rule of reason och i större utsträckning beakta omständigheter som kan berättiga agerandet. Tribunalen kommer fram till samma slutsats som Kommissionen, men med ett uttalande om onödigheten i Kommissionens utredning av hur konkurrensen faktiskt påverkades så visas att tillämpningen står kvar och trampar i per se-förbudet, så som det tillämpats i Hilti och Tetra Pak II.

Den stora fördelen med ett per se-förbud är, som Bauer framfört, att det är lättare, snabbare, billigare och säkrare för domstolar att döma. Svårigheten i att ha en modifierad per se-illegalitet, modifierad per se-legalitet eller en rule of reason-tillämpning ligger i att det tar längre tid och kostar således mer pengar, eftersom en utförlig bedömning krävs. Dessutom måste domstolarna kunna tillförsäkra att bedömningen inte blir godtycklig, utan sker på ett förutsebart sätt. Det strukturerade rule of reason-testet skulle kunna vara en lösning på i alla fall problemet gällande säkerheten i bedömningen.

Förutom det administrativa i tillämpningsmetoden så har vi de kanske ännu större bekymren. Som ovan redogjorts, tvistar många kring hur konkurrenshämmande kopplingsförbehåll faktiskt *är*. Bowman menar att effekten blir prisdiskriminering vilket i hans ögon inte behöver vara negativt, och Korah menar att kopplingsförbehåll i högre utsträckning används för goda syften än för konkurrenshämmande. Som förespråkare av per se-legalitet menar de att ett förbud mot kopplingsförbehåll *inte* är ekonomiskt motiverat.

Med ett modifierat per se-test ska det finnas en möjlighet att förbjuda vissa kopplingsförbehåll. Med en högt ställd bevisröskel innebär det dock en risk för att olagliga kopplingsförbehåll släpps igenom. Att detta sker kan vara ett pris värt att betala för en marknad där företag kan samförsälja produkter utan att i större utsträckning riskera att hamna i en långdragen och dyr domstolsprocess.

Anledningen till att det finns ett förbud mot vissa kopplingsförbehåll ligger i att EU vill främja effektiv konkurrens och skydda marknaden från de nackdelar som kopplingsförbehållet kan medföra. Vad som motiverar förbudet ur ett rättsekonomiskt perspektiv besvaras av de möjliga nackdelar som presenterats under avsnitt 3.2: prisdiskriminering, hävstångseffekt och resande av inträdeshinder. Det finns de som menar att de möjliga fördelarna under avsnitt 3.1: produktions- och distributionskostnader,

transaktionskostnader, produktförbättring och kvalitetsförsäkringen väger så pass mycket tyngre än nackdelarna att ett förbud *inte* är motiverat. Hur resonemanget går gällande för- och nackdelar gör det möjligt att sedan placera sig i lämplig tillämpningsmetod.

Att minskade produktions- och distributionskostnader är en fördel med användande av kopplingsförbehåll är i mina ögon inte det bästa argumentet för total legalisering av kopplingsförbehåll. Det faktum att produkter kan produceras, marknadsföras och distribueras tillsammans behöver inte innebära att försäljning av den ena produkten villkoras till den andra, utan de kan lika gärna säljas var för sig.

Varken nackdelarna eller fördelarna är effekter som alltid följer av användande av kopplingsförbehåll. Sammankopplingen kan istället för att ge en hävstångseffekt bidra till utveckling av produkten. Det som påtalas vara nackdelen med kopplingsförbehåll, kan alltså snabbt vändas till en fördel. Osäkerheten i effekterna gör det svårare att göra ett generellt uttalande om i vilken utsträckning kopplingsförbehåll ska förbjudas.

Tribunalens uttalande i Microsoft-målet är provocerande. På ett område där effektiv konkurrens är målet, är det för mig märkligt att nackdelarna av användande av kopplingsförbehåll på ett automatiskt sätt antas vara större än fördelarna. I mina ögon behövs en mer effektbaserad bedömning för att kunna ta tillvara på de positiva effekter som kopplingsförbehåll, trots allt, faktiskt kan medföra. I likhet med vad Ahlborn, Evans och Padilla framfört menar även jag att kopplingsförbehållet torde generera samma fördelar oberoende av vilken position företaget har på marknaden, varför konsumenterna borde få ta del av dem även från dessa företag. Att förbjuda många kopplingsförbehåll som säkerligen kan bringa konsumentvälfärd genom till exempel minskade transaktionskostnader, ser jag för mig som att lagstiftaren i för stor utsträckning påverkar det slutliga utbudet och på så sätt valmöjligheten för konsumenterna. Med åtanke om att det fortfarande finns skadliga kopplingsförbehåll, ser jag modifierad per se-legalitet eller rule of

reason som den bäst lämpade bedömningsmetoden, trots de konkurrenshämmande kopplingsförbehåll som kan råka slinka igenom.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Trycka källor

Offentligt tryck

Sverige

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

Europeiska unionen

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad vid tillämpning av Gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT 1997 C372/03

Tillkännagivande från Kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT 2004/C 101/07

DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brussels, 2005

Meddelande från Kommissionen – Vägledning om Kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företag i dominerande ställning som vidtar oskäligen utestängningsåtgärder, KOM(2008) 0832 slutlig

Litteratur

Bastidas Venegas, Vladimir, *Rättsekonomisk metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, 4 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015

Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David, *Rättsekonomi: en introduktion*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2005

Gustavsson, Leif & Westin, Jacob, *Svensk konkurrensrätt*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010

Gölstam, Carl Martin, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2007, Uppsala, 2007

Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EU competition law: text, cases, and materials*, 4. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2011

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Korah, Valentine, *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, 2 uppl., Sweet & Maxwell, London, 1992

Langer, Jurian, *Tying and Bundling as a Leveraging Concern under EC Competition Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007

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

Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Elektroniska källor

Ahlborn, Christian & Evans, David S., *The Microsoft Judgement and Its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe*, *Antitrust Law Journal*, Volym 75, Nummer 3, 2009

<<http://www.jstor.org/stable/27897604>>, besökt 2017-04-28

Ahlborn, Christian, Evans, David S. & Padilla, A. Jorge, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, 2003

<<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.381940>>, besökt 2017-04-10

Bauer, Joseph P., *A Simplified Approach to Tying Arrangements: a Legal and Economic Analysis*, 1980, Journal Articles.

<http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/430/>, besökt 2017-05-18

Bowman, Ward S. Jr., *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, Yale Law School, 1957

<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4246>, besökt 2017-04-18

Eilmansberger, Thomas, *How to Distinguish Good From Bad Competition Under Article 82 EC: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses*, Kluwer Law International, Nederländerna, 2005

<https://www.biicl.org/files/1403_eilmansberger_on_82.pdf>, besökt 2017-04-18

Nalebuff, Barry, *Bundling, Tying and Portfolio Effects, Part 1 – Conceptual Issues*, DTI Economics Paper no.1, 2003

<http://faculty.som.yale.edu/barrynalebuff/BundlingTyingPortfolio_Conceptual_DTI2003.pdf>, besökt 2017-04-20

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 2008 s. 120

Övriga domstolar

MD 1998:15

Europeiska unionen

EU:s domstolen

Mål C 27/76, United Brands Company and United Brands Continentaal mot kommissionen, EU:C:1978:22

Mål C-53/92 P, Hilti AG mot Kommissionen, EU:T:1994:246

Mål C-333/94 P., Tetra Pak International SA mot Kommissionen,
EU:C:1996:436

Tribunalen

Mål T-30/89, Hilti mot Kommissionen, EU:T:1991:70

Mål T-201/04, *Microsoft Corp. mot Kommissionen*, EU:T:2007:289

Kommissionens beslut

Beslut 88/138/EEC *Hilti* OJ L65/19

Commission decision 92/163 *Tetra Pak II* OJ L72/1

Beslut COMP/C-3/37.792 *Microsoft*

Commission Decision Relating to a Proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.392 *Microsoft*), C(2004)900 final