



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Stefan Ahlgren

Kopplingsförbehåll – en studie av rättstillämpningen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Ola Svensson

Termin: HT 2017

Innehållsförteckning

Summary	3
Sammanfattning	4
Förkortningar	5
1. Inledning	6
1.1 Syfte och Frågeställning	6
1.2 Metod och Material	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Disposition	8
1.5 Begrepp	8
2. Allmänt om kopplingsförbehåll	9
2.1 Missbruk av dominerande ställning	9
2.2 Kopplingsförbehåll	11
2.3 Typer av kopplingsförbehåll	13
2.4 Anledningar till kopplingsförbehåll	14
2.5 Tvång	14
2.6 Separata produkter	15
2.7 Konkurrensbegränsande utestängande effekt	16
2.8 Objektiva skäl	17
3. Praxis	18
3.1 Hilti	18
3.2 Tetra Pak II	19
3.3 Microsoft	20
4. Diskussion & Analys	23
Käll- och litteraturförteckning	27
Litteratur	27
Elektroniska källor	27
Rättsfallsförteckning	28
Dokument från EU	28

Summary

Tying is a type of abuse of a dominant position that a dominant company can use to distort competition and obstruct the creation of competing companies in a market. The procedure consists of forcing a customer who wants to buy a product to also buy another product or service. There are other advantages than strictly competitive to use such a procedure. When the assessment is to be made if an act is to be regarded as a prohibited tying, there are several criterion to be met. However, the investigation of whether these exist has historically not been very in depth. However, later case law has opened for a more effects-based assessment of the procedure.

This essay deals with the laws of the phenomenon and its criterion. The essay focuses mainly on how the legal rules have been applied in European Union jurisprudence. My conclusion is that the assessment needs to be more nuanced and create more predictability for the companies.

Sammanfattning

Ett kopplingsförbehåll är en typ av missbruk av dominerande ställning som ett dominant företag kan använda sig av för att förvränga konkurrensen och försvåra etableringen av konkurrerande företag på en marknad. Förfarandet består i att man tvingar en kund som vill köpa en produkt att också köpa en annan produkt eller tjänst. Det finns andra fördelar än strikt konkurrensmässiga att använda ett sådant förfarande. När bedömningen ska göras om ett förfarande är att betrakta som ett förbjudet kopplingsförbehåll finns flera rekvisit som ska vara uppfyllda. Undersökningen av huruvida dessa föreligger har dock historiskt sett inte varit vidare ingående. Senare praxis har dock öppnat för en mer effektbaserad bedömning av förfarandet.

Den här uppsatsen behandlar lagstiftningen kring företeelsen och dess rekvisit. Uppsatsen fokuserar i huvudsak på hur rättsreglerna har tillämpats i unionsrättslig praxis. Min slutsats är att bedömningen måste bli mer nyanserad och skapa mer förutsebarhet för företagen.

Förkortningar

FEUF

Fördraget om Europeiska unionens
funktionssätt

KL

Konkurrenslag (2008:579)

1. Inledning

Ett av de centrala målen för den Europeiska unionen är att skapa en inre marknad med en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens som främjar en effektiv resursfördelning.¹ För att uppnå detta har man genomfört en rad förändringar för att, till exempel, avskaffa handelshinder mellan medlemsstaterna, skapa etableringsfrihet och förbjuda konkurrensbegränsande avtal.² En annan fråga som bedömts vara central för att nå målet om en öppen inre marknad är att motverka missbruk av dominerande ställning. Eftersom en öppen marknad med en fri konkurrens har bedömts vara så viktigt är det inte så konstigt att man har särskilda regler för företag med en så stor marknadsandel, att de annars hade kunnat utnyttja sin dominans för att strypa konkurrensen på marknaden och stänga ute konkurrenterna.

Att binda ihop två produkter för att utnyttja sin dominerande ställning på en marknad som en hävstång på en annan marknad och på så sätt förhindra en effektiv konkurrens är ett förfarande som i såväl svensk som gemenskapsrättsliga rättskällor bedömts som särskilt problematiskt. Detta förfarande är en typ av missbruk av dominerande ställning som nämns i såväl svensk som unionsrättslig lagstiftning. Men exakt vad som utgör ett otillåtet kopplingsförbehåll och hur bedömningen av detta ska göras är inte något som varit konstant över de senaste decennierna. Som vi kommer se i den här uppsatsen har synen på kopplingsförbehåll och framförallt hur bedömningen ska göras förändrats och detta märks inte minst i praxis.

1.1 Syfte och Frågeställning

Syftet med uppsatsen först och främst att förklara vad ett kopplingsförbehåll är och vilka rekvisit som behöver vara uppfyllda för att det ska vara frågan om ett förbjudet sådant. Vidare syftar uppsatsen till att visa hur reglerna

¹ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt. 1, Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar, 3. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011 s. 23

² Bernitz, s. 24

kring detta fenomen har tillämpats i praxis och därefter analysera och diskutera tillämpningen. Vad gäller tillämpningen kommer särskilt frågorna om marknadsdefinition, hur bedömningen av om två produkter ska anses vara separata eller ej och huruvida praxis skapat tillräcklig förutsebarhet granskas. Frågeställningen kan därmed formuleras på detta vis:

1. Vad är ett kopplingsförbehåll?
2. Hur tillämpas rättsreglerna?
3. Hur utreds rekvisiten?
4. Tillämpas reglerna på ett godtagbart sätt speciellt med hänsyn till förutsebarheten?

1.2 Metod och Material

För att kunna besvara frågeställningen krävs att lagstiftning, praxis och doktrin studeras och analyseras. Uppsatsen redogör för rättsreglerna som är aktuella och granskar hur dessa tillämpas och tolkas. Det innebär att uppsatsen utgår från en rättsdogmatisk metod.³ Den doktrin som används är den jag bedömt vara mest relevant för frågeställningen och framstående på området.

De rättsfall som behandlas är valda eftersom de flitigt nämns i doktrin och har varit både viktiga för rättsutvecklingen och väckt stor uppmärksamhet. De viktigaste av dessa är målen Hilti, Tetra Pak II och Microsoft som får stort utrymme i uppsatsen. Dessa skapar särskilt bra underlag för diskussion och analys.

1.3 Avgränsningar

Jag har valt att enbart behandla kopplingsförbehåll vad gäller missbruk av dominerande ställning. Kopplingsförbehåll finns också reglerat vad gäller konkurrensbegränsande samarbeten mellan företag, men detta kommer inte

³ Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.): ”Juridisk metodlära”, upplaga ett, Studentlitteratur, Lund, 2013 s. 21 ff och 28.

beröras i denna uppsats då detta skulle göra ämnet allt för stort och svårhanterligt. Kombinationserbjudanden i ren eller blandad form kommer endast redovisas översiktligt av samma anledning.

Då svensk praxis i huvudsak saknas på området så är det uteslutande unionsrättslig praxis som berörs, denna är vägledande för svensk rätt.⁴

1.4 Disposition

Det andra avsnittet av uppsatsen redogör för lagstiftningen på området och de rekvisit som måste vara uppfyllda för att förfarandet ska vara otillåtet. Dessutom redogörs för de olika begrepp som förekommer i diskursen kring ämnet. Det tredje avsnittet behandlar praxis från EU-domstolen för att se hur lagstiftningen tillämpats över tid. Därefter kommer jag att analysera och diskutera tillämpningen och hur vissa bedömningar gjorts och hur dessa har förändrats.

1.5 Begrepp

Det förekommer flera olika begrepp i doktrin kring ämnet. De engelska begreppen *tying* och *bundling* förekommer även i svensk doktrin. Jag har valt att använda ordet kopplingsförbehåll som ett begrepp som täcker både *tying* och *bundling*. När det finns en poäng i att hålla dem åtskilda använder jag ordet kombinationserbjudande för att beteckna *bundling*.

⁴ Bernitz, s. 171

2. Allmänt om kopplingsförbehåll

För att kunna behandla kopplingsförbehåll krävs först en kortare genomgång av begreppet Missbruk av dominerande ställning och lagstiftningen om detta. Därefter behandlas lagstiftningen och begreppen kring kopplingsförbehåll.

2.1 Missbruk av dominerande ställning

Missbruk av dominerande ställning är ett konkurrensrättsligt begrepp som innebär att ett företag utnyttjar en dominerande ställning på en marknad för att hämma konkurrensen på densamma. Man utnyttjar alltså sin starka ställning på marknaden för att skada konkurrensförutsättningarna på marknaden.⁵

Missbruk av dominerande ställning regleras i svensk rätt i 2 kap. 7 § KL. Motsvarande reglering återfinns i art 102 FEUF. Denna artikel har direkt effekt och kan således tillämpas framför svensk rätt, varför den svenska regleringen i allt väsentlig är identisk med denna med några undantag. Tillämpningen av art 102 kräver att samhandeln påverkas och att företaget i fråga har en dominerande ställning inom en väsentlig del av den inre marknaden.⁶ I praxis har det framgått att delar av länder kan utgöra en väsentlig del, men även en större hamn eller flygplats kan normalt också betraktas som en sådan. Den svenska regleringen saknar samhandelsrekvisit och väsentlighetskrav vilket innebär att den även kan tillämpas inom mindre områden, till exempel då ett företag har ett lokalt monopol på en mindre ort.

Till skillnad från konkurrensbegränsande samarbeten mellan företag så är missbruk av dominerande ställning ett ensidigt handlande av ett företag eller en företagsgrupp. För att missbruk enligt 2 kap 7 § KL och 102 FEUF ska

⁵ Bernitz, s. 155 f.

⁶ *ibid.*

föreligga krävs alltså dels en dominerande ställning och dels ett konkurrensbegränsande missbruk av denna ställning.⁷ Det är alltså inget fel i sig att vara dominant på en marknad, det som är förbjudet är att missbruka en sådan ställning.

För att avgöra huruvida ett företag har en dominerande ställning krävs att den relevanta marknaden kan avgöras. Den relevanta marknaden brukar indelas i en produktmarknad och en geografisk marknad. När den relevanta marknaden fastställts måste en dominerande ställning på denna marknad fastställas. En dominerande ställning är en ekonomisk styrkeposition som möjliggör för ett företag att hindra effektiv konkurrens genom att man kan agera helt oberoende av sina konkurrenter och kunder. Förekomsten av konkurrens på en marknad innebär inte nödvändigtvis att ett företag inte kan inneha en dominerande ställning, det avgörande är att företaget har ett så starkt marknadsinflytande att dess möjligheter att agera inte begränsas effektivt av fungerande marknadskrafter.⁸

När bedömningen ska göras om huruvida ett företag har en dominerande ställning på en marknad ska dock marknadsandelen särskilt beaktas. Men en stor marknadsandel innebär inte automatiskt en dominerande ställning, utan man ska även beakta företagets finansiella och kunskapsmässiga styrka och konkurrenssituationen i övrigt på marknaden. Storleken på konkurrenterna och förutsättningarna för nya konkurrenskraftiga aktörer att etablera sig på marknaden är sådant som kan påverka bedömningen av konkurrenssituationen. Med detta sagt, om ett företag innehar en mycket stor andel av marknaden torde företaget regelmässigt anses vara dominerande, (65–80% eller mer).⁹

⁷ Bernitz, s. 155

⁸ Bernitz, s. 161

⁹ *ibid.*

2.2 Kopplingsförbehåll

Kopplingsförbehåll innebär att man binder en vara eller tjänst till köpet av en annan vara eller tjänst. På engelska används ordet *tying*, som kan översättas till bindning vilket kanske tydliggör att man binder en produkt till en annan.¹⁰ Typfallet är att en säljare som innehar en dominerande ställning har en attraktiv produkt som endast får köpas om man också förvärvar andra varor eller tjänster från säljaren, trots att köparen hade kunnat få dessa billigare eller bättre från annat håll.¹¹ På så vis utnyttjar man sin attraktiva produkt för att sälja andra varor eller tjänster. Konkurrensverket beskriver kopplingsförbehåll på detta vis:

”Kopplingsförbehåll innebär att en leverantör som villkor för försäljning av en bestämd produkt ställer att köparen även köper en annan separat produkt från leverantören eller en av honom namngiven säljare. Den första produkten kallas kopplande produkt och den andra kopplad produkt. Om kopplingsförbehållet inte är objektivt rättfärdigat med tanke på produktens egenskaper eller kommersiella ändamål, kan det vara fråga om missbruk av dominerande ställning.”¹²

Kopplingsförbehåll regleras i art 102 FEUF som innehåller en icke uttömmande lista på förfaranden som missbruk av dominerande ställning särskilt kan bestå i. Punkten D - vars exakta formulering återfinns även i 2 kap 7 § 2 st. KL - lyder:

”ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”

¹⁰ Bernitz, s. 171

¹¹ Bernitz, s. 171

¹² <https://www.kkv.fi/sv/information-och-anvisningar/konkurrensaren-den/konkurrensbegransningar/Missbruk-av-dominerande-stallning/olika-former-av-missbruk/ovriga-former/>

Vi kan alltså se att kopplingsförbehåll kan utgöra en form av missbruk av dominerande ställning som särskilt nämns i lagtexten. För att ett förbjudet kopplingsförbehåll ska anses föreligga krävs att fem rekvisit uppfylls, dessa är:

1. Att företaget innehar en dominerande ställning
2. Att de kopplade produkterna är två separata produkter
3. Att det finns ett mått av tvång för kunden
4. Att kopplingsförbehållet är kapabelt att ha en konkurrensbegränsande utestängningseffekt.¹³

Vart och ett av dessa kommer beröras närmare nedan.

Begreppen kopplande produkt eller marknad och kopplad produkt eller marknad förekommer frekvent i doktrin kring ämnet. Eftersom det ska röra sig om två separata produkter när det gäller kopplingsförbehåll handlar det också om två olika marknader.¹⁴ Den kopplande marknaden är marknaden för huvudprodukten och den kopplade är marknaden för produkten som binds till denna. Som vi senare kommer att se har det i praxis ansetts vara nog att ett företag är dominant på den kopplande marknaden för att ett förbjudet kopplingsförbehåll, och därmed missbruk av dominerande ställning, ska föreligga.¹⁵ Kopplingsförbehåll undantas enligt gruppundantagsförordningen när varken leverantörens marknadsandel på marknaden för den kopplade produkten eller på marknaden för den kopplande produkten eller köparens marknadsandel på de relevanta marknaderna i efterföljande led överstiger 30 %.¹⁶

¹³ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses

¹⁴ C-322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission

¹⁵ Se avsnitten Tetra Pak II och Hilti

¹⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, s. 218

2.3 Typer av kopplingsförbehåll

Kopplingsförbehåll kan vara teknik- eller avtalsbaserade. Om det rör sig om ett avtalsbaserat är det helt enkelt fråga om ett avtal som kräver köp av en annan produkt när en produkt köps. Men avtalsbaserade kopplingsförbehåll kan också handla om att man inte utfärdar eller upprätthåller en garanti om kunden inte använder den kopplade produkten med den kopplade produkten.¹⁷ Ett exempel på denna typ av kopplingsförbehåll kommer vi senare stöta på i målet Hilti.¹⁸ Ett teknikbaserat kopplingsförbehåll handlar istället om att den kopplade produkten är fysiskt integrerad i den kopplade produkten, på så vis att det är omöjligt att införskaffa den ena produkten utan den andra.¹⁹ Detta kommer vi titta närmare på genom målet Microsoft.²⁰

Ett angränsande fenomen som också ryms inom ramen för kopplingsförbehållsregleringen är kombinationserbudanden.²¹ Kombinationserbudanden förekommer i två former, rena och blandade. Med kopplingsförbehåll menas i regel att en kund som köper en produkt även tvingas köpa en annan produkt. Med rena kombinationserbudanden innebär att produkterna inte säljs var för sig utan endast tillsammans och utgör en bestämd andel av helheten. Blandade kombinationserbudanden kallas också för flerproduktsrabatter och innebär att produkter säljs med bättre villkor om dessa köps tillsammans än om de köpts separat.²² Fortsättningsvis i denna uppsats kommer alla dessa begrepp rymmas inom begreppet kopplingsförbehåll.

¹⁷ Whish, Richard & Bailey, David, *Competition law*, 8. ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, s 729

¹⁸ T-30/89 Hilti AG v Commission of the European Communities

¹⁹ Whish & Bailey, s. 729

²⁰ T- 201/04 Microsoft Corp. v Commission of the European Communities

²¹ Även kallat bundling i svensk doktrin

²² Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt: en handbok*, 5., [rev.] uppl., Karnov, Stockholm, 2014, s. 788

2.4 Anledningar till kopplingsförbehåll

En fråga som hittills inte behandlats är varför ett företag skulle vilja binda ihop sina produkter på det här sättet, vad finns det för fördelar som motiverar företag att agera på detta sätt? Företag som försvarat sig inför kommissionen och EU-domstolen har bland annat hävdats att det beror på att man vill garantera en viss kvalitet och skydda sitt rykte genom att deras produkt inte används med en tredjepartstillverkad produkt av sämre kvalitet.²³ Andra skäl som lyfts fram är säkerhet och framställningskostnader.²⁴ Microsoft som vi kommer läsa mer om senare menade att anledningen var att kunna erbjuda sina kunder en så komplett och innovativ produkt som möjligt.²⁵

En aspekt företagen av förklarliga skäl inte tar upp är den om att försvåra för, eller helt stänga ute, konkurrenter. Om ett företag har en attraktiv produkt kan man genom ett kopplingsförbehåll stänga ute andra företag från att tillverka och sälja reservdelar eller förbrukningsmaterial. Dessutom finns ofta ett syfte att genom avskärmning försvåra etablerings- och utvecklingsmöjligheter för konkurrenterna.²⁶ Ett av de stora problemen för konkurrensen med kopplingsförbehåll är att ett företag som är dominant på en marknad kan överföra denna dominans till en annan marknad, man använder dominansen på den kopplande marknaden som hävstång.²⁷

2.5 Tvång

För att bindningen av två produkter ska utgöra ett förbjudet kopplingsförbehåll krävs att kunden på något sätt tvingas att köpa den kopplade produkten. Det är alltså ofta fullt tillåtet för ett dominant företag att erbjuda köp av tjänster och produkter tillsammans så länge man också erbjuder dem att köpa dem separat.²⁸

²³ se Tetra Pak II

²⁴ se Hilti

²⁵ Se Microsoft

²⁶ Bernitz, s. 171

²⁷ Gölstam, Carl Martin, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Iustus, Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2007, Uppsala, 2007, s. 317

²⁸ Se Microsoft

Tvånget kan bestå i att företaget villkorar köpet av en produkt med en annan genom avtal, men också i att man inte ger kunderna någon möjlighet att köpa produkterna separat. Dessa är ganska klara exempel på tvång men även andra typer av ageranden har bedömts vara tvingande för kunderna.

Som jag konstaterat ovan är det ofta tillåtet att sälja produkter ihop så länge man också säljer dem separat. Detta kräver dock att man inte försöker förmå kunderna genom ett bättre pris eller bättre villkor att köpa dem tillsammans. Digital²⁹ fick kritik av kommissionen när man sålde två typer av produkter till ett mer fördelaktigt pris om dessa köptes tillsammans. Novo nordisk³⁰ och Hilti³¹ vägrade upprätthålla garantier om deras kopplade produkt inte användes ihop med sin kopplade produkt vilket inte godtogs av kommissionen.³² Att på detta sätt försöka förmå sina kunder att köpa båda produkterna är alltså också att betraktas som tvång.

2.6 Separata produkter

För att det ska vara fråga om ett kopplingsförbehåll krävs att det är två separata produkter som binds samman. Att avgöra vad som är separata produkter och inte delar av en enda produkt kan dock vara svårare att avgöra än man skulle kunna tro vid första anblick. Enligt art. 102(d) FEUF ska produkterna inte av sin natur eller av handelsbruk ha ett samband för att betraktas som separata.

Om vi tar exemplet en bil, så säljs en sådan med däck och ratt, så långt inget som kan betraktas som ett kopplingsförbehåll. Men vad gäller bilstereo eller backkamera är det inte längre helt klart. Men om vi tänker oss att den som

²⁹ Europeiska kommissionen, Pressmeddelande, IP/97/868

³⁰ Europeiska kommissionen, XXVke Rapporten om konkurrenspolitiken, 1996 s. 150 f.

³¹ Se Hilti

³² Competition law of the European Community, 5. ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, s. 863

köper bilen är tvingad att köpa sin försäkring av ett av försäljaren specificerat försäkringsbolag rör det sig säkerligen om ett kopplingsförbehåll.³³ Min uppfattning är att bilar säljs med däck och ratt hos de flesta återförsäljare, varför man kan anta att ett handelsbruk föreligger här. Det går kanske att hävda att bilar kräver däck och ratt av sin natur också, då det blir svårt att ta sig fram utan dem. Men vad gäller stereo och backkameror är det produkter som inte är lika självklara att få med i ett bilköp, varför läget blir lite mer osäkert. Att återförsäljaren skulle vilja kontrollera var ifrån kunden köper sin försäkring är något som har ett så pass löst samband med den kopplande produkten att vi kan med någorlunda säkerhet säga att det inte är tillåtet, om det inte skulle vara så att detta är en företeelse som går att betrakta som handelsbruk på just den här marknaden. När det rör sig om en helt ny produkt kan man givetvis inte se till handelsbruk och vad som har ett naturligt samband med produkten kan också vara svårt att utröna.

Kommissionen har på senare tid resonerat kring ett sätt att avgöra om två produkter är separata är att se huruvida en väsentlig mängd kunder skulle köpa den kopplande produkten utan att köpa den kopplade produkten från samma återförsäljare.³⁴ Vi ska titta närmare på när två produkter bedöms vara separata i nästa avsnitt.

2.7 Konkurrensbegränsande utestängande effekt

För att vara förbjudet måste bindningen av produkterna ha, eller vara kapabel att ha en konkurrensbegränsande utestängningseffekt. Vid utredning om huruvida en sådan föreligger ska förhållandena på marknaden och kundernas ställning bland annat beaktas. Effekten förväntas vara större när det är fråga om teknikbaserade förbehåll.³⁵ Denna del av bedömningen om ett kopplingsförbehåll föreligger har generellt fått lite utrymme i praxis, då

³³ Whish & Bailey, s. 733

³⁴ Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, punkt 51

³⁵ *ibid*, punkt 53

kopplingsförbehåll till sin natur ansetts ha en avskärmande eller utestängande effekt på marknaden.³⁶

2.8 Objektiva skäl

Även om de rekvisit vi har gått igenom ovan är uppfyllda, dvs. att ett företag i dominant ställning har bundit ihop två separata varor och det finns inslag av tvång för kunderna så kan förfarandet vara tillåtet om det kan objektivt rättfärdigas. Bevisbördan för att sådana skäl föreligger ligger på det dominanta företaget.³⁷

I Kommissionens vägledning³⁸ menade Kommissionen att kopplingsförbehåll kan vara berättigade om det objektivt sett finns fördelar med förfarandet till exempel vad gäller kostnaderna för framställning, leverans eller transaktion.³⁹ Vidare står att Kommissionen kan undersöka huruvida att kombinera två oberoende produkter till en ny enskild produkt kan förbättra möjligheterna att få en sådan produkt till marknaden till gagn för kunderna.⁴⁰ Det handlar alltså om effekthöjande effekter, såsom att det blir dyrare att tillverka eller leverera varorna separat. Vi återkommer till hur detta har tillämpats i praxis i avsnitten om Hilti och Microsoft.

³⁶ Se Hilti eller Tetra Pak II

³⁷ Whish & Bailey, s. 736

³⁸ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)

³⁹ Faull, Jonathan, Nikpay, Ali & Taylor, Deirdre (red.), Faull & Nikpay: the EU law of competition, 3. ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 371

⁴⁰ van Bael & Bellis, s. 865

3. Praxis

Tiden fram till 1990-talet präglades praxis från EG-domstolen av vad man i doktrin kallar det absoluta per se förbudet.⁴¹ Detta innebär att kopplingsförbehåll av dominerande företag generellt ansågs olagliga. Det räckte i princip med att ett dominant företag kopplade samman två produkter och att man kunde skönja en påverkan på handeln för att det skulle förbjudas. Två prominenta exempel från denna period är *British sugar* och *Télémarketing*.⁴²

3.1 Hilti

Hilti var en verktygstillverkare som bland annat sålde spikpistoler i byggbranschen.⁴³ Hiltis spikpistoler var skyddade av patent och det var även patronmagasinen som användes för att skjuta ut spikarna. Spikarna som avfyrades från magasinen var dock inte skyddade av patent och det fanns några mindre konkurrenter som tillverkade spikar som var kompatibla med spikpistolerna och patronmagasinen. Patronmagasinen och spikarna var alltså engångsvaror som behövdes bytas ut kontinuerligt. Hilti vidtog flera åtgärder för att se till att kunder köpte spik av dem och inte av någon konkurrent. Bland annat villkorades försäljningen av patronmagasinen med att köparen också köpte en motsvarande mängd spikar och man vägrade upprätthålla garantier om spikpistolerna används med andra än Hiltis egna spikar.

Hilti ansågs vara dominant trots att man endast hade en marknadsandel på 55%. Detta på grund av att man ansågs ha en större marknadsandel när det gällde marknaden för spik som var kompatibel med Hiltis spikpistoler. Dessutom ansågs man besitta tekniskt kunnande och kunde agera oberoende

⁴¹ Jones, Alison & Sufron, Brenda, *EU competition law: text, cases, and materials*, 6. ed., Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 369

⁴² Beslut 88/518 Napier Brown mot British Sugar och Mål 311/84 *Télémarketing* mot CLT

⁴³ T-30/89 *Hilti AG v Commission of the European Communities*

av konkurrenter på marknaden. Hilti menade att spikpistolerna, patronmagasinen och spikarna var en enda odelbar marknad. Kommissionen vars beslut senare fastställdes av domstolen menade dock att det var tre separata marknader och Hilti var dominant på alla tre.

Hilti menade att deras agerande var objektivt rättfärdigat med hänvisning till säkerheten krävde att Hiltis spikar användes och att spikarna tillverkade av andra var undermåliga. Man hänvisade också till olika påståenden om att tredjepartsspikar var osäkra. På så vis menade man att det var nödvändigt att Hilti såg till att kunderna använde Hiltis spikar för att inte skadas. Detta accepterades inte av domstolen som ansåg att Hilti inte hade närmat sig de behöriga myndigheterna för att uttrycka sin oro över säkerheten i dessa produkter. Vidare menade man att det inte är ett företag i dominerande ställnings roll att vidta åtgärder på eget initiativ för att eliminera produkter som man med rätta eller felaktigt anser är farliga eller sämre än sina egna produkter. Kommissionen menade att Hiltis agerande syftade till att motverka eller stänga ute konkurrenter från att etablera sig på marknaden och därför stred mot art 102 FEUF.

3.2 Tetra Pak II

Företaget Tetra Pak sålde maskiner för tillverkning av kartongförpackningar av förtärbara vätskor.⁴⁴ Köpet av maskinerna villkorades med att kunden också köpte kartongerna av Tetra Pak. Dessa kartonger fick endast köpas av Tetra Pak och detsamma gällde all reparation, alla reservdelar och förbrukningsmaterial.

Tetra Pak argumenterade för att man inte var dominant då den relevanta marknaden skulle anses inkludera alla förpackningar för flytande föda, vilket då skulle inkludera glasflaskor, plastflaskor, metallburkar, plastpåsar etc.

⁴⁴ T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities

Om marknaden bestämdes på ett sådant sätt skulle Tetra Paks marknadsandel vara mycket mindre än om man bedömde aseptiska eller icke-aseptiska som en eller två egna marknader (14 % kontra 78 eller 90 %). Kommissionen resonerade på så sätt att de olika förpackningarna var ämnade för olika saker och exemplifierade detta med att Tetra Paks kartonger inte är lämpliga att användas för kolsyrade drycker, något som andra typer av förpackningar är. Dessutom menade man att de olika förpackningarna inte är ekonomiskt utbytbara nog för att anses vara en och samma marknad. Kommissionen menade till och med att de relevanta marknaderna skulle delas upp i fyra delar: aseptiska maskiner, aseptiska kartonger, icke-aseptiska maskiner och icke-aseptiska kartonger.

Tetra Pak menade att maskinerna och kartongerna skulle ses som ett integrerat system och inte som två separata produkter. Om de ändå skulle anses vara två separata produkter skulle kopplingsförbehållet vara tillåtet då det är krävdes med hänsyn till teknik, säkerhet och för att upprätthålla Tetra Paks rykte. Kommissionen godtog inte detta och menade att försäljningen av kartonger inte hade något samband med målet för kontraktet, alltså att köpa maskinen.

Tetra Pak bedömdes alltså ha utnyttjat sin dominerande ställning för att försvåra för konkurrenter att etablera sig och bedriva effektiv konkurrens på marknaderna.

3.3 Microsoft

Microsoft hade en marknadsandel över 90% på marknaden för operativsystem.⁴⁵ Operativsystemet som Microsoft sålde — Windows — hade programmet Windows Media Player förinstallerat. Detta innebar att alla datorer som såldes med operativsystemet Windows också såldes med Windows media player som användes för att spela upp musik eller video. Kommissionen

⁴⁵ T- 201/04 Microsoft Corp. v Commission of the European Communities.

fann att Windows och Windows media player var två separata produkter samt att Microsoft använde sin dominans på marknaden för operativsystem som en hävstång på marknaden för mediaspelare.

Kommissionen ställde upp 4 krav som krävdes för att ett kopplingsförbehåll skulle strida mot art. 102 FEUF, dessa var:

1. Den kopplande och den kopplade produkten är två separata produkter
2. Företaget är dominant på den kopplande marknaden
3. Förfarandet tillåter inte att kunder köper den kopplande produkten utan att också köpa den kopplade produkten
4. Handlandet har en utestängande effekt på konkurrensen på marknaden

Som den fjärde punkten antyder lade kommissionen i det här fallet stor vikt vid hur handlandet faktiskt hade påverkat marknaden. Man tittade noggrant på vad förfarandet hade fått för följder. Eftersom Windows Media Player redan var förinstallerat på datorer som såldes med Windows hade det ett mer effektivt distributionssätt än konkurrenterna och var ständigt närvarande för kunderna. Detta ledde till att skapare och utvecklare i allt större utsträckning använde format som var till fördel för Windows Media Player och till nackdel för dess konkurrenter. Enligt kommissionen skulle detta leda till att marknaden tippa över till Windows Media Players fördel. Man menade här att detta inte skett än men att ingripa då tippningen redan skett skulle vara för sent och därför verkningslöst.

I det här fallet fann man att Microsofts agerande uppfyllde de fyra kraven och därför stred mot art. 102 FEUF. Microsoft dömdes att betala cirka 497 miljoner euro i böter men kommissionen beordrade också Microsoft att erbjuda sitt operativsystem i en version utan Windows Media Player så kunderna kunde välja en version med eller utan programmet. Microsoft fick inte på något sätt göra det fördelaktigare för kunder att köpa versionen där Windows Media Player ingick.

Som tidigare nämnts är detta fall ett exempel på ett teknikbaserat kopplingsförbehåll eftersom produkten Windows Media Player var integrerat i produkten Windows på så vis att det var omöjligt att köpa den ena utan att få den andra. Microsoft menade att förfarandet var objektivt rättfärdigt då kunder och programmerare förväntade sig ny och förbättrad funktionalitet. Vidare menade man att Kommissionens beslut att tvinga dem att erbjuda olika versioner av operativsystemet som saknade vissa funktioner skulle hämma möjligheterna till konkurrens på marknaden. Dessutom hävdade Microsoft att en enhetlig mediafunktionalitet på plattformen var fördelaktigt både för kunder och utvecklare.⁴⁶

EU-domstolen avfärdade Microsofts argument och menade att man fortfarande kunde utveckla sitt operativsystem så länge man även erbjöd en version utan vissa funktioner. Vidare slog man fast att Microsoft inte har rätt att förlita sig på det faktum att kopplingsförbehållet säkerställer en enhetlig närvaro av mediefunktionalitet i Windows eftersom detta är en av de främsta anledningarna till att kommissionen med rätta ansåg att förfarandet ledde till utestängning av konkurrerande mediaspelare. Med andra ord konstaterade man att de positiva effekterna av handlandet även leder till negativa effekter. Om den här regeln tillämpas i andra fall än Microsoft, tycks det inte innebära att kopplingsförbehåll aldrig kan rättfärdigas, eftersom det oavsett hur fördelaktigt det är för kunderna, kommer det alltid att ses som att bidra till den påstådda utestängningseffekten.⁴⁷

En stor fråga i målet var huruvida operativsystemet och mediaspelaren skulle anses vara två separata produkter eller ej. EU-domstolen noterade att när det gäller IT-industrin är den i konstant och snabb förändring vilket gör att produkter som anses vara separata kan senare komma att betraktas som en enda. Dessutom poängterade man att deras sak var att avgöra huruvida detta var fallet när klagan gjordes (1999) och inte vid tiden för avgörandet

⁴⁶ van Bael & Bellis, s. 866

⁴⁷ *ibid*, s. 867

(2007). Man menade också att det var skillnad på systemprogramvara, alltså själva operativsystemet och annan programvara såsom ordbehandlare eller mediaprogram. Man påpekade att det fanns konkurrenter på marknaden som tillhandahöll den kopplade produkten (mediaspelare) utan den kopplande produkten (operativsystem). Microsoft själva tillhandahöll Windows Media Player utan Windows till sina konkurrenters operativsystem. Bland annat på grund av detta ansågs det röra sig om två separata produkter.

4. Diskussion & Analys

Något som inledningsvis kan konstateras är att bedömningen av kopplingsförbehåll har förändrats över tid. Tiden fram till 1990-talet rådde det absoluta per se förbudet. Vilket betydde att kopplingsförbehåll som sådana ansågs vara förbjudna när det var fråga om ett dominant företag. Ingen närmare undersökning gjordes i hur förbehållet faktiskt påverkade marknaden. Man utgick ifrån att när ett dominant företag band ihop två separata varor var det automatiskt konkurrenshämmande och utestängande.

Om man tittar på resultaten av målen Hilti och Tetra Pak II inser man att egentligen hade inte mycket förändrats sedan det absoluta per se förbudet. Men kommissionen och domstolen gjorde åtminstone en mer ingående bedömning av de olika rekvisiten. I fallet Hilti var en stor fråga huruvida man faktiskt hade tvingat sina kunder att köpa spikarna, när man för vissa kunder bara vägrat upprätthålla en garanti. Detta ansågs utgöra en form av tvång vilket gjorde att reglerna fick ett ännu bredare tillämpningsområde. Man slog också fast att det inte var Hiltis roll att se till att förbrukningsvarorna var säkra eller höll en viss kvalitet. Detta resonemang återkom i Tetra Pak II där man ansåg att det inte var nog anledning att använda sig av ett kopplingsförbehåll för att upprätthålla sitt rykte. Marknadsdefinitionerna som gjordes i de två fallen fick också stor påverkan på utgången. Min uppfattning är att man gjorde sitt yttersta för att kunna konstatera att företagen var dominanta. I Hilti är uppdelningen mer logisk än i fallet Tetra Pak II där man delade marknaden i fyra olika delar.

Fallet Microsoft är intressant på en rad olika sätt. Till skillnad från Hilti och Tetra Pak II rör det sig i det här fallet om en mjukvara som säljs som en del av en annan mjukvara, alltså ingen faktiskt fysisk produkt. Detta ställer nya frågor om vad som kan betraktas vara separata produkter. Kommissionen har här formulerat en formel för hur dessa frågor ska bedömas genom de fyra stegen som beskrivs ovan. Dels tar man här in en effektbedömning för första gången.

Bedömningen i målet väcker många frågor för mig om vad som egentligen kan anses vara en del av en produkt och när en aspekt av en produkt anses vara en separat produkt. Windows Media Player är bara ett av flera program som fanns integrerat i de olika versionerna av Windows. Frågan är hur många program som kan brytas ut och anses vara separata produkter. I januari 2008 klagade företaget Opera Microsoft till kommissionen och menade att integrationen av webbläsaren Internet Explorer⁴⁸ i Windows på samma sätt som Windows Media Player utgjorde ett förbjudet kopplingsförbehåll. Kommissionen meddelade senare att man fått Microsoft att gå med på att erbjuda sina användare valmöjligheter vad gällde webbläsare. Microsoft tvingades dock betala böter om 561 euro för att man inte följt denna överenskommelse mellan maj 2011 och juli 2012.⁴⁹ Dessutom har Kommissionen nu gett sig efter Google och dess mobilplattform Android där webbläsaren Google Chrome finns förinstallerad.⁵⁰

Som tidigare konstaterats finns åtskilliga funktioner i de här operativsystemen som skulle kunna utsättas för samma behandling, och om det görs dessa kommer kunderna att få ordna mycket själva för att få ett funktionsdugligt operativsystem. Dessutom försvårare det för andra utvecklare på området när det inte är en enhetlig plattform där man kan utgå ifrån att användarna har viss programvara installerad. Gränsen mellan vad som utgör

⁴⁸ Numera Edge

⁴⁹ Whish & Bailey, s. 734

⁵⁰ Rapport från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén. COM(2016) 393 final

ett operativsystem och vad som är programvara är ytterst luddig enligt min uppfattning. Ett operativsystem är på många sätt en uppsättning av olika program och läget är nu oklart vilka program som är tillåtna att integrera.

Microsoft dock inte förbjudits att tillhandahålla ett komplett operativsystem så länge man också erbjuder sina kunder ett operativsystem utan dessa funktioner. Man skulle kunna fundera över hur många kunder som egentligen är intresserade av ett operativsystem som inte innehåller många funktioner som man förväntar sig. Därför kanske det i praktiken inte blir någon egentlig skillnad för kunderna, om de allra flesta ändå väljer versionen med flest funktioner.

Men frågan är om det verkligen hjälper kunderna i dessa fall. Viljan att köpa en mobiltelefon eller dator som saknar en så grundläggande funktion som internet eller möjligheten att spela upp filmer eller musik torde vara ganska sällsyn enligt min bedömning. Utvecklare av operativsystems mål bör vara att kunna leverera ett operativsystem som innehåller de mest grundläggande funktionerna som krävs för att vem som helst ska kunna använda en dator. Vad är egentligen en del av ett operativsystem? Om vi återgår till exemplet med bilen jag använde tidigare, är inte program del av ett operativsystem på samma sätt som en ratt eller däck är en del av en bil?

En annan fråga som bör lyftas är vilken förutsebarhet Microsoft eller företag i liknande situation kan ha i sådana situationer. Mål 60/81 IBM mot Kommissionen IBM Systems ansåg kommissionen att sälja centrala delarna av en dator tillsammans med minnesdelar och mjukvaruapplikationer utgjorde ett kopplingsförbehåll men att sälja datorer på detta vis blev en självklarhet i branschen kort därefter, vilket gjorde förfarandet tillåtet. EU-domstolen antyder i Microsoft-målet att bedömningen om produkterna ska anses vara separata hade kunnat få ett annorlunda utfall om den gjordes vid domstolfallet, vilket gör situationen svårförutsebar för företag som är liknande situationer. I en bransch som förändras så snabbt som IT-branschen blir det väldigt svårt för företagen att avgöra vid vilken tidpunkt ett förfarande är tillåtet eller otillåtet.

Objektivt rättfärdigat har i praxis i stort sett aldrig godtagits. De dominanta företagens försvar på den punkten diskuteras överhuvudtaget väldigt lite och Kommissionen eller domstolen konstaterar mest att argumenten inte godtas utan någon större utläggning om varför. I Hilti och Tetra Pak II konstateras detta bara, ingen närmare diskussion eller utredning finns att se. I Microsoft försöker Kommissionen beakta omständigheter som skulle kunna göra agerandet objektivt rättfärdigat. Man gör en effektbedömning och konstaterar att förfarandet är kapabelt att ha en utestängande effekt. Dock hävdar Tribunalen att detta var onödigt varför man kan konstatera att det inte skett någon förändring. Hade en effektbedömning gjorts angående Internet Explorer hade utfallet kunnat bli annorlunda då marknaden har flera mäktiga konkurrenter som dessutom växer sig allt större.⁵¹ Enligt min uppfattning slås det mer eller mindre fast att nackdelarna med kopplingsförbehåll är större än fördelarna utan att förklara närmare varför. Om det faktiskt hämmar utvecklingen eller gör det mindre fördelaktigt för kunder måste det ju finnas situationer när kopplingsförbehåll bör tillåtas. Att bedömningen görs på detta sätt skapar förvisso bättre förutsebarhet men frågan är om det i framtiden kommer att finnas en situation där de positiva delarna av ett kopplingsförbehåll bedöms vara så stora att de utväger de negativa.

Min slutsats är att bedömningen av huruvida rekvisiten är uppfyllda för ett förbjudet kopplingsförbehåll måste bli mer grundlig och nyanserad. I ljuset av Microsoftfallet är min uppfattning att det måste finnas en bättre förutsebarhet för företagen i vad som utgör separata produkter på framförallt mjukvaruområdet. Om målet är en effektiv konkurrens måste företagen tillåtas att sätta samman konkurrenskraftiga produkter som har de funktioner en kund vill ha. Även vad gäller kravet på en utestängande effekt bör en djupare undersökning göras om vilka följder ett förfarande har.

⁵¹ <http://gs.statcounter.com/browser-market-share>

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt. 1, Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar, 3. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

Competition law of the European Community, 5. ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010

Europeiska kommissionen, XXVke Rapporten om konkurrenspolitiken, 1996

Faull, Jonathan, Nikpay, Ali & Taylor, Deirdre (red.), Faull & Nikpay: the EU law of competition, 3. ed., Oxford University Press, Oxford, 2014

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

Jones, Alison & Sufron, Brenda, EU competition law: text, cases, and materials, 6. ed., Oxford University Press, Oxford, 2016

Karlsson, Johan & Östman, Marie, Konkurrensrätt: en handbok, 5., [rev.] uppl., Karnov, Stockholm, 2014

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.): ”Juridisk metodlära”, upplaga ett, Studentlitteratur, Lund, 2013 s. 21 ff och 28.

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

Elektroniska källor

Övriga former av missbruk av dominerande marknadsställning, hämtad 1/1-18 10.00

<https://www.kkv.fi/sv/information-och-anvisningar/konkurrensarenden/konkurrensbegransningar/Missbruk-av-dominerande-stallning/olika-former-av-missbruk/ovriga-former/>

Rättsfallsförteckning

C-322/81 NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission

T-30/89 Hilti AG v Commission of the European Communities

T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities

T-201/04 Microsoft Corp. v Commission of the European Communities.

Beslut 88/518 Napier Brown mot British Sugar

Mål 311/84 Télémarketing mot CLT

Mål 60/81 IBM mot Kommissionen IBM Systems

Dokument från EU

Europeiska kommissionen, Pressmeddelande, IP/97/868

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

Kommissionens tilläggsriktlinjer för vertikala begränsningar i avtal om försäljning och reparation av motorfordon och om återförsäljning av reservdelar till motorfordon, EUT 2010 C 138/05.

Rapport från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén. COM(2016) 393 final

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