



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Caroline Vartia

Bedömningen av
kopplingsförbehålls exkluderande
effekter inom EU

Examensarbete
30 högskolepoäng

Katarina Olsson

Konkurrensrätt

Termin 9

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	4
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod och material	5
1.5 Disposition	5
2 MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING, ARTIKEL 82	7
2.1 Kopplingsförbehåll - en form av missbruk av dominerande ställning	7
2.2 Artikel 82 och dess kriterier	7
2.3 Missbruk av dominerande ställning	8
3 ALLMÄNT OM KOPPLINGSFÖRBEHÅLL	10
3.1 Olika former av kopplingsförbehåll	10
3.2 Varför använder sig företag av kopplingsförbehåll?	11
3.3 Hur olika produkter och tjänster kan kopplas samman	11
3.3.1 Koppling mellan en produkt och dess accessoar	11
3.3.2 Koppling med en kompletterande produkt	12
3.3.3 Koppling av produkter i samma produktgrupp	12
3.3.4 Koppling mellan en produkt och en relaterad service	12
3.3.5 Koppling av samma produkt på olika geografiska marknader	13
4 NÄR ANSES ETT KOPPLINGSFÖRBEHÅLL UTGÖRA ETT MISSBRUK AV DOMINERANDE STÄLLNING?	14

4.1	Introduktion	14
4.2	Dominant ställning på marknaden för huvudprodukten	14
4.3	Koppling mellan två distinkt skiljda produkter	15
4.4	Tvång att förvärva de båda produkterna eller tjänsterna tillsammans	16
4.5	Krav på konkurrenshämmande effekt på marknaden för tilläggsprodukten	17
4.6	Försvar om objektiva skäl	18
5	VILKA EFFEKTER KAN ETT KOPPLINGSFÖRBEHÅLL HA?	20
5.1	Negativa effekter	20
5.1.1	Utökande av monopolistiskt inflytande	20
5.1.2	Uteslutande av konkurrenter och resande av inträdeshinder	21
5.1.3	Prisdiskriminering	22
5.2	Affärsmässiga funktioner och andra positiva effekter av kopplingsförbehåll	23
5.2.1	Upprätthållande av kvalitetsnormer	23
5.2.2	Alternativ metod att erhålla meterprissättning	23
5.2.3	Blandad buntning leder ofta till effektivitetshöjande fördelar	24
5.3	Sammanfattning	25
6	TIDIGARE BEDÖMNINGAR AV KOPPLINGSFÖRBEHÅLL INOM EU	26
6.1	Per se förbud och rule of reason	26
6.2	De tidigaste fallen av kopplingsförbehåll – en fientlig inställning	26
6.3	1980-talet, det <i>absoluta per se</i> förbudet initieras	28
6.4	1990-talet, ett <i>modifierat per se</i> förbud tillämpas	30
6.4.1	<i>Per se</i> bedömningen håller i sig	30
6.4.2	Rättfärdigande av kopplingsförbehåll	34
6.4.3	En möjlig ekonomisk förklaring till kopplingsförbehåll	35
6.4.4	Kravet på marknadsstyrka tas mer seriöst	35
6.5	En mer effektbaserad analys börjar tillämpas	36
6.5.1	Van den Bergh-målet	36
6.5.2	Microsoft-målet	37
6.6	Sammanfattning och slutsatser	41

7	HUR BÖR ETT FRAMTIDA TEST INOM EU SE UT?	43
7.1	Inledning	43
7.2	Ett <i>ostrukturerat rule of reason</i> test	44
7.3	Ett mer <i>strukturerat rule of reason</i> test	45
7.4	Ett <i>modifierat legalitets per se</i> test	48
7.5	Kommissionens diskussionspapper	49
7.6	Sammanfattning och slutsatser	51
8	SAMMANFATTNING	52
8.1	De ekonomiska synpunkterna	52
8.2	Tidigare bedömningar inom EU	52
8.3	Val av framtida test	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	58

Summary

The aim of this master thesis has been to investigate how abusive tying and bundling should be looked upon within EC law. The aim has been to reconsider the concept of abusive bundling in the light of recent economic theory within the EU and also to provide the reader with information about those future tests that the doctrine is reconsidering.

Recent economic theories clearly show that bundling and tying can have both positive and negative effects on the market. Therefore it is important to look at all the effects when dealing with a tying or bundling case. The anti-competitive effects should then be balanced with the pro-competitive effects in order to see if the tying should be legal or not.

During the last forty years EC law has been reconsidering its way of dealing with tying and bundling cases. In the earliest cases the Commission took a highly formalistic approach because of the leveraging concern. During the 80's a general *per se* ban was used against bundling, and market dominance necessary for a successful leveraging was easily assumed. In the 1990s the formal decisions and judgements changed into a *modified per se* ban since potential justifications were accepted as well as possible economic explanations for bundling. The requirement of market power is also taken more seriously.

With the turn of the century, EC law seems to have adopted a test that comes close to an effect-based analysis. In the Microsoft case the Commission articulated a test for assessing technical bundling and contractual tying for the first time. One of the requirements in this test is that the tying arrangements must foreclose competition. This test is going in the right direction, however, when compared to recent economic theories it is not modern enough. Within the legal literature there is a debate going on discussing what a future test should look like. This thesis presents three different tests, proposed by the doctrine, an *unstructured rule of reason* test, a *structured rule of reason* test and a *modified per se legality* test. The author of this thesis finally comes to the conclusion that the *structured rule of reason* test would be the preferred test among the presented ones.

Sammanfattning

Syftet med uppsatsen har varit att titta på hur kopplingsförbehåll, som utgör missbruk av dominerande ställning, bör bedömas i ljuset av de ekonomiska teorier som lagts fram på senare år. Annorlunda uttryckt har syftet varit att utröna hur en moderniserad bedömning av kopplingsförbehålls exkluderande effekter bör se ut inom EU.

De ekonomiska teorierna visar klart och tydligt att kopplingsförbehåll kan ha både positiva och negativa effekter för marknaden, därför är det viktigt att alla effekter undersöks vid en bedömning. Därefter bör de konkurrenshämmande effekterna vägas mot de effektivitetshöjande fördelarna för att se vilken som väger tyngst. Väger de effektivitetshöjande effekterna tyngst bör kopplingsförbehållet godkännas och tvärtom.

Bedömningen av kopplingsförbehåll inom EU har genomgått en stor förändring under de senaste fyrtio åren. Till en början skedde en mycket formalistisk bedömning, där rädslan för att företaget utfört kopplingsförbehållet i syfte att utöka sin dominerande ställning från en marknad till en annan gjorde att många kopplingsförbehåll förbjöds utan någon mer ingående undersökning. På 1980-talet användes ett *absolut per se* förbud, och någon noggrann analys av om det aktuella företaget innehade en dominerande ställning genomfördes fortfarande inte. På 1990-talet öppnar EG-rätten för första gången upp för att bakomliggande ekonomiska skäl och andra objektiva rättfärdiganden skall beaktas vid bedömningen. Det godtas också att det kan finnas skäl som kan överväga de skadliga effekterna och leda till att kopplingsförbehållet godkänns. Företagens marknadsstyrka börjar också undersökas mer noggrant. Under 2000-talets första år har bedömningen av kopplingsförbehåll inom EU tagit en alltmer effektbaserad form. I Microsoft-målet stipulerar Kommissionen och Förstainstansrätten för första gången ett test att använda vid bedömningen av kontraktuella kopplingsförbehåll eller teknisk buntning. Som en del av testet krävs det att kopplingsförbehållet skall ha en utestängande effekt på konkurrensen. Detta test ligger till viss del i linje med vad de ekonomiska teorierna anser att kopplingsförbehåll har för effekter på konkurrensen och marknaden, dock anses inte testet modernt nog. Inom doktrinen debatteras det därför hur ett framtida test bör se ut. I uppsatsen presenteras tre förslag, ett *ostrukturerat rule of reason* test, ett *strukturerat rule of reason* test samt ett *modifierat legalitets per se* test. Författaren av uppsatsen anser att det bästa testet vore ett *strukturerat rule of reason* test.

Förkortningar

EG
EU
WMP

Europeiska Gemenskapen
Europeiska Unionen
Windows Media Player

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Bedömningen av kopplingsförbehåll har sedan en tid diskuterats i doktrinen och av Kommissionen. Under 1970-talet togs de första fallen av kopplingsförbehåll upp till bedömning inom EU. Bedömningen på den tiden, liksom det kommande decenniet, präglades av en stel bedömning där någon utredning om kopplingsförbehållens effekter inte företogs, ett s.k. *per se* förbud. Med tiden kom bedömningen alltmer att likna en bedömning enligt *rule of reason* som förekommer i USA. I en sådan bedömning analyseras de effekter som ett kopplingsförbehåll kan tänkas ha, såväl negativa som positiva. Effekterna vägs sedan mot varandra i syfte att fastställa vilken som väger tyngst. Om de positiva effekterna väger över godkänns kopplingsförbehållet och vice versa.

När målet mot *Microsoft* avslutades hösten 2007, stod det klart att EU:s Förstainstansrätt i stort sett höll med Kommissionen i dess beslut från 2004. Beslutet skiljde sig mycket från tidigare bedömningar av kopplingsförbehåll inom EU. För första gången gav Kommissionen explicit uttryck för ett test att använda vid bedömningen av teknisk buntning och kontraktuella kopplingsförbehåll. Sista punkten i testet kräver att kopplingsförbehållet skall ha en utestängande effekt på konkurrensen. Ett sådant krav har inte tidigare varit en del av bedömningen av kopplingsförbehåll inom EU. Eftersom en sådan bedömning kräver att positiva och negativa effekter av kopplingsförbehållet analyseras och sedermera vägs samman, tog bedömningen ett steg i riktningen mot en mer effektbaserad analys, dvs. ett steg åt en bedömning enligt *rule of reason*. *Microsoft*-målet var dock inte ett klassiskt fall av kopplingsförbehåll eftersom *Microsoft* inte hindrade konsumenterna från att använda tredjemans mediaspelare med dess operativsystem. Det kan vara så att Kommissionen och Förstainstansen därmed ansåg att det var extra viktigt att kunna visa på utestängande effekt. Frågan är nu om detta test sträcker sig tillräckligt långt för att en rättvis bedömning av kopplingsförbehåll skall anses föreligga, eller bör testet utvecklas ännu mer?

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen har varit att utröna hur kopplingsförbehåll, som en form av missbruk av dominerande ställning, bedömts inom EU, samt hur de bör undersökas i framtiden för att ge en rättvisande och modern bedömning avseende deras exkluderande effekter. För att utröna detta har jag studerat

ekonomiska teorier, tidigare praxis samt de framåtblickande förslag på framtida test som kommit från Kommissionen och doktrinen.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar de kopplingsförbehåll som utgör ett missbruk av dominerande ställning, dvs. de som strider mot artikel 82.

Kopplingsförbehåll som har bedömts enligt artikel 81 har därför i stort sett uteslutits. Kapitel 6 innehåller dock vissa mål som hänför sig till artikel 81. Dessa mål visar hur bedömningen av kopplingsförbehåll har utvecklats och därför har författaren valt att ha med dessa. Vidare begränsar sig uppsatsen till att enbart omfatta de mål som förekommit inom EU. En komparativ analys med USA ligger utanför den här uppsatsens syfte. De ekonomiska teorier som presenteras har förenklats något för att passa uppsatsens huvudsakliga publik. Det ekonomiska kapitlet är endast till för att översiktligt illustrera vilka tänkbara effekter ett kopplingsförbehåll kan ha. Jag gör således inget anspråk på att ge en heltäckande och ingående bild av hur alla de teorier och subteorier som finns inom litteraturen ser ut.

Uppsatsen förutsätter slutligen ett visst mått av grundläggande kunskaper inom EU:s konkurrensrätt. Endast en översiktlig genomgång av artikel 82 kommer att ges, främst för att placera in kopplingsförbehållen på rätt plats i det konkurrensrättsliga rummet.

1.4 Metod och material

Den metod som använts är den klassiska, rättsdogmatiska, metoden. Jag har tagit min utgångspunkt i rättskällehierarkins början och startat med att titta på artikel 82. Vidare har praxis systematiskt gått igenom i syfte att se hur utvecklingen har sett ut inom EU. Ekonomisk litteratur avsedd för jurister har ingående studerats i ett försök att utröna vilka effekter kopplingsförbehåll kan ha på marknaden. Diskussionspapper från EU har analyserats och slutligen har doktrinen förslag på framtida test granskats. Genomgången av detta material har sedan utmynnats i den analys som uppsatsen bygger på och som avslutas med mina egna kommentarer och åsikter.

1.5 Disposition

I uppsatsens kapitel 2 ges en översiktlig genomgång av artikel 82 och kopplingsförbehåll som en form av missbruk av dominerande ställning redogörs. I kapitel 3 ges allmän information om kopplingsförbehåll, vilka olika former det finns, varför de används, samt hur de kan genomföras i

praktiken. I kapitel 4 redogörs för *när* kopplingsförbehåll anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning. I kapitel 5 redovisas de huvudsakliga ekonomiska teorierna som finns på området i syfte att illustrera de effekter som ett kopplingsförbehåll kan tänkas ha. Därefter följer en genomgång av praxis inom EU på området för att se hur bedömningen av kopplingsförbehåll har utvecklats. Kapitel 7 presenterar några av de förslag på framtida test som framlagts inom doktrinen, likaså återges Kommissionens diskussionspapper om hur artikel 82 skall tillämpas på exkluderande beteenden. Avslutningsvis sammanfattar författaren uppsatsen och ger samtidigt sina egna kommentarer i det åttonde och sista kapitlet.

2 Missbruk av dominerande ställning, artikel 82

2.1 Kopplingsförbehåll - en form av missbruk av dominerande ställning

Inom EG-rättens konkurrensrätt regleras kopplingsförbehåll på flera ställen. Kopplingsförbehåll kan anses utgöra ett konkurrensbegränsande avtal enligt artikel 81 men kan också utgöra en form av missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82. Hädanefter kommer tillämpningen av artikel 82, dvs. kopplingsförbehåll som en form av missbruk av dominerande ställning, att belysas.

Vad är då ett kopplingsförbehåll? På konkurrensverkets hemsida finns en ordlista som definierar olika konkurrensrättsliga termer. I denna lista definieras kopplingsförbehåll på följande sätt:

”Ett exempel på kopplingsförbehåll är om en köpare, för att få köpa en produkt, tvingas köpa även en annan produkt eller tjänst som han annars inte skulle vilja ha. Finns det ett naturligt samband mellan tilläggsprodukten och huvudprodukten kan kopplingen vara tillåten. I allmänhet accepteras bara kopplingar som är motiverade av starka tekniska eller kvalitetsmässiga skäl. Ett kopplingsförbehåll är när en tillverkare eller leverantör av något slag kopplar samman en produkt med en annan produkt utan att de har ett egentligt samband med varandra”.¹

Längre fram i uppsatsen kommer en mer ingående förklaring att ges till olika typer av kopplingsförbehåll och när kopplingsförbehåll kan tänkas användas. Här följer först en översiktlig genomgång av artikel 82.

2.2 Artikel 82 och dess kriterier

Artikel 82 reglerar hur monopol och höga marknadsandelar bland företag skall behandlas. Det strider inte mot artikel 82 att inneha en dominerande ställning på en marknad, däremot att missbruka en sådan ställning. Missbrukandet av den dominerande ställningen skall i sådana fall påverka handeln mellan medlemsstaterna.² Vid bedömningen av om artikeln är tillämplig eller inte måste fyra element beaktas. Till att börja med måste den

¹ http://www.konkurrensverket.se/t/Page___680.aspx

² Jones och Sufrin, *EC Competition Law: Text, cases and materials*, s. 294.

relevanta marknaden ringas in och definieras. Som ett andra steg behöver det undersökas om företaget är *dominant* på den relevanta marknaden eller inte. Efter att en dominant ställning kunnat konstateras behöver det undersökas om företaget har *missbrukat* sin dominanta position på den relevanta marknaden. Skulle detta också konstateras kan företaget eller företagen ändå undkomma sanktioner om de kan visa på ett *objektivt skäl* till varför de företog kopplingsförbehållet.³

Artikeln innehåller också en lista med exempel på beteenden som normalt sett är att betrakta som missbrukande beteenden då de företas av ett företag i en dominant position. I punkten (d) finns kopplingsförbehåll med som ett sådant exempel. Det är viktigt att komma ihåg att denna lista inte på något sätt är uttömmande.⁴

Vid bedömningen av den *relevanta marknaden* tittar man först på den relevanta produktmarknaden, och därefter den geografiska marknaden och om resultatet är av temporär eller permanent karaktär. Vad gäller den *dominerande* ställningen tittar man främst på om företaget innehar en ekonomisk styrka som ger företaget möjlighet att förhindra upprätthållande av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att företaget har kunnat uppträda oberoende av konkurrenter och konsumenter.⁵ Marknadsandelen är en viktig del vid bedömningen av företagets marknadsstyrka, men även andra faktorer vägs in.⁶ Vid bedömningen av om *missbruk* av den dominerande ställningen föreläggas, kan den nyss nämnda listan i artikelns andra stycke ge viss vägledning. Ett kopplingsförbehåll är inte att betrakta som ett missbruk om det kan rättfärdigas pga. *objektiva skäl*. Ett sådant skäl, och troligen också det mest uppenbara, är att kopplingsförbehållet har effektivitetshöjande effekter, t.ex. i form av att det skulle kosta mer att producera eller distribuera de sammankopplade produkterna självständigt.⁷ Nästa steg är att titta närmre på missbruksbegreppet eftersom det är här kopplingsförbehållen gör entré.

2.3 Missbruk av dominerande ställning

År 2005 utkom Kommissionen med ett diskussionspapper om artikel 82:s tillämplighet på exkluderande beteenden.⁸ I detta diskussionspapper

³ a. a., s. 294.

⁴ Det finns mycket att förkovra sig i vad gäller dessa rekvisit och den exemplifierande listan. Bedömningen av artikelns tillämplighet och den exemplifierande listans innehåll hamnar dock utanför denna uppsats syfte, därför hänvisas den intresserade läsaren till den standardverk som behandlar EU:s konkurrensrätt och som återfinns i källförteckningen.

⁵ Mål 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV mot Kommissionen* [1978] ECR s. 207, punkt 65.

⁶ Westin, *Europeisk konkurrensrätt*, s. 130f.

⁷ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 371, punkt 4.253.

⁸ DG Discussion Paper on the Application of article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses.

definieras exkluderande missbruk såsom ett beteende av ett dominant företag som med all sannolikhet kan tänkas ha en utestängande effekt på konkurrensen. Missbruket kan bestå i att det delvis eller till fullo kommer att hindra vinstgivande expansion i, eller i anslutning till en marknad för faktiska eller potentiella konkurrenter, vilket i slutändan kommer att skada konsumenterna.⁹ En utestängning kan hämma lusten till inträde eller expansion bland konkurrenterna på marknaden, eller uppmuntra dessa till ett utträde från marknaden.¹⁰ Man skiljer således *exploaterande* beteenden från *exkluderande* beteenden.

Kopplingsförbehåll definieras som en form av exkluderande beteende och behandlas därför i Kommissionens diskussionspapper. Längre fram i uppsatsen kommer vi ha anledning att återvända till diskussionspappret för att titta närmre på dess innehåll. Artikel 82 innehar som sagt en exemplifierande lista på beteenden som anses konstituera ett missbruk om företaget som företar handlingen innehar en dominant ställning. Kopplingsförbehållen återfinns i denna listas sista punkt, punkten (d). Härnäst följer en redogörelse för vad ett kopplingsförbehåll är för något, vilka olika typer det finns och hur kopplingsförbehåll praktiskt kan genomföras.

⁹ a. a., s. 4.

¹⁰ a. a., s. 4

3 Allmänt om kopplingsförbehåll

3.1 Olika former av kopplingsförbehåll

Man brukar skilja mellan tre olika former av kopplingsförbehåll. Den första typen brukar på engelska kallas *tying*, i den här uppsatsen har jag översatt *tying* till *kopplingsförbehåll*. Kopplingsförbehåll uppstår då en produkt (produkt X) endast görs tillgänglig genom ett köp av en annan produkt (produkt Y). Säljaren villkorar således köp av objekt X med ett förvärv av objekt Y. Observera dock att Y fortfarande kan köpas separat. I det här fallet anses Y vara huvudprodukten, medan X är tilläggsprodukten.¹¹

Den andra typen brukar på engelska kallas för *bundling* eller ibland *pure bundling*, vilket i denna uppsats översatts till *buntning*. Buntning uppstår då produkterna endast kan köpas tillsammans.¹²

Slutligen finns det även en form av *mixed bundling* eller *blandad buntning*, där produkt X och produkt Y går att förvärva var och en för sig, men där priset blir betydligt fördelaktigare vid köp av båda produkterna.¹³ Vad gäller terminologin i denna uppsats kommer, för enkelhetens skull, begreppet "kopplingsförbehåll" motsvara alla dessa former såvida inget annat uttryckligen anges.

Tabellen¹⁴ nedan är till för att illustrera skillnaderna mellan de tre olika formerna av kopplingsförbehåll.

Figur 1

	De alternativ en köpare har
Kopplingsförbehåll	X + Y Y
Buntning/Ren buntning	X + Y
Blandad buntning	X + Y X Y

¹¹ Bishop och Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s. 209.

¹² Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, s. 294.

¹³ a. a., s. 294.

¹⁴ Tabellen är hämtad och översatt till svenska ifrån Bishop och Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s. 210.

Produkter kan också vara kopplade på ett fysiskt sätt, t.ex. på ett tekniskt sätt, så att köparen förvärvar de båda produkterna i ett gemensamt system. Den juridiska gränsdragningsfråga som då uppkommer rör vilka objekt som tekniskt sett kan eller bör säljas tillsammans enligt kommersiellt bruk.¹⁵

3.2 Varför använder sig företag av kopplingsförbehåll?

Varför använder då företag sig av kopplingsförbehåll? Kopplingsförbehåll kan exempelvis användas för att ett företag skall försäkra sig om att deras komplexa produkter används tillsammans med en kompatibel produkt, som företaget med säkerhet vet är anpassad till deras komplexa produkt. Detta för att skydda företagets och produkternas rykte. Ett kopplingsförbehåll kan också användas för att mäta en viss användning av en produkt för att kunna ta ut royalty. Ett annat syfte är att säkra att återförsäljare innehar hela sortimentet av produkter. Likaså kan stordriftsfördelar uppnås om två produkter produceras eller distribueras tillsammans. Mindre smickrande syften är exempelvis att försöka exkludera mindre företag från marknaden.¹⁶

3.3 Hur olika produkter och tjänster kan kopplas samman

3.3.1 Koppling mellan en produkt och dess accessoar

Hur kan ett kopplingsförbehåll se ut i praktiken? Hur kan olika produkter och tjänster kopplas samman? Ett kopplingsförbehåll kan innebära varje tänkbar kombination av kopplingar mellan separata produkter och tjänster. Här följer de vanligaste kombinationerna.

De flesta målen från EU:s praxis rör fall där en produkt kopplas samman med en accessoar som krävs för att produkten skall kunna fungera. *Hilti-*, *Tetra Pak II-* och *Novo nordisk*-målen¹⁷ är alla exempel på sådana kopplingar. I mål som dessa är det viktigt att analysera om marknaden för

¹⁵ Gölstam, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, s. 294.

¹⁶ Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, s. 165 ff.

¹⁷ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439; Mål T-83/91 *Tetra Pak International (Tetra Pak II) mot Kommissionen* [1994] ECR II-755; European Commission, XXVIth Report on Competition Policy [1996] punkt. 35.

accessoaren är en relevant marknad för sig, i sådana fall ligger kopplingsförbehållet i farozonen.¹⁸

3.3.2 Kopplig med en kompletterande produkt

Ett kopplingsförbehåll kan sammanlänka två produkter som är komplement till varandra, dvs. två produkter som är tänkta att användas tillsammans. I *Windsurfing-målet*¹⁹, som visserligen är ett mål som behandlar artikel 81 men som ändå är relevant för frågan, fann Kommissionen och sedermera EG-domstolen att försäljningen av vindsurfingbrädor och segel ihop konstituerade ett kopplingsförbehåll. I mål som dessa aktualiseras oftast frågan om inte det annars konkurrenshämmande kopplingsförbehållet kan ”läkas” av det faktum att kopplingen frambringar en effektivisering av distributionen, vilket i sådana fall anses vara en form av objektivt rättfärdigande.²⁰ Detta har vi anledning att återkomma till längre fram i uppsatsen.

3.3.3 Koppling av produkter i samma produktgrupp

I vissa fall sammankopplas produkter ur samma produktgrupp. I *Hoffman-La Roche*²¹ ansåg Kommissionen att ett beteende som gick ut på att ge specifika rabatter till kunder som köpte hela utbudet av de vitaminer som det dominanta företaget tillverkade, skulle förbjudas. Om sådana rabatter inte kan rättfärdigas av ekonomiska skäl, som att det exempelvis reducerar produktionskostnaden är det i allmänhet ett förbjudet kopplingsförbehåll enligt artikel 82.

3.3.4 Koppling mellan en produkt och en relaterad service

Vissa företag säljer bara en produkt om kunden också köper en relaterad service från bolaget, t.ex. att reservdelar endast säljs om företaget samtidigt får utföra reparationen.²² Ett exempel från praxis är målet *British Sugar*²³ där företaget i vissa situationer endast gick med på att sälja socker under förutsättning att de också fick transportera sockret till den slutliga stationen.

¹⁸ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 372, punkt 4.258.

¹⁹ Mål 193/83 *Windsurfing International Inc. mot Kommissionen* [1986] ECR 611.

²⁰ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 372, punkt 4.259.

²¹ Mål 85/76 *Hoffman-La Roche and Co. AG mot Kommissionen* [1979] ECR 461.

²² Faully och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 373, punkt 4.261.

²³ Beslut 88/518 *Napier Brown mot British Sugar* [1998] OJ L284/41.

3.3.5 Koppling av samma produkt på olika geografiska marknader

Ett kopplingsförbehåll behöver inte bara involvera olika produktmarknader det kan också involvera olika geografiska marknader för samma produkt. I *IRI/Nielsen*²⁴ fann Kommissionen att Nielsen hade missbrukat sin dominant position av sin service att leta upp återförsäljare, genom att de gav rabatter i utbyte mot att kunden gav utfästelse om att använda sig av deras service i flera olika länder. I vissa av dessa länder var Nielsen den enda leverantören av sådana tjänster, men i vissa andra länder försökte IRI ta sig in på marknaden. Nielsens hindrade på så sätt IRI att etablera sig i Europa.

Nu vet vi vad ett kopplingsförbehåll är för något, vilka olika typer det finns, varför kopplingsförbehåll används samt hur de kan konstitueras. Nästa steg blir således att undersöka när kopplingsförbehåll anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning. Den frågan kommer nästa kapitel att belysa.

²⁴ European Commission, XXVIth Report on Competition Policy, s. 36.

4 När anses ett kopplingsförbehåll utgöra ett missbruk av dominerande ställning?

4.1 Introduktion

För att ett kopplingsförbehåll skall anses utgöra ett missbruk av dominerande ställning krävs, enligt den bedömning som sker idag, att fyra element uppfylls. För det första skall företaget inneha en dominerande ställning på marknaden för huvudprodukten, den sammankopplade produkten. För det andra krävs det att de båda sammankopplade produkterna utgör två distinkt skiljda produkter. Vidare skall det föreligga ett tvång för kunderna att förvärva de båda produkterna tillsammans, kopplingsförbehållet skall också ha en konkurrenshämmande effekt på marknaden för tilläggsprodukten, dvs. den tillkopplade produkten. Slutligen kan ett annars olagligt kopplingsförbehåll rättfärdigas om ett objektiva skäl föreligger såsom effektivitetsskäl.

4.2 Dominant ställning på marknaden för huvudprodukten

Generellt sett kan endast ett företag som innehar en dominant ställning på marknaden för huvudprodukten genomföra ett kopplingsförbehåll på ett framgångsrikt sätt. På samma sätt kan ett företag endast lyckas få konsumenterna att köpa två distinkt skiljda produkter tillsammans om köparna är beroende av företaget för leveransen för en av dessa produkter. I annat fall skulle de som konsumerar dessa produkter bara vända sig till andra leverantörer.²⁵

²⁵ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 369 punkt 4.241.

4.3 Koppling mellan två distinkt skiljda produkter

Ett kopplingsförbehåll föreligger per definition när ett dominant företag tvingar sina kunder att köpa två distinkt skiljda produkter eller tjänster tillsammans. För att kunna bevisa att ett kopplingsförbehåll har förelegat är det därför nödvändigt att kunna visa att de båda produkterna eller tjänsterna är distinkta och således skiljer sig ifrån varandra. Det är inte alltid så lätt att fastslå. I litteraturen illustreras denna svårighet med frågan om en bil och dess däck är att se som en eller två olika produkter.²⁶ Enligt artikel 82 fastslås det antingen genom en undersökning av produkternas natur eller genom en undersökning av om de normalt sett, inom branschen, säljs tillsammans. Dessa två kriterier kommer i de flesta fall att utvisa om produkterna eller tjänsterna är att anse som två distinkt skiljda produkter eller om de skall ses som en produkt. Dessa kriterier har länge ansetts tillräckliga för EG-domstolen och Förstainsrätten för att de skall kunna göra en korrekt bedömning.²⁷ I *Tetra Pak II*²⁸ fann domstolen att de paketeringsmaskiner och paketeringsmaterial som användes i maskinen, var två separata produkter som inte till sin natur var sammankopplade och som därigenom, utan problem, kunde tillverkas och säljas var och en för sig.²⁹

I vissa fall, exempelvis i de som rör produkter som precis kommit ut på marknaden, är produktens natur och kommersiella bruk inte till så stor hjälp. Att bestämma huruvida en ny produkt skall anses vara en distinkt skiljd produkt eller om dess enheter utgör en enskild enhet blir snarare en retorisk fråga, speciellt eftersom det inte finns något kommersiellt bruk att titta på. I dessa fall byter analysen karaktär till att istället försöka fastställa om det objektivt sett är korrekt att sälja produkterna tillsammans. Alternativt kan en framåtblickande analys tillämpas där frågan blir om det är troligt att de företag som opererar på marknaden kommer att sälja produkterna tillsammans av effektivitetsskäl.³⁰

Det måste också tas hänsyn till att en slutsats om att två produkter som tidigare ansetts utgöra två distinkt skiljda produkter, kan förändras med tiden. Det som i ett speciellt teknologiskt skede kan anses utgöra två separata produkter kan i ett annat skede anses utgöra en enskild, integrerad, produkt. Ett bra exempel på detta är IBM Systems 370-målet³¹ där Kommissionen ansåg att en försäljning av centrala delar av en dator tillsammans med minnesdelar och grundläggande mjukvaruapplikationer,

²⁶ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 369 punkt. 4.242.

²⁷ a.a., s. 369 not 4.243.

²⁸ Mål T-83/91 *Tetra Pak International (Tetra Pak II)* mot *Kommissionen* [1994] ECR II-755.

²⁹ a. a., punkt 82.

³⁰ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 370 punkt 4.244.

³¹ Mål 60/81 *IBM* mot *Kommissionen* [1981] ECR 2639. Se också det amerikanska Microsoft-målet rörande huruvida en integrering av internet med operativsystemet Windows, som konstituerade ett kopplingsförbehåll, *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir.)

utgjorde ett illegalt kopplingsförbehåll. Strax därefter blev det inom datorbranschen kutym att sälja dessa komponenter gemensamt. Artikel 82 skall i fall som dessa användas med mycket stor försiktighet så att användandet av den inte hindrar den teknologiska utvecklingen genom att integrering av produkter förbjuds. Frågan om teknisk integrering uppstod också i Kommissionens beslut och senare i Förstainstansen domslut i *Microsoft*-målet.³² Microsoft argumenterade att dess mediaspelare (WMP) var en integrerad del av dess operativsystem och inte en distinkt skiljd produkt från Windows. Kommissionen liksom Förstainstansrätten avvisade dock detta argument eftersom marknaden fortfarande, fyra år efter att Microsoft hade börjat koppla samman produkterna, tillhandahöll mediaspelare som inte var bundna till något operativsystem.³³

4.4 Tvång att förvärva de båda produkterna eller tjänsterna tillsammans

Det tredje element som måste uppfyllas är att det måste föreligga ett tvång att förvärva de båda produkterna eller tjänsterna tillsammans. Detta framställs som ett extra allvarligt fall av missbruk. Alla företag, även ett dominant, har rätt att sälja en eller flera produkter eller tjänster tillsammans, missbruk uppstår först då kunderna till det dominanta företaget tvingas köpa de två sammankopplade produkter mot sin vilja.

Det finns olika grader av tvång. Den mest extrema graden är att uppställa som villkor för att ett köp av produkt Y överhuvudtaget skall genomföras, att kunden även köper den tillkopplade produkten X. Kravet kan antingen finnas inbyggt i kontraktet mellan det dominanta företaget och kunden (vilket var fallet i *Tetra Pak II*-målet³⁴) eller i kontraktet mellan det dominanta företaget och dess distributörer (vilket skedde i *Windsurfing*-målet³⁵). Kravet kan också framställas de facto av det dominanta företaget, dvs. företaget kommer inte sälja produkt A om inte kunderna också köper produkt B (vilket Hilti gjorde i *Hilti*-målet³⁶).³⁷ Alla dessa former utgör således en form av buntning eftersom kunden inte kan förvärva någon av produkterna annat än genom att köpa de tillsammans.

³² COMP C-3/37.792 *Microsoft* den 24 maj 2004, Mål T-201/04 *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*.

³³ Mål T-201/04 *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*, punkt 928.

³⁴ Mål T-83/91 *Tetra Pak International (Tetra Pak II)* mot *Kommissionen* [1994] ECR II-755.

³⁵ Mål 193/83 *Windsurfing International* mot *Kommissionen* [1986] ECR 611.

³⁶ Mål T-30/89 *Hilti AG* mot *Kommissionen* [1991] ECR II-1439.

³⁷ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 370 punkt 4.248.

En annan form av tvång är att dra tillbaka vissa förmåner för de kunder som inte köper de båda produkterna tillsammans. Det mest uppenbara exemplet är då företag drar tillbaka en garanti på en produkt om inte kunderna använder reservdelar eller accessoarer från samma leverantör. I *Novo-Nordisk*³⁸ fränsade en tillverkare av insulinpennor sig allt ansvar för pennans funktion om den användes med andra delar, såsom engångsnålar, från företagets konkurrenter.³⁹ Detta är således ett exempel på blandad buntning.

En annan grad av tvång kan också uttryckas genom prisincitament. Ett dominant företag kan reducera rabatter till kunder som köper produkterna separat, vilket skedde i *Hilti*-målet⁴⁰ eller utöka rabatterna för de kunder som köper både huvudprodukten och tilläggsprodukten, vilket var fallet i *Hoffman-La Roche*.⁴¹ Om prisincitamenten är så starka att ingen rationell kund skulle välja att köpa produkterna separat rör det sig återigen om en form av blandad buntning.⁴²

4.5 Krav på konkurrenshämmande effekt på marknaden för tilläggsprodukten

För att ett kopplingsförbehåll eller en buntning skall kunna utgöra ett missbruk måste kopplingen ha en effekt, eller tänkas ge en effekt, som är hämmande för konkurrensen på marknaden för tilläggsprodukten. Så är fallet om kopplingsförbehållet har en utestängande effekt för leverantörer av tilläggsprodukten. Detta är resultatet endast då majoriteten av kunderna till tilläggsprodukten också är kunder till huvudprodukten. Om så inte skulle vara fallet kommer leverantörerna av tilläggsprodukten kunna stanna kvar på marknaden för att sälja produkterna till de kunder som inte är i behov av huvudprodukten.⁴³

I *Hilti*-målet⁴⁴ var kopplingsförbehållet, enligt domstolens bedömning, tänkt att hindra självständiga spiktillverkares inträde på marknaden. Spikarna som dessa självständiga tillverkare tillverkade var kompatibla med de Hiltis spikar och fungerade med Hiltis bultpistol. Hilti försökte hindra deras inträde på marknaden genom att koppla samman försäljningen av sina spikar med försäljningen av sina patroner. Eftersom de flesta köpare av Hiltis spikar även köpte patronerna, kunde Hilti skörda framgång med sitt kopplingsförbehåll. Denna framgång ansågs ha en utestängande effekt för

³⁸ European Commission, XXVIth Report on Competition Policy [1996] punkt. 35.

³⁹ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 370 punkt 4.249.

⁴⁰ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439.

⁴¹ Mål 85/76 *Hoffman-La Roche Co. AG mot Kommissionen* [1979] ECR 461.

⁴² Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 371 punkt 4.250.

⁴³ a.a., s. 371 punkt 4.251.

⁴⁴ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439.

självständiga spiktillverkare, varpå kopplingsförbehållet ansågs stå i strid med artikel 82.⁴⁵

I *Microsoft*-målet⁴⁶ ansåg Kommissionen att Microsoft genom sin koppling av WMP stängt ute konkurrensen på marknaden för mediaspelare, vilket inte möjliggjorde för de konkurrerande mediaspelarna att matcha den garanterade närvaron av det förinstallerade WMP. Kommissionen, liksom Förstainstansrätten ansåg att detta gav WMP ett markant övertag i konkurrensrättsligt hänseende vilket hade en skadlig effekt på konkurrensens struktur, samt gav upphov till inträdesbarriärer och hämmade innovationsglädjen till skada för konsumenterna.⁴⁷

4.6 Försvar om objektiva skäl

Skulle alla de rekvisit som nu gått igenom anses uppfyllda, kan ett kopplingsförbehåll ändå undkomma att klassificeras som ett missbruk om svaranden lyckas visa att det finns ett objektiva rättfärdigande som legitimerar kopplingsförbehållets existens. Ett exempel på ett sådant skäl, och troligen också det mest uppenbara, är att kopplingsförbehållet har effektivitetshöjande effekter, dvs. att det skulle vara mer kostsamt att producera eller distribuera de sammankopplade produkterna självständigt. Ett exempel på en produktionseffektivitet är att integrera olika komponenter i en dator till en endaste enhet. Ett exempel på distributionseffektivitet är att sälja de produkter ihop, som de flesta kunderna ändå skulle köpa tillsammans, som t.ex. höger och vänster sko, vilket skulle spara in på kostnader såsom förpackning och lager.⁴⁸ Andra tänkbara rättfärdiganden kan relatera till en garanti av kvalitet och säkerhet på produkten. Ett kopplingsförbehåll kan hjälpa en tillverkare att tillgodose kvaliteten av alla de delar av ett system som de tillhandahåller och kunna garantera funktionen på hela systemet. I de fall där detta rättfärdigande har aktualiserats⁴⁹ har Kommissionen sammanfattat rättsläget som att användningen av delar tillverkade av tredje part inte skulle skada systemen i fråga och att kopplingsförbehållet därmed inte skulle anses objektiva rättfärdigat.

Ett kopplingsförbehåll skall endast rättfärdigas om kopplingsförbehållet utgör det minst restriktiva sättet att säkra kvaliteten på den sålda varan.⁵⁰

⁴⁵ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439, punkt 125.

⁴⁶ COMP C-3/37.792 *Microsoft* den 24 maj 2004.

⁴⁷ Mål T-201/04 R *Microsoft Corp. mot Kommissionen*, punkt 1042.

⁴⁸ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 371 punkt 4.253.

⁴⁹ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439 och *Tetra Pak International (Tetra Pak II)* mot *Kommissionen* [1994] ECR II-755 och *Novo Nordisk*, European Commission, XXVIth Report on Competition Policy [1996] s. 35.

⁵⁰ Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 372 punkt 4.255.

I *Hilti*-målet⁵¹ markerade Kommissionen att ett selektivt distributionssystem skulle vara en mindre restriktiv form av att kunna försäkra sig om att deras produkter såldes tillsammans med en lämplig komponent.

Förstainstansrätten tillade att det definitivt inte var ett dominant företags uppgift att ta sådana initiativ för att eliminera produkter som de själva ansåg farliga eller, åtminstone av sämre kvalitet än deras egna produkter, när det finns nationella produktansvarslagar som tillhandahåller straffsanktioner.⁵²

Förstainstansrätten upprepade sedan detta konstaterande i *Tetra Pak II* då de konstaterade att även om användningen av en kartong från ett annat märke i Tetra Paks maskiner involverade en risk är det upp till Tetra Pak att använda de möjligheter som uppställs i den nationella lagstiftningen i varje medlemsstat.⁵³

⁵¹ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439.

⁵² Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439, punkt 118.

⁵³ Mål T-83/91 *Tetra Pak International (Tetra Pak II) mot Kommissionen* [1991] ECR II-755, punkt 139.

5 Vilka effekter kan ett kopplingsförbehåll ha?

5.1 Negativa effekter

5.1.1 Utökande av monopolistiskt inflytande

Det klassiska argumentet mot kopplingsförbehåll går ut på att det utökar området för ekonomiskt inflytande från en produkt till en annan. Denna rädsla har präglat många av rättsfallen inom EU, vilket vi kommer se längre fram i uppsatsen. Oron ligger i att ett företag som innehar monopol på huvudmarknaden, genom ett kopplingsförbehåll skall kunna föra över sin marknadsstyrka till tilläggsmarknaden och därigenom öka priserna.⁵⁴ Detta är den s.k. leverageteorin. Rädslan ligger i att monopolisten genom kopplingsförbehållet skall kunna överföra sin marknadsstyrka till tilläggsmarknaden på ett icke konkurrensmässigt sätt. Avsikten kan också vara att skydda sin position på huvudmarknaden.

När man pratar om utökning av marknadsstyrka är det viktigt att man skiljer på direkt och indirekt överföring av marknadsstyrka. Direkt utökning fokuserar på att överföra marknadsstyrka från huvudmarknaden till tilläggsmarknaden genom att neka konsumenterna möjligheten att köpa någon eller endast en av produkterna på självständig basis. Samma effekt skulle kunna uppnås genom att ta ut högre pris för den individuella produkten än för de sammankopplade produkterna tillsammans. Indirekt utökning däremot fokuserar på legaliteten av kopplingsförbehållet i sig självt. Priset på de sammankopplade produkterna är ofta rabatterade i jämförelse med det vad det skulle kosta att köpa produkterna var och en för sig. Resultatet av detta skulle kunna bli att prissättningen på de sammankopplade produkterna blir så lågt att det skulle kunna vara olagligt i konkurrensrätten såsom underprissättning eller prispressning.⁵⁵ Direkt utökning kan i sin tur delas in i två kategorier: utökning av marknadsstyrka på kort sikt och utökning på lång sikt. Ett företag med dominant marknadsställning kan genomföra en utökning av marknadsstyrka på kort sikt för att genast utöka sin marknadsstyrka på huvudmarknaden till tilläggsmarknaden. Konkurrensrätten fokuserar på den omedelbara möjligheten för företaget att höja priset för tilläggsprodukten. Även i de fall som en omedelbar höjning av priset på tilläggsprodukten inte är möjlig kan kopplingsförbehåll leda till utökning av marknadsstyrka på lång sikt. Genom att koppla samman de båda marknaderna kan företaget höja inträdeshindren på tilläggsmarknaden och därigenom stänga den marknaden.

⁵⁴ Bishop och Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s. 210.

⁵⁵ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law; A Critical Assessment*, s. 298.

På så sätt kan de utöka sin dominanta position på huvudmarknaden till tilläggsmarknaden. Syftet kan också vara att skydda sin position på huvudmarknaden.

Leverageteorin har kritiserats av den s.k. Chicagoskolan som menar att kopplingsförbehåll snarare leder till prisdiskriminering, vilket inte nödvändigtvis är skadligt.⁵⁶ Enligt Chicagoskolans kritik kan inte en monopolist ta ut mer än en bestämd summa i monopolistisk vinst. När ett monopol föreligger är en varas pris normalt sett högre, men vid en viss nivå minskar vinsten vid prishöjningar till följd av minskad försäljning.⁵⁷ Chicagoskolan menar att leverageteorin bygger på ett dubbelberäkande av monopolet. Om säljaren redan tagit ut det fulla värdet vid avtalet, har han inget intresse av att tvinga köparen att förvärva något utöver detta. Tvingas köparen betala för ytterligare en vara, ökar kundens kostnader i den mån nyttan med den ytterligare varan understiger priset för denna. För monopolisten får detta samma effekt som en prishöjning, nämligen fallande försäljning och minskad vinst. Säljaren kan därför inte öka sin totala vinst genom att sälja tillägsprodukten dyrt och har därmed inget ekonomiskt intresse av att utöka sin monopolistiska ställning till denna.⁵⁸

Chicagoskolan har i sin tur mött kritik från ekonomer som betecknas som Post-Chicago. De kritiserar Chicagoskolans tendens att generalisera kopplingsförbehållens effekter och menar på att de mycket väl kan vara konkurrensbegränsande. Vidare menar de att Chicagoskolans tes bygger på två starka antaganden nämligen antagandet om att marknaden för tillägsprodukten är konkurrensutsatt och att de två produkterna används i fasta proportioner.⁵⁹ I kapitel 6 kommer praxis från EU att gå igenom och där kommer det visa sig att den s.k. leverageteorin haft ganska stor genomslagskraft på bedömningen av de tidigaste målen.

5.1.2 Uteslutande av konkurrenter och resande av inträdeshinder

Det kan också tänkas att kopplingsförbehåll används för att utesluta konkurrenter och höja inträdeshindren på en marknad. Om ett företag innehar ett monopol på en produkt kan denne genom ett kopplingsförbehåll utvidga monopolet även till andra varor. Det kommer då att bli svårt för en potentiell konkurrent att ta sig in på marknaden eftersom han tvingas verka på båda marknaderna för att kunna konkurrera.⁶⁰

⁵⁶ Bishop och Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s. 212.

⁵⁷ Gölstam, *Licensavtalet och Konkurrensrätten*, s. 315.

⁵⁸ a.a. s. 315.

⁵⁹ Teoretiska exempel av denna kritik presenteras i Bishop och Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s. 211.

⁶⁰ Gölstam, *Licensavtalet och Konkurrensrätten*, s. 317.

Denna teori avvisas även den av Chicagoskolan, som menar på att teorin är en variant av samma misstag som framfördes i leverageteorin. De menar att det inte finns något intresse i att resa inträdeshinder om det inte är möjligt att göra monopolvinster, och föreligger monopolställning på ett område är det inte möjligt att utöka den ställningen till ett annat område.⁶¹

Post-Chicago är dock av en annan synpunkt. De har vidareutvecklat teorin om att kopplingsförbehåll kan skapa inträdeshinder och utesluta konkurrenter. Skillnaden mellan Chicagoskolan och Post-Chicago är dock att Post-Chicagos ekonomer inte definierar inträdeshinder lika smalt som Chicagoskolan gör. Resultatet blir därför att kopplingsförbehåll visst kan försvåra inträde på marknaden, eftersom inträdeshinder definieras på ett bredare sätt. En annan viktig skiljelinje består i synen av möjligheten att begränsa konkurrensen med hjälp av exkluderande beteende. Chicagoskolans företrädare är skeptiska till om konkurrensen försämras av åtgärder som underprissättning, medan andra ekonomer menar att exkluderande beteenden skadar konsumentnyttan.⁶²

Enligt Chicagoskolan lönar det sig inte att använda kopplingsförbehåll för att utesluta konkurrenter, eftersom det inte är möjligt att utöka den monopolistiska vinsten. Även om det inte skulle löna sig att utnyttja kopplingsförbehåll i konkurrensbegränsande syfte, är det inte säkert att beslutsfattare på företaget genomskådar det. Det kan också vara så att vinstmaximering inte alltid är det primära målet. Företagsledningarna kan vara beredda att byta vinst mot ökad storlek på företaget.⁶³ En slutsats skulle kunna vara att även om ett exkluderande beteende i form av ett kopplingsförbehåll inte skadar konkurrensen i ett kortsiktigt ekonomiskt effektivitetsperspektiv, kan det ändå få negativa konsekvenser på lång sikt om konkurrensrätten inte hindrar exkluderande beteenden.⁶⁴ Risken att bli utsatt för sådana åtgärder kan verka avskräckande på mindre företag, varpå de väljer att inte ta upp konkurrensen med större företag. Det skulle på lång sikt få negativa konsekvenser.

5.1.3 Prisdiskriminering

Chicagoskolans tes utmynnade bl.a. i att kopplingsförbehåll inte syftade till utökning av monopolistiska vinster utan snarare till prisdiskriminering.⁶⁵ De menar på att kopplingsförbehåll ger effektivitetsvinster och menar att företag företar kopplingsförbehåll för att sänka transaktionskostnader, reducera distributionskostnader, och försäkra sig om produktens kvalitet. Dessutom tillåter kopplingsförbehåll prisdiskriminering. Sedan slutet av 1950-talet har det varit allmänt känt att om konsumenterna använder en

⁶¹ Bork, *The Antitrust Paradox*, s. 374.

⁶² Gölstam, *Licensavtalet och Konkurrensrätten*, s. 318.

⁶³ a. a., s. 319.

⁶⁴ a. a., s. 319.

⁶⁵ Bishop och Walker, *The Economics of EC Competition Law*, s. 211.

produkt på ett mer eller mindre intensivt sätt, kan leverantören av den produkten kategorisera användarna efter hur mycket de använder produkten. Genom att göra det kan ett företag reda ut hur mycket användarna är beredda att betala, och därigenom få dem att betala så mycket för att få ut en så stor vinst som möjligt.⁶⁶ Huruvida sådan prisdiskriminering är till skada för konkurrensen är oklart.

5.2 Affärsmässiga funktioner och andra postiva effekter av kopplingsförbehåll

5.2.1 Upprätthållande av kvalitetsnormer

Kopplingsförbehåll kan även ha positiva effekter. Företag kan exempelvis använda sig av kopplingsförbehåll för att försäkra sig om att huvudproduktens funktion garanteras. Dock har det vid tillämpning av artikel 82 visat sig att ett sådant åberopande inte ansetts ha tillräcklig tyngd för att undgå att betraktas som ett missbruk av dominerande ställning.⁶⁷

Man kan också tänka sig att kopplingsförbehåll riktas mot tredje man för att upprätthålla produktens och företagets renommé. Om komplicerade produkter arbetar tillsammans med andra komplexa produkter kan det skada försäljningen om det uppstår problem och köparen inte förstår varifallet ligger. Under sådana omständigheter kan det därför anses rationellt att koppla samman produkterna. Det här sker oftast på högteknologiska marknader såsom marknaden för mjukvaror. Det är dock viktigt att poängtera att en koppling som syftar till att skydda produktens renommé och/eller som beror på produkternas komplexa och kompletterande natur troligtvis inte vinner framgång vid en eventuell tvist inom EU. I vart fall inte om man tar vägledning från de fall som tidigare behandlats. Återigen hänvisas läsaren till kapitel 6 där *Tetra Pak II*- och *Hilti*-målen är goda exempel på detta.

5.2.2 Alternativ metod att erhålla meterprissättning

När Chicagoskolan kritiserade leverageteorin ansåg de också att kopplingsförbehåll bl.a. kan användas som metod för att erhålla royaltyn.

⁶⁶ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 302.

⁶⁷ Gölstam *Licensavtalet och Konkurrensrätten*, s. 325 f. I kapitel 6 redogörs *Hilti*- och *Tetra Pak II*-målen där denna frågeställning aktualiserades

Enligt detta synsätt kan kopplingsförbehåll ses som en form av meterprissättning. Meterprissättning innebär, att den som utnyttjar en maskin får betala för varje tillfälle och att det finns en mätare som registrerar hur mycket maskinen används. Om användaren tillverkar produkter med hjälp av maskinen, kan ägaren på detta sätt få ett mått på vad som tillverkas och säljs, vilket kan utgöra grunden då royalty skall debiteras. Tanken är att ett kopplingsförbehåll skall kunna fungera på samma sätt. Om en licenstagare är skyldig att köpa de varor som används för produktion hos licensgivaren, kan detta få motsvarande effekter som om royaltybetalning krävdes med meterprissättning som grund. Meterprissättning fungerar således som en form av prisdiskriminering mellan kunder, som är olika mycket benägna att använda den sålda produkten. Låganvändarna betalar då mindre och de mer intensiva användarna betalar mer. Prisdiskrimineringen behöver inte nödvändigtvis leda till negativa effekter utan kan mycket väl höja effektiviteten. Genom att en bredare efterfrågan tillgodoses kan konsumentnyttan öka.⁶⁸ Meterprissättning i form av kopplingsförbehåll har inte godtagits inom EG-rätten. Frågan har uppkommit vid bedömningen av artikel 81.⁶⁹ Generellt sett ligger svårigheten i att kunna visa när meterprissättning varit ett avgörande motiv för användningen av ett kopplingsförbehåll, och kritik som riktats mot målen har därför oftast berört den delen. En annan svårighet är att samma resultat ofta kunnat uppnås om företaget i fråga tagit ut hög royalty för patentanvändningen men sedan levererat produkten som krävdes för användningen av patentet gratis. Det blir därmed svårt att motivera kopplingsförbehållet.

5.2.3 Blandad buntning leder ofta till effektivitetshöjande fördelar

Enligt många av författarna inom doktrinen anses s.k. blandad buntning leda till lägre priser och ökad produktion, vilket gynnar alla aktörer.⁷⁰ Då två produkter kompletterar varandra kan priset på de båda produkterna tillsammans bli lägre än om de såldes var och en för sig. Att två produkter kompletterar varandra innebär helt enkelt att då mer säljs av X kommer även mer av Y att efterfrågas. En reduktion av priset på X kommer att öka efterfrågan inte bara på X utan även på Y. Kommissionen har dock än så länge inte visat sig helt övertygade av fördelarna med blandad buntning.⁷¹

⁶⁸ Bishop och Walker *The Economics of EC Competition Law*, s. 212.

⁶⁹ Se bl.a. Beslut 79/86/EEC, *H. Vaessen BV mot Moris och Alex Moris pvba* [1979] L19/32 samt Beslut 85/410/EEC, *Velcro SA mot Aplix SA*, [1985] OJ L233/22. Beslutet i Vaessen mot Moris har bl.a. kritiserats av Lidgard i *Licensavtal i EU*.

⁷⁰ Se bl.a. Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law*, s. 166f samt Bishop och Walker *The Economics of EC Competition Law*, s. 214.

⁷¹ Se bl.a. Mål T-203/01 *Michelin mot Kommissionen* [2003] ECR II-4071 som handlade om prisdiskriminering. EG-domstolen uttalade här att ett sådant system kunde tänkas vara accepterat, några fördelar nämndes dock inte angående systemet.

5.3 Sammanfattning

För att sammanfatta de olika teorierna kan man kortfattat säga att den klassiska tanken vilar på att kopplingsförbehåll skulle kunna utöka ett monopolistiskt inflytande från en marknad till en annan. Chicagoskolan kom sedermera att kritisera denna teori och menade att kopplingsförbehåll har effektivitetsvinster i form av exempelvis sänkta transaktionskostnader, reducering av distributionskostnader och att det kan säkra en produkts kvalitet. Post-Chicago lyckades dock visa att konkurrenshämmande effekter visst kan bli resultatet av ett kopplingsförbehåll. Kontentan av detta blir således att kopplingsförbehåll kan ha både negativa och positiva effekter på konkurrensen. Det i sin tur medför att omständigheterna i varje enskilt fall bör undersökas noggrant för att man skall kunna fastställa om kopplingsförbehållet varit till skada eller nytta. Det är också viktigt att kunna fastslå vilken avsikt som förelåg från början. Ett viktigt element i en sådan fastställelse är dokumenterade bevis på exkluderande avsikter. Saknas övertygande effektivitetsargument skall det tas som ett bevis på att kopplingsförbehåll har företagits med ett mer konkurrenshämmande motiv.⁷² Eftersom den ekonomiska litteraturen tydligt visar att kopplingsförbehåll kan ha både negativa och positiva effekter bör konkurrensrätten följaktligen ställa sig öppen inför sådana förklaringar. Nästa kapitel visar att så inte alltid varit fallet.

⁷² Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 304.

6 Tidigare bedömningar av kopplingsförbehåll inom EU

6.1 Per se förbud och rule of reason

I detta kapitel skall praxis från EU gås igenom. Den diskussion som föreligger inom doktrinen är om EU genom åren rört sig från att bedöma kopplingsförbehåll genom ett s.k. *absolut per se* förbud, till en bedömning enligt *rule of reason*, eller i vart fall ett *modifierat per se* förbud.

Ett *absolut per se* förbud innebär att kopplingsförbehållet automatiskt anses olagligt. En individuell bedömning av de enskilda omständigheterna av fallet företas inte i någon nämnvärd utsträckning.

Motsatsen till ett *absolut per se* förbud är en bedömning enligt *rule of reason*. Samtliga omständigheter i fallet beaktas då för att avgöra om kopplingsförbehållet är olagligt. Konkurrenshämmande effekter undersöks liksom affärsmässiga skäl och andra effektivitetshöjande effekter. Dessa effekter vägs sedan samman för att se vilken av effekterna som väger tyngst. Det existerar också ett *modifierat per se* förbud som har vissa inslag av *rule of reason*.

I USA har utvecklingen gått ifrån ett *absolut per se* förbud till en *modifierad per se* bedömning. Vissa inslag av *rule of reason* finns även i deras rättspraxis. Låt oss nu titta på hur utvecklingen gått inom EU. Vilken bedömning appliceras av Kommissionen och EG-domstolen? Nedan följer några av alla de mål som tagits upp till bedömning. Målen kan röra såväl artikel 81 som artikel 82. Användningen av artikel 81 motiveras av att orosmomentet kring leverageteorin är detsamma i båda artiklarna. Artikel 81 har dessutom redan blivit reformerad till att förespråka ett mer effektbaserat synsätt. Artikeln bör därför kunna ge betydande tips på hur en utveckling och modernisering av missbrukstestet i artikel 82 kan komma att se ut.

6.2 De tidigaste fallen av kopplingsförbehåll – en fientlig inställning

Framtill 1970-talet hade EU knappt brytt sig om beteenden som involverade kopplingsförbehåll. De första målen berör artikel 81 men kommer ändå översiktligt att återges här eftersom de har relevans för den fortsatta utvecklingen.

I de tidigaste målen tog Kommissionen en högst formalistisk syn. Varje restriktion i någon överenskommelse ansågs strida mot EG-rätten utan någon närmre förklaring till varför och utan att visa de faktiska effekterna som restriktionen kunde ha.

De tidiga fallen rörde ofta licensieringsavtal och rädslan för utökande av monopolistiskt inflytande verkar vara av avgörande betydelse för de analyser som skedde inom EU. Målet mellan *Vaessen och Moris*⁷³ är ett viktigt fall som också rör artikel 81. Mr Moris var en belgisk patentinnehavare av en tillverkningsdel för produktion av köttkorvar. Han var också den huvudsakliga aktieägaren i ALMO, ett företag som producerade och sålde syntetiska korvskinn till korvar. Hans patent täckte dock inte dessa korvskinn. Mr Moris gav ALMO en licens så att de kunde använda sig av hans patent på produktionsdelen. ALMO sublicensierade i sin tur till andra belgiska korvtillverkare. Dessa företag hade tillåtelse att använda Moris patent utan kostnad under förutsättning att de köpte alla sina korvskinn från ALMO. Vaessen, en holländsk konkurrent till ALMO fick svårigheter att träda in på marknaden eftersom korvtillverkarna var så starkt bundna till ALMO. Kommissionen fann då att kopplingsförbehållet hindrade de sublicensierade företagen att få leveranser från andra företag, vilka kunde vara mer fördelaktiga.⁷⁴ Kopplingsförbehållet ansågs utgöra:

”an unlawful extension by contractual means of the monopoly given by the patent”.⁷⁵

Uttalandet anknyter till tanken om ett utökat monopol.

Huruvida kopplingsförbehållet i detta fall ledde till en utökning av monopol från korvtillverkningsmarknaden till marknaden för korvskinn är tveksamt eftersom Kommissionen inte beaktade om ALMO innehade en dominant position, och därmed inte om ALMO innehade den marknadsstyrka som krävs för att ett sådant utökande överhuvudtaget skall vara möjligt. Kommissionen framhöll att ALMO levererade två tredjedelar av korvskinnen till korvarna på den relevanta marknaden. Men det konstaterandet säger inte så mycket om den marknadsstyrka som patentinnehavaren innehade. När risken för utökning av monopolställningen undersöktes borde ALMOs marknadsstyrka analyserats utförligt. Motivet för ALMO torde ha varit att, genom sammanlänkningen av försäljningen av korvskinn med användningen av maskinen, få betalt för sina patent med hjälp av meterprissättning. Genom kopplingen skulle de då få en uppfattning om hur mycket maskinen användes och kunna prissätta kunden utefter det.⁷⁶ Av fakta i målet framgår det att ALMO inte tog betalt för användningen av tillverkningsdelen. Det betyder att det troligtvis var mindre kostsamt för ALMO att koppla användningen av tillverkningsdelen till korvskinnen, än att fästa en mätare på den patenterade delen av

⁷³ Beslut 79/86 *H Vaessen BV mot Moris och Alex Moris pvba*, [1979] OJ L19/32.

⁷⁴ a. a., punkt 15.

⁷⁵ a. a., punkt 15.

⁷⁶ Jfr. kap. 5.3.2.

tillverkningsapparaten.⁷⁷ Kommissionens bedömning i den här frågan har kritiserats för att vara formalistisk. Moris kunde nämligen ha uppnått samma resultat genom att ta ut hög royalty för patentet och istället levererat korvsinnen gratis, utan att det skulle ha föranlett något ingripande.⁷⁸ Rädslan för att patentinnehavet tillsammans med kopplingsförbehållet skulle skapa inträdeshinder för Vaessen hade säkerligen också betydelse i målet. I avgörandet konstaterades att licenstagarens inköpsförpliktelse förhindrade att denne kunde införskaffa korvsinn från säljare i andra medlemsstater. Detta anfördes dock inte som argument för att konkurrensen blev snedvriden, utan snarare för att visa att samhandelskriteriet var uppfyllt.⁷⁹ Argumentet kan också reflektera en rädsla för utökning av monopolet på lång sikt. Denna rädsla kan mycket väl vara befogad, felet här var att konstaterandet inte uttryckligen hade stöd av något empiriskt bevis. Det enda som fastslogs var att den relevanta marknaden bestod av korvsinn för en speciell typ av korb, och på den marknaden stod ALMO för två tredjedelar av leveransen. Vidare bestod ALMOs kundklientel av de flesta större tillverkarna.⁸⁰

Det finns många exempel på mål från den här tiden där bedömningen varit mycket stel och där någon närmre analys egentligen inte företagits.⁸¹ Trots avsaknaden av noggrann undersökning har Kommissionen och domstolen i dessa bedömningar kommit fram till att kopplingsförbehåll till sin natur används för att begränsa konkurrensen eller för att utöka en monopolistisk ställning.⁸² De tidiga målen förbjöd således ägaren av en immateriell eller industriell rättighet att dra fördel av sitt legala monopol för att kunna utöka det till produkter som inte förtjänade att få ett legalt skydd av den intellektuella eller industriella rättigheten självt. En överflyttning av marknadsakt antogs ofta även om tillräcklig marknadsakt inte alltid innehades. Inte heller undersöktes det om konkurrensen på tilläggsmarknaden skulle få en negativ effekt.⁸³ Inställningen till kopplingsförbehåll var således högst fientlig.

6.3 1980-talet, det *absoluta per se* förbudet initieras

På 1980-talet verkar den relativt fientliga bedömningen av kopplingsförbehåll övergå i ett generellt förbud mot kopplingsförbehåll. Den marknadsdominans som behövdes för att kunna utöka en dominant

⁷⁷ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 306.

⁷⁸ Lidgard, *Licensavtal i EU*, s. 200 f.

⁷⁹ Gölstam, *Licensavtalet och Konkurrensrätten*, s. 319.

⁸⁰ Langer i Amato och Padilla, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 306.

⁸¹ Se t.ex. mål 193/83 *Windsurfing International Inc. mot Kommissionen*, [1986] ECR 611 och Beslut IV/2404 *Velcro mot Aplix* [1985] OJ L233/22.

⁸² Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 306 f.

⁸³ a. a., s. 307.

ställning från en marknad till en annan antogs ofta på ganska lösa grunder. Det var heller inte nödvändigt att kunna visa på en utestängande effekt bland konkurrenterna på tilläggsmarknaden. Vid bedömningar enligt artikel 82 räckte det med att ett dominant företag kopplade samman två produkter och att handeln påverkades för att ett kopplingsförbehåll skulle förbjudas.

I målet *British Sugar*⁸⁴ var det ej nödvändigt att kunna fastslå att British Sugars kopplingsförbehåll hade en påfallande effekt på tilläggsmarknaden. Fallet rörde British Sugar och Napier Brown. British Sugar var dominant på Storbritanniens marknad för sockerförsäljning på både grossist- och detaljhandelsmarknaden. Napier Brown var aktiv på marknaden för försäljning av socker till detaljhandeln. British Sugar vägrade att leverera socker till sina kunder om de inte gick med på att endast ha British Sugar, eller de företag som British Sugar godkände, som exklusiv leverantör. Detta tvång ansågs stå i strid med artikel 82, eftersom det resulterade i att leveransen av socker kopplades samman med tillgången på socker. Kommissionen ansåg, att bara det faktum att British Sugar tillsett att de själva skulle leverera sockret, var tillräckligt för att kunna hävda konkurrenshämmande effekt.⁸⁵ Konstaterandet pekar tydligt på att ett *absolut per se* förbud förelåg.

Samma *per se* förbud tycks EG-domstolen ha vidhållit i målet *Télémarketing*⁸⁶. Konflikten uppstod mellan den nationella televisionsmonopolisten CLT och CBEM som utförde telemarketing förfaranden som sändes på CLTs kanaler. CLT vägrade att förnya kontraktet om inte CBEM använde sig av CLTs, eller dess dotterbolags telefonnummer, för sina reklamoperationer. CLT försökte således sammankoppla tv-reklamsservicen med telemarketingservicen. Domstolen fann att det var missbrukande av CLT att insistera på att de som sände reklam var tvungna att kanalisera sin reklam genom CLTs reklamchef eller annan reklamagent som CLT pekade ut. Domstolen ansåg att beteendet utökade den monopolistiska ställningen till en närliggande marknad. Domstolen sade att eftersom CLTs beteende avsåg att bevara varje telemarketingförfarande med möjligheten att eliminera all konkurrens bland sina konkurrenter, vägrade det upp till ett missbruk som var förbjudet enligt artikel 82.⁸⁷ Någon närmre undersökning gjordes alltså inte, istället verkar ett *per se* förbud anammats med den. s.k. leverageteorin som grund.

Andra mål som *London European/Sabena*⁸⁸ och *Alsattel*⁸⁹ visar också att EG-rätten verkade använda sig av ett *absolut per se* förbud gentemot kopplingsförbehåll. I *Alsattel*-målet, som var ett förhandsavgörande, förklarade domstolen de förutsättningar som krävdes för det *absoluta per se*

⁸⁴ Beslut 88/518 *Napier Brown mot British Sugar* [1988] OJ L284/81.

⁸⁵ a. a., punkt 71.

⁸⁶ Mål 311/84 *Télémarketing mot CLT*, [1985] ECR I-3261.

⁸⁷ Mål 311/84 *Télémarketing mot CLT*, [1985] ECR I-3261, punkt 26.

⁸⁸ Beslut 88/589 *London European Sabena* [1988] OJ L317/47.

⁸⁹ Mål 247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique mot Novasum (Alsattel)* [1988] ECR 5987.

förbud som tillämpats i andra fall. Dessa kriterier var att handeln mellan medlemsstaterna måste påverkas och att företaget måste anses dominant på den relevanta marknaden. Inga krav ställdes på att effekten av beteendet skulle undersökas. En utestängande effekt behövde således inte visas. Naturligtvis var det i sista hand upp till nationell domstol att bestämma huruvida dessa krav var uppfyllda eller inte.

6.4 1990-talet, ett *modifierat per se* förbud tillämpas

Under 1990-talet var många fall av kopplingsförbehåll uppe till bedömning. Vissa mål löstes innan de kom upp i domstol och blev därmed inte offentliga. Den enda informationen som då utkom härstammade från de pressreleaser som Kommissionen gav ut.⁹⁰ De formella beslut som då togs visar främst att EG-rätten börjar öppna upp för en mer differentierad bedömning. På ett sätt levde fortfarande det gamla *absoluta per se* förbudet kvar, men på samma gång öppnades en liten dörr upp för modifikationer av förbudet. Dominans utvärderades utifrån ett mer ekonomiskt synsätt och affärsmässiga skäl som kunde ”läka” ett kopplingsförbehåll började t.o.m. tas upp till bedömning. Bedömningarna under 1990-talet skulle kunna ses som två förgreningar som baserades på fyra interrelaterade egenskaper. Under den här perioden kom bedömningen av kopplingsförbehåll att utmärkas av att den generella *per se* bedömningen lever kvar men likaväl börjar rättfärdiganden som godkänner ett kopplingsförbehåll diskuteras; liksom möjliga ekonomiska skäl bakom kopplingsförbehållen. Slutligen tas även kravet på marknadsdominans mer seriöst.

6.4.1 *Per se* bedömningen håller i sig

Till att börja med bekräftas det *modifierade per se* förbud som tillämpats under 1980-talet. *Hilti*⁹¹ och *Tetra Pak II*⁹²-målen visar detta.

Hilti-målet handlade om leverans av bultpistoler, spikar och patroner för bultpistoler. Hilti var den största tillverkaren av bultpistoler i EU och innehade ett patent på vart och en av dessa produkter. Trots detta tillhandahöll ett stort antal företag spikar som var kompatibla med Hiltis. Konkurrenterna klagade hos Kommissionen och hävdade att Hiltis beteende påverkade deras möjlighet att konkurrera på marknaden för Hilti-kompatibla spikar. Det påstådda missbruket bestod i att Hilti villkorade köpet av en

⁹⁰ Se t.e.x Nielsen och Nordion: Nielsen, XXVIth Report on Competition Policy (1996) punkt 64 och Nordion, XXVIIIth Report on Competition Policy (1998) punkt 74.

⁹¹ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen*, [1991] ECR II-1439.

⁹² Mål T-83/91 *Tetra Pak (Tetra Pak II) mot Kommissionen*, [1994] ECR II-755.

särskild sorts spikpistol, så att köparen även skulle köpa spikar ifrån företaget. Köparen fick vid ytterligare köp ta del av ett generöst rabattsystem. Konkurrenterna menade också att konsumenter som använt spikar från ett annat företag inte fick samma garantier som kunder som använde spikar från Hilti. Konkurrenterna menade att detta beteende hämmade en fungerande konkurrens eftersom kunderna hellre köpte spikar från Hilti. Till sitt försvar sade Hilti att dessa produkter skulle ses som en produkt istället för att ses som olika delar till en produkt. Kommissionen fann dock att det rörde sig om tre produktmarknader och att Hilti var dominant på alla tre utav dem, och att en sammankoppling av dessa marknader skulle ses som missbruk av dominerande ställning. Det gjordes ingen extensiv analys trots att Kommissionen ansåg att Hilti på ett mycket allvarligt sätt begränsat inträdet på marknaden för självständiga leverantörer av Hilti-kompatibla produkter.⁹³ I sitt beslut skriver Kommissionen att Hiltis möjligheter att företa det missbrukandet beteendet hänförs från deras marknadsstyrka på marknaden för Hilti-kompatibla patroner och bultpistoler (där deras marknadsstyrka var som starkast och där inträdeshinderna var som störst). Vidare säger Kommissionen att målet för Hilti varit att utöka sin dominanta ställning på marknaden för bultpistoler till marknaden för Hilti-kompatibla spikar (där de var som mest känsliga för ny konkurrens).⁹⁴ Detta uttalande pekar på att beslutet baserats på den s.k. leverageteorin. Både Förstainstansrätten och EG-domstolen upprätthöll sedermera vad Kommissionen kommit fram till.⁹⁵

Vissa kommentatorer, t.ex. Langer, menar att om man tittar på risken för utökning av marknadsstyrka på kort sikt, står det inte klart att Hiltis beteende skulle leda till omedelbar skada för konsumenterna. Trots Hiltis höga marknadsandel verkar spikindustrin varit relativt konkurrensutsatt. Eftersom Hilti innehade patent kunde de prissätta sina patroner på en monopolistisk nivå, men att en utökning av marknadsstyrka skulle ske till de intilliggande marknaderna är tveksam. Köparen av en bultpistol köper inte bara en pistol, han köper ett helt paket inkluderande patroner och spikar. Ett försök till att ta ut monopolpriser på spikarna skulle öka priset på hela paketet. Det betyder att kunderna skulle sluta köpa de kopplade produkterna som ett paket, vilket skulle reducera monopolistens vinst.⁹⁶ Andra kommentatorer, som Price, argumenterar att Hiltis beteende exkluderade konkurrenter från huvudmarknaden eftersom de blev tvingade till att bibehålla en artificiellt låg produktion som istället ökade deras kostnader.⁹⁷ Langer menar dock att en utestängning av de närliggande marknaderna inte verkar ha varit möjligt eftersom Hilti inte kunnat hindra stordriftsfördelar⁹⁸ bland de andra företagen som tillverkade spikar. Det finns nämligen många

⁹³ Beslut 88/138/EEC *Hilti* OJ L65/19, punkt 74.

⁹⁴ a. a., punkt 74.

⁹⁵ Se mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1990] ECR II-163 och Mål C-53/92P *Hilti AG mot Kommissionen* [1994] ECR I-667.

⁹⁶ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law; A Critical Assessment*, s. 311.

⁹⁷ Price, *Abuse of a Dominant Position – The Tale of Nails, Milk Cartons and Tv Guides*, s. 87.

⁹⁸ Stordriftsfördelar förklaras vanligen som de extra vinster som uppkommer genom storskalig produktion.

andra användningsområden för spikarna. Vidare hävdar Price att Hilti kopplat samman produkterna för att kunna mäta användningen av bultpistolerna. Eftersom Hilti inte på ett direkt sätt kunde mäta de högintensiva användarna genom att prissätta dem högre eller genom att montera en räknare på bultpistolen, ser prisdiskriminering ut som en möjlig förklaring till kopplingsförbehållet. Langer svarar dock att det är osäkert om prisdiskriminering verkligen var möjligt. För det första hade Hilti inte möjlighet att mäta användandet eftersom patronen levererades med ett fast antal spikar. För det andra verkar det ha funnits ett allvarligt arbitrage⁹⁹ som underminerade en meterprissättning. Det kan hänföra sig till Hiltis dokumenterade försök att hindra parallellhandel.¹⁰⁰ Priserna på bultpistolerna, patronerna och spikarna skiljde sig ganska mycket åt mellan medlemsstaterna. Genom att koppla samman patronerna med spikarna och kräva av distributörerna att följa en policy om att inte sälja dessa patroner till självständiga tillverkare av spikar försökte Hilti undvika hotet om arbitrage.¹⁰¹

I Kommissionens beslut mot *Tetra Pak II*¹⁰² följde ungefär samma resonemang. Kommissionen fann att Tetra Pak var dominant på marknaden för aseptiska maskiner och kartonger avsedda för förpackning av flytande livsmedel inom EU. Tetra Pak argumenterade att de levererade ett integrerat distributionssystem för flytande och halvflytande livsmedel. Den relevanta marknaden skulle därför inkludera alla former av förpackningar för flytande föda, såsom glas, plastflaskor och metallflaskor för mjölk, fruktjuicer och mineralvatten. Genom att fokusera på skillnaderna mellan de olika förpackningarna fann Kommissionen att Tetra Paks argumentering inte höll då dess kartonger inte kunde användas till kolsyrade drycker.¹⁰³ Kommissionen fann att Tetra Pak hade missbrukat sin ställning på både marknaden för aseptiska maskiner och kartonger, liksom marknaden för icke aseptiska. Själva kopplingsförbehållet bestod i att Tetra Pak sålde och hyrde ut sina förpackningsmaskiner med förbehåll som innebar att kunderna inte fritt kunde förfoga över maskinerna. Bland annat var kunderna skyldiga att använda Tetra Paks förpackningar i maskinerna. Förpackningarna fick dessutom endast köpas in från Tetra Pak. Härigenom tillsåg Tetra Pak att de fick den exklusiva rättigheten att bibehålla och reparera maskinerna och dess delar, samt att leverera reservdelar. Det höll tillbaka garantierna om inte köparna gick med på alla dessa kontraktuella förpliktelser. Kommissionen ansåg att Tetra Paks beteende avsåg att binda kunderna till Tetra Pak-gruppen och att eliminera handel med de varor som inte levererades av dem.¹⁰⁴ Enligt Kommissionen var Tetra Paks syfte att binda kunderna till Tetra Paks produkter och utestänga konkurrens. Kommissionen höll sig till *per se* synsättet då de argumenterade att Tetra

⁹⁹ Arbitrage är en term som beskriver utnyttjandet av obalanser mellan två eller flera marknader. En kombination av matchande handelsmöjligheter utnyttjas för att utnyttja obalansen mellan marknaderna, som består av skillnader i marknadspriser.

¹⁰⁰ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law; A Critical Assessment*, s. 311.

¹⁰¹ a. a., s. 311 f.

¹⁰² Beslut 92/163 *Tetra Pak* [1992] OJ L72/1.

¹⁰³ a. a., punkt 6-13.

¹⁰⁴ a. a., punkt 105.

Pak hade infört ett antal förpliktelser gentemot sina kunder som inte hade något egentligt samband med syftet bakom kontraktet.¹⁰⁵ Exempelvis stängde exklusivitetsargumentet för Tetra Paks underhållsservice, dörrarna för alla konkurrenter och hindrade kunderna från att fritt välja vem som skulle utföra underhållsarbetet.¹⁰⁶ Kommissionens linje upprätthölls sedermera av Förstainstansen som sade att även om det utgör branschpraxis på en marknad, får inte ett dominant företag koppla samman produkter. Användning som är accepterat i normala situationer på en konkurrensutsatt marknad, kan inte accepteras på en marknad där konkurrensen redan är begränsad.¹⁰⁷ EG-domstolen vidhöll det Förstainstansen kommit fram till i sitt domslut. Domstolen slog också fast att artikel 82:s exemplifierande lista inte är uttömmande. Därmed kan kopplingsförbehåll anses missbrukande trots att det föreligger ett naturligt samband eller är i enlighet med branschpraxis på marknaden.¹⁰⁸

Vissa av författarna inom doktrinen anser att Tetra Pak använde sin marknadsstyrka till att prisdiskriminera sina kunder.¹⁰⁹ Tetra Paks kontrakt gjorde det nämligen väldigt svårt för kunderna att dölja hur mycket de använde deras maskiner. Eftersom Tetra Pak krävde att enbart deras egna kartonger skulle användas med maskinerna, kunde försäljningen av kartonger användas till att bevaka användningen av maskinerna. För att kunna hindra att icke godkända kartonger användes hade Tetra Pak tillstånd att inspektera maskinerna. Langer anser å sin sida att i realiteten skulle en prisdiskriminering inte lyckas. Olika värderingar förelåg nämligen mellan olika kunder och olika länder.¹¹⁰ På samma sätt som i *Hilti* skulle en homogen prissättning för kartongerna i olika länder i Europa leda till felaktig prisdiskriminering.¹¹¹ Likaså kan det anses att Tetra Pak var oroliga för nya inträden på marknaden. Det visas bl.a. genom deras reaktion på Elopaks försök till inträde i Italien.¹¹² Det är möjligt att Tetra Paks strategi begränsade storleken på marknaden som annars skulle vara tillgänglig för varje ny kandidat. De olika kontrakten hade olika utgångsdatum och som en konsekvens fanns endast en del av användarna av antiseptiska förpackningar tillgängliga för en ny inträdeskandidat. Det här betyder att det endast rådde konkurrens i den gruppen och inte på hela marknaden. Sådant reducerar såklart inträdena på marknaden eftersom en ny kandidat har svårt att profitera då han inte konkurrerar på hela, eller åtminstone på en substantiell, del av den.¹¹³

¹⁰⁵ a. a., punkt 106.

¹⁰⁶ a. a., punkt 108.

¹⁰⁷ Mål 83/91 *Tetra Pak International (Tetra Pak II)* mot *Kommissionen*, [1994] ECR II-755, punkt 137.

¹⁰⁸ Mål C-333/94 *Tetra Pak International* mot *Kommissionen* [1996] ECR I-49521, punkt 36.

¹⁰⁹ Se t.ex. Majerus och Nalebuff, *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, DTI Paper 2003, s. 13

¹¹⁰ Beslut 92/163 *Tetra Pak* [1992] OJ L72/1 (annex V).

¹¹¹ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 313.

¹¹² Beslut 92/163 *Tetra Pak* [1992] OJ L72/1, punkt 76-83.

¹¹³ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 313.

6.4.2 Rättfärdigande av kopplingsförbehåll

Den andra egenskapen som kännetecknar bedömningarna av kopplingsförbehåll under 1990-talet relaterar till potentiella rättfärdiganden av kopplingsförbehåll. EG-rätten verkar nu acceptera att det kan finnas sakliga skäl som godkänner annars otillåtna kopplingsförbehåll.

I *Hilti*-målet¹¹⁴ framförde Hilti att deras kopplingsförbehåll var motiverat av säkerhets och kvalitetsskäl. De tog fram ett antal tekniska rapporter som antydde att de klagandes spikar inte var standardspikar och att de därmed var farliga.¹¹⁵ Kommissionen ansåg dock att Hilti försökte tvinga fram ett sakligt skäl i form av ett säkerhetskrav för att gynna sig själva. Kommissionen framhöll att de nationella lagarna om produktsäkerhet garanterade kvalitén på spikarna som producerades av de självständiga tillverkarna. Framförallt hade Hilti inte lyckats visa på någon olycka med spikar som producerats av de andra tillverkarna. De hade heller inte kommunicerat sin oro över säkerheten till användarna, de självständiga tillverkarna eller varnat de nationella myndigheterna. Förstainstansen godtog därför inte Hiltis argument. Säkerhetsfrågan togs aldrig upp i EG-domstolen. I slutändan kan det definitivt diskuteras om inte kombinationen av kundernas säkerhet och företagets renommé faktiskt drev Hilti i sitt handlande.

Inte heller i *Tetra Pak II*-målet¹¹⁶ övertygades domstolarna av Tetra Paks säkerhetsförsvar, de uttalade dock att ett sådant argument i sig skulle kunna rättfärdiga ett kopplingsförbehåll. Förstainstansrätten fastslog att det inte är upp till ett enskilt företag att bestämma om kartonger och paketeringsmaskiner konstituerar icke separerbara integrerade system, i syfte att skydda säkerheten. Säkerhetsaspekter skall skötas av nationell lag.¹¹⁷ Genom att anta att legitima säkerhetsaspekter existerade, underströk Förstainstansrätten att Tetra Pak kunde garantera tillit i paketeringen och hygien genom att avslöja tekniska specifikationer till maskin användarna. EG-domstolen höll sedermera med Förstainstansen om detta.

I doktrinen anser bl.a. Langer att en utökning av monopol/dominant ställning inte kunnat vara förklaringen bakom kopplingsförbehållen. Inte heller anser han att prisdiskriminering förklarar beteendena. Istället anser han att säkerhetsaspekter i kombination med företagets renommé åtminstone drev Hilti. Han grundar denna tes genom att peka på den felmarginal som Hilti visat att de självständiga spiktillverkarna hade.¹¹⁸ I Tetra Paks fall nämner han inget, men möjligtvis är det så att det är lite svårare att peka ut en rättfärdigande linje där. Möjligen drevs de av mer konkurrenshämmande motiv. I vart fall accepterades inte deras argument av domstolarna. Inte heller Hiltis argumentation godtogs.

¹¹⁴ Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1990] ECR II-163.

¹¹⁵ a. a. punkt 87.

¹¹⁶ Mål T-83/91 *Tetra Pak International mot Kommissionen* [1996] ECR I-5951.

¹¹⁷ a. a., punkt 84.

¹¹⁸ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 314.

6.4.3 En möjlig ekonomisk förklaring till kopplingsförbehåll

Den tredje bedömningsgrunden som kunde börja urskiljas vid bedömningen av kopplingsförbehåll i EU under 1990-talet, var att det började finnas en tendens till att ge ekonomisk förklaring till kopplingsförbehåll.

I *Sacem Tournier*-målet¹¹⁹ bedömde EG-domstolen den franska upphovsrättsorganisationen Sacems vägran att tillåta klubbar åtkomst till endast en del av dess repertoar. Ägaren till en klubb ville bara spela engelsk musik på sin klubb. När han talade med Sacem gav de honom bara åtkomst till den utländska repertoaren om han betalade royalty som korresponderande med hela repertoaren även fast han bara skulle spela delar av den. Sacem erbjöd alltså bara en sammanlänkad version av utländsk och inhemsk musik trots att det fanns en separat efterfrågan. I sin intervention försökte faktiskt Kommissionen rättfärdiga kopplingsförbehållet på effektivitetsgrunder.¹²⁰ Kommissionen framhävde att en sönderdelad version av repertoaren skulle resultera i att mer övervakning skulle krävas av Sacem. Det skulle leda till högre kostnader och säkerligen högre licenskostnader. Domstolen godkände kopplingen efter att ha understrukt syftet med upphovsrättsorganisationer. Dessa organisationer uppfyller ett legitimt mål då de säkerställer rättigheterna och intressena bland sina medlemmar gentemot användarna.¹²¹ Så länge inte kopplingen överskrider de gränser som är nödvändiga för att bibehålla målet ansågs handlingen inte strida mot artikel 82. Eftersom det var ett förhandsavgörande var det sedan upp till den nationella domstolen att bedöma om dessa krav var uppfyllda eller inte.

6.4.4 Kravet på marknadsstyrka tas mer seriöst

Det sista utmärkande draget under 1990-talets bedömningar var att kravet på marknadsstyrka verkar tas allt mer seriöst. Eftersom dominans är ett rekvisit under artikel 82, har alla dömda företag ansetts dominanta på den tillkopplade marknaden. I de tidigaste målen verkar dominanskriteriet som sagt ha bedömts relativt översiktligt, och dominans fastställdes relativt lätt.

I *Hilti*-målet gjorde Kommissionen en kraftansträngning vid bedömningen av dominansen då de kom fram till att Hilti innehade 55% av marknadsandelarna på marknaden för bultpistoler. På marknaderna för spikar och patroner hade Hilti en liknande marknadsandel. Den dominanta

¹¹⁹ Mål 395/87 *Ministère Public mot Jean Louis Tournier (Sacem)* [1989] ECR 2521.

Enligt vissa författare rör detta mål prisfrågor, däribland Faull och Nikpay, *The EC Law of Competition*, s. 620.

¹²⁰ a. a., punkt 29.

¹²¹ a. a., punkt 31.

ställningen verifierades av Hiltis patentinnehav liksom deras välorganiserade distributionssystem.¹²²

I *Tetra Pak II* fann Förstainstansen att Tetra Pak med sina 90-95% marknadsandelar, med all säkerhet innehade en dominant ställning på den aseptiska marknaden, vilket skulle kunna möjliggöra en utökning från en marknad till en annan. På den icke aseptiska marknaden ansågs de dock inte inneha någon dominant ställning, trots att de hade omkring 50% av marknadsandelarna.¹²³

6.5 En mer effektbaserad analys börjar tillämpas

Efter millennieskiftet verkar EG-rätten ha gått mot ett test som närmar sig en alltmer effektbaserad analys. Men det har också förekommit en del bedömningar som kan tyckas peka bakåt mot *per se* förbudet. *De Post-La Poste*¹²⁴ är ett exempel där Kommissionens beslut pekar åt det hållet. La Poste hade ett legalt monopol på den belgiska marknaden för allmän postservice. Företagskunder kunde få rabatt på dessa leveranser om de anmälde sig till den ”företag till företag” service som La Poste utförde. Utan någon som helst analys förbjöd Kommissionen detta handlande. De ansåg att La Poste försökt utöka sitt monopol på marknaden för allmän postservice till marknaden för service som enbart gällde mellan företag.

Målen *Van den Bergh*¹²⁵ och *Microsoft*¹²⁶ visar dock på en tendens gentemot en mer effektbaserad analys i bedömningen av intrång mot artikel 82.

6.5.1 Van den Bergh-målet¹²⁷

I *Van den Bergh*-målet ansåg Kommissionen att Van den Bergh på ett missbrukande sätt bundit glassförsäljare till sig genom att tillföra dem med en gratis frys om de enbart sålde Van den Berghs glass ur dessa frysar. I huvudsak rörde målet kopplingen mellan grossistmarknaden och detaljhandeln för glassar. Istället för att använda sig av det *modifierade per*

¹²² Mål T-30/89 *Hilti AG mot Kommissionen* [1991] ECR II-1439, punkterna 66-67.

¹²³ Mål T-83/91 *Tetra Pak International mot Kommissionen* [1994] ECR II-755, punkterna 109-123.

¹²⁴ Beslut COMP/37.859 *De Post-La Poste* [2002] OJ L61/32.

¹²⁵ Mål T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd mot Kommissionen* [2003] ECR II-4653.

¹²⁶ Beslut COMP/37.792 *Microsoft* och mål Mål T-201/04 R *Microsoft Corp. mot Kommissionen*.

¹²⁷ Målet kategoriseras vanligen som ett mål om exklusivitet, men man skulle lika väl kunna klassificera det som ett fall av kopplingsförbehåll. I vart fall bör ett analogislut kunna göras.

se testet, utförde Kommissionen en detaljerad analys av de utestängande effekter som Van den Berghs beteende kunde tänkas ha på detaljhandeln. Trots att kontraktet tillät glassförsäljarna att ha en annan frysbox i sin butik eller att ersätta frysboxen med en annan frysbox, fann Kommissionen att det knappast var troligt att försäljarna skulle göra det pga. avsaknaden av utrymme och att det skulle medföra extra kostnader. Härigenom ansågs de bundna till Van den Bergh.¹²⁸ Förstainstansrätten upprätthöll Kommissionens beslut trots att Van den Berghs handlande ansågs stå i överensstämmelse med branschpraxis på marknaden. Eftersom det fanns en efterfrågan på glass från andra märken, menade Förstainstansrätten att Van den Berghs kontrakt hindrade konkurrerande tillverkare tillträde till marknaden.¹²⁹ Det bör noteras att Van den Bergh hade 89 % av marknadsandelarna, medan konkurrenterna, Mars och Nestlés var betydligt mindre. De var dock välkända på de närliggande marknaderna för konfektyr och choklad och innehade både kunskapen och den finansiella kapaciteten att träda in på glassmarknaden. Van den Bergh försökte i det överklagade beslutet framlägga att Kommissionens beslut, på ett oproportionerligt sätt, ingrep på Van den Berghs äganderätt till sina frysar. Men Förstainstansrätten fann att det inte förelåg någon oproportionerlig begränsning på denna rättighet eftersom beslutet varken frantog Van den Bergh äganderätten eller hindrade dem från att utnyttja tillgångarna genom uthyrning.¹³⁰

6.5.2 Microsoft-målet

Kommissionens beslut i *Microsoft-målet*¹³¹ är antagligen ett av de mest berömda avseende kopplingsförbehåll. Microsoft dömdes hösten 2007 till ett rekordstort böter på 497 miljoner euro för brott mot artikel 82(d) efter att bl.a. ha kopplat samman försäljningen av sitt operativsystem, Windows, med dess mediaspelare, WMP.¹³² Förstainstansrätten fastställde då Kommissionens beslut i stort sett på alla punkter. Innan en analys av domslutet ges kan det påpekas att Kommissionen, och sedermera Förstainstansrätten, för första gången explicit uttryckte ett test att använda vid bedömningen av teknisk buntning och kontraktuella kopplingsförbehåll. För att en teknisk buntning eller ett kontraktuellt kopplingsförbehåll skall anses strida mot artikel 82 skall följande fyra punkter uppfyllas:

1. Huvudprodukten och tilläggsprodukten måste vara två separata produkter.

¹²⁸ Beslut IV/34.395 *Van den Bergh Foods Limited* [1998] OJ L246/1.

¹²⁹ Mål T-65/98 *Van den Bergh Foods* [2003] ECR II-4653.

¹³⁰ a. a., punkt 171.

¹³¹ Beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft* och mål T-201/04 R *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*.

¹³² Kopplingsförbehållet utgör andra delen av domen. Den första delen rör frågan om tvångslicensiering vilken inte kommer att ges något vidare utrymme.

2. Svaranden måste vara dominant på marknaden för huvudprodukten.
3. Svaranden skall inte ha givit sina kunder möjligheten att förvärva huvudprodukten utan den tillkopplade produkten.
4. Kopplingsförbehållet måste ha en utestängande effekt på konkurrensen.

Kommissionen liksom Förstainstansrätten tillägnade största delen av beslutet/domslutet åt den första och fjärde punkten. Övriga krav var relativt lätta att fastställa. Kravet på en utestängande effekt har tidigare inte varit en del av analysen kring kopplingsförbehåll inom EU. Detta var dock inte ett klassiskt fall av kopplingsförbehåll eftersom konsumenterna tilläts använda tredjemans mediespelare tillsammans med Windows, därmed kan Kommissionen och Förstainstansrätten ansett det vara extra viktigt att kunna visa på en sådan företeelse. Det kan också vara så att de anser det vara ett viktigt krav i alla fall av kopplingsförbehåll. Det får framtiden utvisa. Kommissionen och Förstainstansrätten diskuterade även möjligheten att ett annars olagligt fall av kopplingsförbehåll kunde rättfärdigas av sakliga skäl. Den här punkten fanns ej med i testet och förslagen på sådana sakliga skäl avvisades sedermera, men det är ändå anmärkningsvärt att det var uppe till bedömning.

En annan anmärkningsvärd sak är att vissa personer inom doktrinen, däribland Dolmans och Graf¹³³, liksom Langer¹³⁴, anser att bedömningen till en viss grad motsvarar den ”rule of reason” bedömning som gjordes i det amerikanska Microsoft-målet.¹³⁵ Detta pga. analysens primära fokusering på kopplingsförbehållets effekt på tilläggsmarknaden, liksom den tydliga acceptansen av att det kan finnas sakliga skäl för användningen av ett kopplingsförbehåll. Likaså visas det genom Kommissionen försök till att fastställa om de konkurrenshämmande effekterna av att tillkoppla WMP övervägde de eventuella fördelarna. Eftersom Microsoft innehade mer än 90 % av marknadsandelarna på den relevanta marknaden ansågs företaget dominant (vilket Microsoft vitsordade). Då målet rörde tekniskt buntning var kunderna även tvingade att acceptera buntningen.

Avseende det första elementet, att produkterna måste anses separata, fokuserade Kommissionen inte på den tekniska integrationen av mjukvarufunktionerna, utan på konsumenternas efterfrågan. Kommissionen fann att det föreligger olika efterfrågan på mediespelare och på operativsystem, vilket också bevisades av att det fanns självständiga leverantörer av enbart mediespelare på marknaden. Vidare fann Kommissionen att en inte obetydlig efterfrågan bland konsumenterna för

¹³³ Dolmans och Graf, *Analysis of Tying under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, s. 226.

¹³⁴ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law; A Critical Assessment*, s. 319.

¹³⁵ *States v Microsoft Corp (Microsoft III Appeals)* 253 F.3d 34, målnummer 00-5212 konsoliderat med målnummer 00-5213, US Court of Appeals for the District of Columbia, Juni 28, 2001.

separata mediespelare fortfarande fanns kvar fyra år efter att Microsoft började med buntningen.¹³⁶

Mediespelare handlar inte bara om musik. Det pågår en kamp angående vilken typ av operativsystem som kommer att dyka upp på nästa generation mobiltelefoner samt TV. Därför fanns det även visst mått av juridisk politik med i spelet. WMP finns redan på mer än 90 % av de datorer som arbetar med Windows. Som ett resultat av detta är de flesta media och audiofilerna kodade i Windows format. Problemet uppstår sen när digital media levereras till andra plattformar än datorer, då kommer det inte finnas någon effektiv konkurrens på marknaden för mediespelare av den enkla anledningen att allt innehåll kommer vara kodat i Microsofts skyddade WMP format.¹³⁷ I sitt beslut kom Kommissionen, och sedan också Förstainstansrätten, fram till att Microsofts beteende kunde ha en utestängande effekt på konkurrensen.¹³⁸

Inom doktrinen anser exempelvis Langer att Kommissionen tillämpade en teori om indirekt nätverkseffekt.¹³⁹ Kommissionen framhöll att inkluderingen av WMP i Windows systemet skulle resultera i att de som utvecklade sådana här produkter skulle bli tvingade till att vila på Windows format. Vilket i sin tur skulle öka användningen av WMP.¹⁴⁰ Som en konsekvens argumenterades det att hela användningen av mediespelare skulle tippa över till WMP.¹⁴¹ Kommissionen avsåg också de sakliga skäl som Microsoft lade fram, även om de accepterade att ett sakligt skäl skulle kunna ”läka” en annars olaglig buntning om det godtogs. Kommissionen ansåg dock att ett sådant sakligt skäl inte skulle räcka till om inte buntningen var absolut nödvändig för uppnå de effektivitetshöjande fördelarna.¹⁴² Kommissionen sa sedan att de effektivitetsvinster som relaterar till Microsofts uttänkta form av design inte räknas.¹⁴³ Microsoft hade argumenterat för att inkluderingen av mediefunktioner i Windows hade förbättrat andra sidor av operativsystemet. Kommissionen gav ingen vikt åt dessa fördelar och menade att de skulle vara resultatet av Microsofts egna val.¹⁴⁴ Kommissionen beslutade därefter att Microsoft skulle bli tvungna att sälja en version av Windows utan mediespelaren. Målet överklagades sedan till Förstainstansrätten som i de här hänseendena fastslog vad Kommissionen kommit fram till i sitt beslut.¹⁴⁵

¹³⁶ Mål T-201/04 *Microsoft Corp.* mot Kommissionen, punkt 928.

¹³⁷ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 320.

¹³⁸ Beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft*, not 842 och mål T-201/04 R *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*, punkt 1034.

¹³⁹ Nätverkseffekt är ett fenomen som gör att en varas värde för en potentiell kund beror på hur många andra kunder som äger varan. Då en individ köper varan ger det indirekta fördelar till andra som också äger varan. Om exempelvis en individ köper en telefon gynnar det andra ägare av telefoner eftersom deras telefon då blir mer användbar.

¹⁴⁰ Beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft*, not 879-96 och mål T-201/04 R *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*, punkt 1035.

¹⁴¹ Beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft*, punkterna 968, 1016 och 1071.

¹⁴² a. a., punkt 961.

¹⁴³ Beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft* punkterna 963 och 967.

¹⁴⁴ Beslut COMP C-3/37.792 *Microsoft*, punkt 1027.

¹⁴⁵ Mål T-201/04 R *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*.

Diskussionen i doktrinen är högst intressant att följa. Langer anser att de potentiella effekter som Kommissionen pekat på mycket väl är försvarbara och att Microsoft ägnade sig åt en långsiktig utökning av sin dominanta ställning till tilläggsmarknaden.¹⁴⁶ Furse är av en annan mening. Han menar i motsats till Langer, att Microsoft inte alls ägnade sig åt utökning.¹⁴⁷ Picker, anser att Microsoft buntning ledde till utökning på kort sikt. Han menar att Microsoft, på ett kortsiktigt och vinstgivande sätt, överförde sin marknadsstyrka på marknaden för Windows till marknaden för mediaspelare.¹⁴⁸ Langer uttrycker vidare att det är osäkert om Microsoft utförde buntningen med avsikten att öka sina vinster och grundar bl.a. sin åsikt på artikeln av Nalebuff och Ayres.¹⁴⁹ Nalebuff och Ayres använder i sin artikel ett exempel där de antar att Microsoft har ett monopol på Windows och att Windows värde bland konsumenterna är 100. Värdet på WMP är 2 och värdet på RealPlayer är 3. RealNetworks kommer inte att existera på marknaden förrän priset på RealPlayer är noll. Om priset på RealPlayer är noll kan Microsoft ta ut 103 för Windows eftersom konsumenterna värderar paketet med Windows och en gratis RealPlayer till 103. I kontrast är endast Windows tillsammans med WMP värt 102.

Så, om Microsoft nu inte var intresserat av att utöka sin dominans på kort sikt och därigenom öka sina direkta vinster för WMP, varför företog de då buntningen? Enligt Langer kan det bara finnas två möjliga förklaringar som båda relaterar till utökning på lång sikt. Det första argumentet är att buntningen skulle leda till en defensiv utökning. Microsoft skulle kunna vara rädd för ett potentiellt hot mot WMP och sitt Windows-monopol. Mediespelarmarknaden skulle kunna vara ett hot på så sätt att det skulle kunna vara en inträdesdörr till marknaden för Windows. Microsoft skulle kunna vara rädda för att andra mediaspelare skulle använda deras plattform för att inträda och konkurrera med Windows. För att eliminera detta hot skulle rivaliserande mediaspelare drivas bort från marknaden. Så argumenterade Microsoft i det amerikanska målet om buntningen av Internet Explorer. Microsoft menar dock att en mediaspelare är mindre trolig att utvecklas till ett operativsystem än ett browserprogram. I vilket fall har konkurrerande mediaspelare en god chans att ta sig in på plattformen om de gör det tillsammans med andra mjukvaruprogram såsom Java eftersom mediaspelarna kan bära applikationer. Även om de inte utgör ett direkt hot nu, kan beteenden som Microsofts eliminera den innovativa marknaden för mediaspelare och därmed exkludera varje form av hot från den marknaden.¹⁵⁰

Den andra tänkbara förklaringen skulle enligt Langer vara att det här målet inte bara rör PC-versionen av Windows. Operativsystem kan nu också

¹⁴⁶ Langer i Amato och Padilla, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 321.

¹⁴⁷ Furse, *Abusive Dynamics*, s. 200

¹⁴⁸ Picker och Randal, *Unbundling Scope-of-Permission Goods: When Should We Invest in Reducing Entry Barriers?*, s. 202.

¹⁴⁹ Nalebuff och Ayres, *Going Soft on Microsoft? The EU Antitrust Case and Remedy*.

Artikeln finns tillgänglig på: <http://www.bepress.com/ev/vol2/iss2/art4/>

¹⁵⁰ Langer i Amato, och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 321.

finnas i mobiltelefoner och AD-boxar för TV-apparater (dvs. sådana boxar som omvandlar digitala signaler till analoga). När man försöker analysera de tänkbara, utestängande, effekterna på mediemarknaden måste man därför beakta båda marknaderna. En är marknaden för de mediaspelare som återfinns på konsumenternas datorer. Det andra är marknaden för de mjukvaror som säljs av Microsoft, RealNetworks eller Apple och som tillgodoser de som tillhandahåller produkterna genom att de tillåts koda innehållet i ett format som vidareför deras program till användare av mediaspelare. Konkurrens på marknaden för kodning av mjukvaruprogram av de som tillhandahåller innehållet, är utsatt för starka nätverkseffekter. Ju fler PC:s som har en dekoder för ett specifikt format, ju mer attraktivt är det för de som tillhandahåller innehållet att koda innehållet till det formatet. Eftersom kodning till många olika format kostar mycket pengar föredrar de som tillhandahåller produkterna att endast använda ett format. Langer anser därmed att det står klart att Microsofts buntning kan ha effekten att marknaden för kodad mjukvara tippas gentemot Microsoft själva med dess skyddade format. En olovlig buntning som sker idag, kan således helt påverka hur marknaden kommer att se ut i framtiden.¹⁵¹

Langer menar vidare att Microsoft kunde argumenterat för att buntning av mjukvaror kan generera effektivitetshöjande fördelar genom att det sparar in på kostnader och ökar funktionaliteten. Ett sådant påstående bör i sådana fall begrundas noggrant. Det är tveksamt om buntning är nödvändigt för att dessa effektivitetsvinster skulle kunna frambringas. Å andra sidan skulle förekomsten av endast ett format sänka kostnaderna för leverantörer och konsumenter. Det är accepterat att konkurrerande format kommer att slåss för att få utgöra det exklusiva formatet, eller att industriorganisationer sätter det formatet. Dock medför inte en sådan observation att en monopolist måste tillåtas utöka sin marknadsstyrka för att kunna skapa ett sådant, skyddat, format på en annan marknad. En sådan policy skulle kunna leda till stora kostnader, såsom att fel format sätts, reducerade incitament till innovation och alla de effektivitetsförluster som är resultatet av att ett ytterligare monopol etableras.¹⁵²

6.6 Sammanfattning och slutsatser

Genomgången av praxis, från 1970-talet fram till idag, visar att bedömningen av kopplingsförbehåll inom EU genomgått en stor förändring. Till en början ansågs kopplingsförbehåll var förbjudna *per se*, men EG-domstolen och Kommissionen har sedermera funnit att det finns många sakliga och affärsmässiga skäl till att företa ett kopplingsförbehåll. Dessa positiva effekter kan överväga de negativa effekter som kopplingsförbehållet kan ha på konkurrensen och därmed förklara kopplingsförbehållet giltigt. Det är upp till det dominanta företaget att kunna

¹⁵¹ a. a., s. 322.

¹⁵² a. a., s. 322.

visa på sådana sakliga skäl. Företaget måste kunna visa att kopplingsförbehållet är effektivt, nödvändigt och proportionerligt så att fördelarna överväger skadan som kopplingsförbehållet orsakar.¹⁵³ Än så länge har några sådana skäl inte godtagits av Kommissionen eller domstolarna, vilket tyder på att de konkurrenshämmande effekterna fortfarande ges en mycket stor tyngd vid bedömningen.

¹⁵³ Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law*, s. 165

7 Hur bör ett framtida test inom EU se ut?

7.1 Inledning

Genomgången av EU:s praxis visar att utvecklingen går mot en alltmer effektbaserad analys avseende kopplingsförbehåll. Fördelen med de gamla, *absoluta* och *modifierade per se* testen, är att de leder till snabba beslut i många fall. Nackdelen är dock att de varken är enkla eller felfria. Det *absoluta per se* förbudet kan knappt appliceras på några fall, eftersom sakliga skäl inte tas i beaktande över huvudtaget. Även om sådana skäl inte blir godtagbara måste de i vart fall beaktas för att eliminera risken för felbedömningar. Det modifierade *per se* förbudet är inte heller ett bra alternativ eftersom det ibland nedvärderar och även negligerar effektivitetsvinster. Det mer effektbaserade testet som uttrycktes i Microsoft-målet är i jämförelse med de tidigare bedömningarna klart bättre, eftersom testet beaktar båda sidor av myntet, både de negativa och de positiva effekterna av kopplingsförbehållet.

Inom doktrinen försiggår en diskussion om hur en framtida bedömning av kopplingsförbehåll bör se ut. Det diskuteras om kopplingsförbehåll bör ses som exkluderande eller exploaterande beteende. Dock pekar alltmer på att kopplingsförbehåll bör som en form av exkluderande beteende.

Kommissionen utreder exempelvis hur artikel 82 skall tillämpas på exkluderande beteenden och där återfinns kopplingsförbehållen.¹⁵⁴ Likaså har kopplingsförbehållen som en form av exkluderande missbruk, vunnit mark genom domen mot Microsoft. Slutligen betonar även de ekonomiska teorierna att kopplingsförbehålls negativa effekter främst tar sig formen av utestängning. Till följd av detta har endast de förslag på framtida tester där kopplingsförbehåll utgör en form av exkluderande missbruk valts ut. Bland dessa har de mest sannolika testerna valts ut.

Frågan är dock hur ett sådant test bör se ut. Det bästa testet vore naturligtvis ett test som, till en låg kostnad, perfekt skiljer ut de skadliga kopplingsförbehållen från de som har effektivitetshöjande effekter. Risken för fel vid bedömningen av kopplingsförbehåll förhöjs dock då svaga teorier konfronteras med faktumet att perfekt information inte föreligger avseende förhållandena på marknaden. Det är häri svårigheten ligger. Så hur bör ett framtida test se ut? Här följer några av de förslag som framkommit inom doktrinen.¹⁵⁵

¹⁵⁴ DG Discussion Paper on the Application of article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses.

¹⁵⁵ Författaren har exempelvis valt bort att skriva om förslaget om ett specifikt test för mjukvaror, likaså valdes förslaget om ett test, likande det som används vid mål om leveransvägran, bort.

7.2 Ett ostrukturerat rule of reason test

De ekonomiska teorier och analyser som framförts under de senaste decennierna visar tydligt att det inte bör finnas någon presumtion för att kopplingsförbehåll är konkurrenshämmande, inte ens då de företas av en monopolist. Trots att Post-Chicago har visat exempel på när kopplingsförbehåll kan ha en konkurrenshämmande effekt kvarstår det faktum att kopplingsförbehåll är en del av företags handlande idag. De leder allt som oftast dessutom till högre vinster och ökad välfärd för konsumenterna. Den ekonomiska teorin stödjer ett *rule of reason* synsätt där fördelarna respektive nackdelarna av kopplingsförbehåll vägs samman i det enskilda fallet.¹⁵⁶

Ett test enligt *rule of reason* har funnit stöd i bl.a. Nalebuff och Majerus rapport som framlagts för UK Department of Trade and Industry.¹⁵⁷ I rapporten utvärderas elva konkurrens- och fusionsfall från olika jurisdiktioner och synen på kopplingsförbehåll analyseras noga. De fann att i tre av fallen ansågs kopplingsförbehåll olagliga trots att det inte skadade konsumenterna. Inte i något av fallen hade myndigheterna felaktigt ansett att kopplingsförbehållen var till nytta för välfärden. Faktum är att Nalebuff och Majerus kom fram till att i sju av fallen var de företagna kopplingsförbehållen inte till skada för konsumenterna.¹⁵⁸

Från rapporten anser O'Donoghue och Padilla¹⁵⁹ att följande slutsatser kan dras: Den allmänna illviljan mot kopplingsförbehåll är orättvis eftersom kopplingsförbehåll ofta ökar välfärden; vidare skulle ett *per se* förbud, i strikt eller modifierad form, ekonomiskt sett inte vara förnuftigt, eftersom det ofta leder till att fördelaktiga kopplingsförbehåll förbjuds. Slutligen kan man från rapporten utläsa att en analys av kopplingsförbehållets konkurrensrättsliga inverkan kräver att de fördelaktiga och de negativa effekterna vägs samman, och för det krävs ett rule of reason test.¹⁶⁰

Ett vågmästartest kan dock i realiteten möta en del svårigheter eftersom ett sådant test innebär en komplicerad och komplex bedömning. Att mäta nyttan av kopplingsförbehållet i form av transaktionskostnader och lämplighet kan visa sig ganska svårt. De ekonomiska teorierna som framlagts på senare år och som visar de positiva effekterna av kopplingsförbehåll, erbjuder heller ingen lista som myndigheterna med trygghet kan använda vid analysen. Ännu viktigare är att ett simpelt vågmästartest angriper förklaringarna på ett sådant sätt att varje tänkbart motiv är lika möjligt.¹⁶¹

¹⁵⁶ O'Donoghue och Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, s. 512.

¹⁵⁷ Nalebuff och Majerus, *Tying, Bundling and Portfolio Effects*. DTI Paper, 2003.

¹⁵⁸ a.a. part 2 - Case Studies.

¹⁵⁹ O'Donoghue och Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, s. 513.

¹⁶⁰ a. a., s. 513.

¹⁶¹ O'Donoghue, Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, s. 513 f.

Nalebuffs och Majerus rapport visar klart och tydligt att det inte bör finnas en presumtion om att kopplingsförbehåll har konkurrenshämmande effekter, inte ens då ett företag innehar en dominant position. Om en presumtion skall föreligga bör den istället vara den motsatta, dvs. att kopplingsförbehåll presumeras ha fördelaktiga effekter.¹⁶²

7.3 Ett mer *strukturerat rule of reason* test

Langer förespråkar att ett fyrstegstest bör användas för att utröna om kopplingsförbehållet i fråga har några exkluderande effekter.¹⁶³ Ett snarlikt test, men med tre steg, utvärderar även O'Donoghue och Padilla.¹⁶⁴ Förslagen kommer här att presenteras under samma rubrik eftersom de är så pass lika varandra.

Langers test innehåller fyra steg där målet med bedömningen är att skilja de lagliga kopplingsförbehållen från de illegala genom att titta på om kopplingsförbehållet har några exkluderande effekter. Ett sådant test skulle stå i enlighet med de ekonomiska teorierna och en moderniserad användning av artikel 82. Han menar också att testet inte kräver en oändlig insamling av fakta, vilket självklart leder till ökade kostnader. Hans förslag på test innehåller följande delar:

1. En första tröskel som sällar ut de uppenbart oskyldiga fallen av kopplingsförbehåll.
2. En analys av sannolikheten för konkurrenshämmande effekter.
3. Identifiering av möjliga fördelar.
4. En analys där de negativa effekterna vägs mot de positiva effekterna av kopplingsförbehållet.

Den första tröskelns uppgift är att snabbt filtrera bort uppenbart oskadliga fall av kopplingsförbehåll. Tröskeln skall baseras på två element, marknadsstyrka och produktens natur. Ett kopplingsförbehåll bör enligt Langer aldrig attackeras om företaget som företar det inte innehar en mycket betydelsefull del av marknadsandelarna på huvudmarknaden. Utan en stor marknadsstyrka är det nämligen omöjligt för företaget att börja utföra exkluderande beteenden, eftersom ett sådant försök skulle slås ner av företagets konkurrenter. Dominanta företag kommer alltså inte att skyddas av tröskeln.

¹⁶² a.a, s. 513 f.

¹⁶³ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 328.

¹⁶⁴ O'Donoghue och Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, s. 514.

Vad gäller produktens natur, bör kopplingsförbehåll inte angripas om det hänför sig till produkter som kompletterar varandra eller utgör substitut till varandra. Inte ens om företaget är dominant. Orsaken är helt enkelt att om de sammankopplade produkterna är substitut till varandra tillhör de samma relevanta marknad. Någon risk för utökning av marknadsstyrka till en närliggande marknad föreligger inte då. Att koppla samman två substitut är inte ekonomiskt lönsamt så länge det inte beror på stordriftsfördelar. Sammankoppling av två substitut medför aggressiva prisattacker från konkurrenterna vilket genererar lägre vinster till alla aktörer på marknaden. Om man ser till Post-Chicagos kritik av leverageteorin, skulle ett kopplingsförbehåll mellan två substitut knappast ha en konkurrenshämmande effekt såvida inte en av marknaderna karakteriseras av uppenbara nätverkseffekter eller att ett stort antal av konkurrenterna utestängs från marknaden för tilläggsprodukten.¹⁶⁵

Efter att man funnit att ett företag inte faller utanför den första tröskeln är det nödvändigt att skapa ett kriterium som gör det möjligt att analysera hur sannolikt det är att kopplingsförbehållet medför konkurrenshämmande effekter. Domstolarna, Kommissionen och den klagande måste kunna visa en logisk, konstant och möjlig risk för stor skada på konkurrensen. Ett dominant företag behöver nödvändigtvis inte besitta den marknadsstyrka som krävs för att påverka konkurrensen. Nyckeln i utredningen är att antingen identifiera monopolvinster på kort sikt eller signifikanta inträdeshinder på lång sikt. Till analysens hjälp föreslår Langer att följande punkter kan ge vägledning:

- Företaget innehar en mycket hög marknadsandel;
- Det föreligger ett starkt engagemang i att utföra kopplingsförbehållet;
- Konkurrenterna är oförmögna att matcha kopplingsförbehållet;
- Konkurrenterna är benägna att träda ur marknaden för tilläggsprodukten;
- Det föreligger inträdeshinder på marknaden för tilläggsprodukten;
- Köparna har ingen direkt makt;
- Uppenbara nätverkseffekter föreligger;
- De sammankopplade produkterna är forskar- och utvecklingsintensiva eller märkesprodukter och
- Om de sammankopplade produkterna utgör komplement till varandra har de potential att i framtiden bli substitut till varandra.

Om några av dessa särdrag föreligger bör möjligheten till utökande effekter särskilt kontrolleras.¹⁶⁶

Det tredje steget i Langers test innebär att möjliga effektivitetsvinster skall identifieras. Sådana fördelar kan "läka" ett annars olagligt kopplingsförbehåll. Vid avsaknaden av effektiva fördelar av kopplingsförbehållet skall beteendet anses olagligt. Eftersom företaget som

¹⁶⁵ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 328.

¹⁶⁶ a. a., s. 329.

företagit handlingen besitter bäst information bör endast de fördelar som de explicit lägger fram bedömas. Likaså bör bevisbördan ligga på företaget eftersom det bäst vet hur det uppnår dessa effektiva fördelar. Det är också viktigt att utvärdera om dessa effektivitetsvinster var avsedda från början (*ex ante*). Svarandens argument om att det skulle vara för kostsamt att ta bort kopplingsförbehållet eller buntningen skall i princip avvisas. Det är också viktigt att komma ihåg att effektivitetsvinster vanligtvis kan uppnås även utan förekomsten av ett kopplingsförbehåll. Därför bör även det utredas.

Slutligen skall de negativa effekterna vägas mot de positiva effekterna av kopplingsförbehållet. Langer ger inte något förslag på hur en sådan mätning skulle gå till och vilken tyngd olika effekter skulle kunna få. Det enda han säger är att det är upp till de olika myndigheterna att visa att fördelarna inte väger över de konkurrenshämmande effekterna.¹⁶⁷

Det test som Ahlborn mfl. föreslår är snarlikt Langers förslag.¹⁶⁸ Deras test innehåller dock tre steg. De två första stegen sållar ut de kopplingsförbehåll som inte är konkurrenshämmande på grundval av den fakta som finns i målet. De osäkra kopplingsförbehållen analyseras sedan vidare där de negativa effekterna vägs mot de positiva effekterna av kopplingsförbehållet. Det anses nödvändigt, men inte tillräckligt, att dessa punkter uppfylls:

1. Finns det risk för att konkurrenshämmande effekter kan uppstå?
2. Är det sannolikt att den konkurrenshämmande effekten uppstår?
3. Finns det ”läkande” effektivitetsvinster?

Den första punkten är identisk med Langers andra steg. De föreslår samma vägledande punkter men tillägger även att det bör undersökas om det finns signifikanta asymmetrier mellan produktlinjerna bland de konkurrerande företagen. Om svaret på denna fråga är nej är kopplingsförbehållet ofarligt.

Den andra punkten skiljer sig från den första genom att man nu undersöker hur sannolikt det är att risken för konkurrenshämmande effekter uppstår. För att kunna svara på den frågan krävs det att det läggs fram en ”teori” om hur kopplingsförbehållet leder till konkurrenshämmande effekter och bestämma huruvida den ”teorin” är applicerbar på de faktiska omständigheterna. Det kan vara ett mycket krävande test. Någon närmare förklaring om hur detta skulle gå till ges dock inte. Troligtvis är det upp till domstolarna att göra den bedömningen.

Om kopplingsförbehållet faller igenom de två föregående stegen får sen svaranden möjlighet att argumentera för att kopplingsförbehållet leder till effektivitetshöjande effekter som endast kan uppnås med hjälp av

¹⁶⁷ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 329.

¹⁶⁸ Ahlborn, DS. Evans, AJ Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A farewell to Per se Illegality*, Antitrust Bulletin, 2004. Artikeln finns tillgänglig på:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=381940#Paperdownload

kopplingsförbehållet. Om svaranden lyckas visa det är det sedan upp till motparten att visa att dessa positiva effekter inte räcker till för att överväga de konkurrenshämmande effekterna. Detta steg kräver att dynamik och osäkerhet beaktas. De konkurrenshämmande effekterna visar sig över en lång period - utestängning av marknaden leder till utträde, vilket i sin tur leder till högre priser. Vid bedömningen måste man därför ta med dessa effekter i beräkningen eftersom de inträffar i framtiden och därmed är osäkra. Det som skiljer detta förslag från Langers är att de vill lägga bevisbördan på motparten i det här läget. Langer anser istället att den bör läggas på svaranden eftersom de innehar bäst information.¹⁶⁹

7.4 Ett modifierat legalitets per se test

Både O'Donoghue, Padilla och Langer anser att det nyss nämnda testet är att föredra framför det ostrukturerade *rule of reason* testet. Problemet med testet är dock att det kan bli för svårt att implementera i praktiken eftersom det fordrar krävande, empiriska analyser. Resultatet av detta kan bli att konkurrensmyndigheterna och domstolarna kan komma att föredra ett enklare *per se* test. Men som vi kunnat se ovan är varken ett *per se* förbud eller ett modifierat *per se* förbud ett bra alternativ. Det enda realistiska valet är därför ett modifierat legalitets per se test.¹⁷⁰

Ett modifierat legalitets per se test presumerar att kopplingsförbehållet gynnar konkurrensen såvida inte käranden kan visa starka bevis på att kopplingsförbehållet inte resulterade i effektivitetsvinster utan i huvudsak användes för uppnå eller bibehålla ett monopol. Käranden, vilken normalt är konkurrensmyndigheten, kan också föra fram bevis om att det finns starka konkurrenshämmande effekter som överväger kopplingsförbehållets positiva effekter.¹⁷¹ Sådana bevis kräver att käranden verkligen kan visa på kausalsamband mellan handlande och den sannolika reduktionen av konsumenternas välfärd. Kopplingsförbehåll kommer fortfarande att kunna klassas som olagliga, men troligen bara i exceptionella fall. Man skulle kunna se ett modifierat legalitets per se test som en version av *rule of reason* där bevisbördan för att visa på konkurrenshämmande effekter är väldigt betungande. Ett modifierat legalitets per se test kommer dock resultera i fler felaktiga godkännanden, än ett *rule of reason* test. Kostnaden av ett ökat antal felaktigt godkända kopplingsförbehåll måste därför jämföras med de extra administrativa kostnaderna som tillkommer för att kunna genomföra den komplicerade analys som föreslogs under föregående rubrik. På samma gång bör kostnaderna för felaktiga domslut där

¹⁶⁹ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 329.

¹⁷⁰ O'Donoghue och Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, s. 517.

¹⁷¹ Hylton och Salinger, *Tying Law and Policy: A Decision Theoretic Approach*, (2001), *Antitrust Law Journal*, s. 469, på s. 470-71. Artikelns finns tillgänglig på: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=267170

kopplingsförbehåll underkänns efter användningen av föregående test beaktas.¹⁷²

Langer har också åsikter om det *modifierade legalitets per se* testet och börjar med att förklara att ett sådant test använts i *Magill och IMS*-målet¹⁷³ som handlade om tvångslicensiering. Utgångspunkten i sådana mål är att de som innehar äganderätten kan vägra att licensiera även fast de är dominanta. Som dominant företag är man endast tvungen att licensiera om åtkomst är absolut nödvändig för att produkten skall kunna tillhandahållas på en närliggande marknad; det finns påvisbar potentiell efterfrågan för den tilltänkta produkten; att en vägran till åtkomst skulle eliminera all konkurrens på den andra marknaden och att det inte finns några objektiva skäl till vägran av åtkomst. Langer menar att ett *per se* test som det i mål om tvångslicensiering är för tolerant för kopplingsförbehåll. För det första ger testet på ett felaktigt sätt en heltäckande åsikt av effektivitetsvinsterna med kopplingsförbehåll. Langer menar att bara för att det finns många konkurrensutsatta marknader där produkter är sammankopplade, trots att de skulle kunna säljas separat, betyder inte det att det skulle finnas en grund för att anta att det gynnar konsumenterna. För det andra kräver utredningar om kopplingsförbehåll som företas av dominanta företag noggrann utredning. Utökning av monopol/dominans på lång sikt är ett särskilt allvarligt problem som måste beaktas. Tröskeln för tvångslicensiering bör därför vara högre än tröskeln för att tillåta kopplingsförbehåll.¹⁷⁴ Tvångslicensiering relaterar dessutom till en immateriell rättighet, medan kopplingsförbehåll relaterar till hur en produkt är designad (som är fallet vid tekniskt buntning) eller hur den marknadsförs. Företag kan, om inte tvångslicensieringstestet uppfylls, vägra licensiering även då de är dominanta. Detta utgör själva kärnan av att inneha en immateriell rättighet, därför bör tröskeln vara mycket hög.¹⁷⁵

7.5 Kommissionens diskussionspapper

Slutligen skall Kommissionens diskussionspapper¹⁷⁶ granskas översiktligt. Diskussionspappret handlar om hur artikel 82 skall tillämpas på exkluderande beteenden. Diskussionspappret är inte bindande för hur Förstainstansrätten och EG-domstolen skall tolka artikel 82. Det för endast fram förslag på hur Kommissionen skall bedöma i en konkurrensutredning. Diskussionspappret innehåller till viss del ett förslag på hur ett framtida test, eller i vart fall hur en bedömning bör se ut i framtiden. Fråga är dock om diskussionspappret är detaljerad nog för att ge tillräckligt med vägledning? Den del av diskussionspappret som avser kopplingsförbehåll visar på många framsteg. Kommissionen visar exempelvis att de inser att både företag med,

¹⁷² O'Donoghue och Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, s. 517.

¹⁷³ Mål C-418/01 *IMS Health* [2004] 5 CMLR 8.

¹⁷⁴ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 327.

¹⁷⁵ a. a., s. 327 f.

¹⁷⁶ DG Competition Discussionpaper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses.

och utan, marknadsstyrka företar kopplingsförbehåll och att kopplingsförbehåll är en vanlig företeelse som ofta inte har en konkurrenshämmande effekt.¹⁷⁷ Det här uttalandet skulle kunna peka på ett mer effektbaserat synsätt. Trots detta formulerar inte diskussionspappret några principer som kan ge klar vägledning och förutsebarhet för företag och deras rådgivare. Med diskussionspappret som grund kan rådgivare endast råda dominanta företag, eller företag med stora marknadsandelar att avstå från kopplingsförbehåll och buntning för att undvika konkurrensutredningar.¹⁷⁸

I diskussionspappret återkommer Kommissionen ständigt till att de utestängande effekterna av ett kopplingsförbehåll är den största oron. Även om detta är ett steg i rätt riktning vore det bra om Kommissionen kunde varit lite mer konkret. I exempelvis punkt 180 verkar Kommissionen fokusera på utökning av marknadsstyrka i allmänhet, och på lång sikt i synnerhet. Om den betraktelsen stämmer vore det bättre om det angavs på ett tydligare sätt.¹⁷⁹

Prisdiskriminering och höga priser är två andra konkurrensbegränsande effekter som Kommissionen nämner, även om de därefter tillägger att diskussionspappret endast kommer beröra de utestängande effekterna.¹⁸⁰ Om utökning av marknadsstyrka från en marknad till en annan är det största orosmomentet, är referensen till prisdiskriminering inte helt tydlig eftersom prisdiskriminering kan vara en avsikt som är konkurrensgynnande. Referensen till högre priser verkar bestå i risk för utökning på kort sikt. Ekonomisk teori har dock visat att det är osannolikt att sådan utökning inträffar. Kopplingsförbehåll har snarare, generellt sett, positiva effekter på kort sikt.¹⁸¹

Kommissionen förklarar vidare att de kommer att använda sig av ett tvåstegstest för att kunna fastställa om utestängande effekter föreligger.¹⁸² De kommer då först att bedöma vilka kunder som kopplas samman och sen om dessa kunder formar en tillräcklig del av den relevanta marknaden så att den marknaden kan anses utestängd. I detta hänseende uppmanar bl.a. Langer Kommissionen att närmare förklara vad de menar med ”tillräcklig del”, t.ex. genom att ange en procentsats. Alternativt, anser Langer att Kommissionen bör signalera att kopplingsförbehåll endast kan vara missbrukande då det leder till ett skapande eller ett bibehållande av en dominant ställning på tilläggsmarknaden. Kommissionen ger en lista på faktorer den kommer att beakta när den utvärderar om en ”tillräcklig del” av

¹⁷⁷ DG Competition Discussionpaper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, s. 54, punkt 178.

¹⁷⁸ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 330.

¹⁷⁹ a.a, s. 330.

¹⁸⁰ DG Competition Discussionpaper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, s. 54, punkt 179.

¹⁸¹ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 330.

¹⁸² DG Competition Discussionpaper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses., s. punkt 188.

marknaden har blivit utestängd.¹⁸³ Listan utgör ett tydligt steg i rätt riktning genom att dominanta företag informeras om vilka faktorer som kan tänkas beaktas vid en bedömning av kopplingsförbehålets utestängande effekter. Kommissionen nämner dock inget om vilken vikt de ger åt de enskilda faktorerna.

Vidare anger Kommissionen att sakliga skäl kan tänkas rättfärdiga ett annars olagligt kopplingsförbehåll.¹⁸⁴ Kommissionens ståndpunkt i denna del skulle dock kunna anses som ganska strikt. Den tillkännager t.ex. att säkerhet skulle kunna vara ett sådant rättfärdigande, men säger också att det inte är ett dominant företags uppgift att behandla sådana frågor på eget initiativ. Just säkerhetsskäl verkar därmed vara ett mycket smalt område att beträda. Eftersom ekonomisk teori visar att kopplingsförbehåll faktiskt kan ha en del positiva effekter, anser exempelvis Langer att ett mer generöst synsätt tillämpas när det gäller sakliga skäl. Kommissionen bör också förklara om de intar en *ex ante* eller ett *ex post* synsätt när de bedömer sådana åberopanden. Krävs det att det skall kunna visas att de sakliga skälen var avsedda från början? Likaså tycker Langer att Kommissionen bör ta upp frågan om meterprissättning. Det har länge varit känt att kopplingsförbehåll kan användas som ett mätinstrument och ur ekonomisk synvinkel vore det bra om det återgavs såsom ett sakligt skäl. Slutligen kan det konstateras att Kommissionen anser att bevisbördan för hur effekterna skall vägas mot varandra skall falla på det dominanta företaget.¹⁸⁵

7.6 Sammanfattning och slutsatser

Sammanfattningsvis kan man säga att författarna inom doktrinen kommit längre med sina förslag om hur en framtida bedömning bör se ut än vad Kommissionen har gjort. Doktrinen grundar sina åsikter på de ekonomiska teorier som framlagts under de senaste decennierna. Visserligen går teorierna ibland isär, vilket ger olika förslag på tester. Kommissionen skulle dock ha kunnat precisera sin ståndpunkt något mer och kanske uppdaterat den något också. Just nu inväntar Kommissionen fortfarande synpunkter, därefter kommer Kommissionen bestämma om diskussionspappret skall utgöra riktlinjer eller inte.

Vilket av de föreslagna testen som skulle vara bäst kommer att diskuteras i det avslutande kapitlet som följer härnäst.

¹⁸³ DG Competition Discussionpaper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, s. 58 ff, punkt 196-203.

¹⁸⁴ a. a. s. 60, punkt 204-205.

¹⁸⁵ Langer i Amato och Ehlermann, *EC Competition Law: A Critical Assessment*, s. 330 f.

8 Sammanfattning

8.1 De ekonomiska synpunkterna

De ekonomiska teorierna visar klart och tydligt att kopplingsförbehåll kan ha både positiva och negativa effekter på marknaden. De konkurrenshämmande effekterna som kan tänkas uppstå är att företagets starka marknadsposition på huvudmarknaden skall överflyttas till tilläggsmarknaden (den s.k. leverageteorin). Det kan ske på både ett direkt eller indirekt sätt. En annan konkurrenshämmande effekt är att konkurrenter utesluts från tilläggsmarknaden och att inträdeshinder uppstår. Inträdeshinder är något som uppfattas som extra problematiskt inom EG-rätten, som eftersträvar full marknadsintegration. Kopplingsförbehåll kan också ha affärsmässiga funktioner i form av upprätthållande av kvalitetsnormer eller så kan det användas som en alternativ metod att erhålla meterprissättning. Blandad buntning anses dessutom oftast leda till effektivitetshöjande fördelar.

8.2 Tidigare bedömningar inom EU

Leverageteorin utgjorde grunden till den första, väldigt formalistiska syn som Kommissionen och domstolarna tillämpade på 1970-talet. På 1980-talet tillämpas det *absoluta per se* förbudet, men trots att rädslan för utökning av marknadsstyrka föreligger, sker inte en noggrann analys av om de anklagade företagen innehar en dominerande ställning eller inte. En sådan ställning är nödvändig för att en utökning av marknadspositionen från huvudmarknaden till tilläggsmarknaden skall kunna ske. Inte heller var det nödvändigt att kunna visa på en på en utestängande effekt bland konkurrenterna på tilläggsmarknaden.

På 1990-talet började den stela bedömningen mjukas upp något och genom det *modifierade per se* förbudet börjar bakomliggande ekonomiska skäl analyseras. Kommissionen uttrycker också explicit att det kan finnas skäl som kan överväga de skadliga effekterna och leda till att kopplingsförbehållet godkänns. Likaså börjar kravet på marknadsstyrka undersökas mer utförligt.

Efter millennieskiftet har bedömningen av kopplingsförbehåll inom EU tagit en alltmer effektbaserad form. I *Microsoft*-målet uttrycker Kommissionen och Förstainstansrätten för första gången ett test att använda vid bedömningen av kopplingsförbehåll. Enligt detta test krävs det att kopplingsförbehållet skall ha en utestängande effekt på konkurrensen. Detta är definitivt ett steg i rätt riktning eftersom de ekonomiska teorierna visat att

riskerna för att utökning av monopol eller dominans skall inträffa är väldigt liten. Post-Chicago har presenterat flera modeller där kopplingsförbehåll leder till utökade monopolistiska vinster, gemensamt för dessa är dock att de utökade vinsterna är ett resultat av att det starka företaget lyckas utesluta konkurrenter med hjälp av kopplingen. Det sistnämnda kravet i det test som stipulerades i Microsoft innebar som sagt ett krav på utestängande effekt. Härmed kan man säga att EU, i sin bedömning, gått från att tillämpa ett mycket stelt *absolut per se* förbud till en mer effektbaserad analys.

Det bör dock noteras att Microsoft-målet inte rörde en klassisk form av kopplingsförbehåll, konsumenterna hade nämligen möjlighet att använda sig av tredjemans mediespelare. Möjligtvis kan det vara så att Kommissionen och Förstainstansrätten därmed ansåg att det var extra viktigt att kunna visa på en utestängande effekt. Jag tror dock inte att det skulle vara den enda anledningen. Testet är uttryckligen tänkt att användas på kontraktuella kopplingsförbehåll och teknisk buntning. Kravet om utestängande effekt ligger också i linje med den bedömning som sker i USA och den diskussion som förs inom praxis. Därmed anser jag inte jag att det skulle föreligga någon risk för att bedömning om utestängande effekt inte kommer att beaktas i framtiden.

8.3 Val av framtida test

Dessvärre är det så att det test som användes i Microsoft-målet inte är tillräckligt för att bedömningen skall anses modern nog, i vart fall inte om det skall ligga i fas med vad de ekonomiska teorierna visar. Inom doktrinen förs en livlig diskussion om hur ett framtida bedömningstest bör se ut. I denna uppsats bedömdes några av de tester där kopplingsförbehåll behandlas som en form av exploaterande missbruk. Val av framtida test buktas framförallt med två svårigheter. Dels bör testet vara utformat så att både de negativa och de positiva effekterna av kopplingsförbehållet tillgodoses. En sådan bedömning kräver vanligtvis en noggrann undersökning av varje omständighet i det enskilda fallet. Problemet med detta är att en sådan utredning står i strid med det faktum att det framtida testet inte får vara alltför utförligt av den enkla anledningen att det kommer att kosta alldeles för mycket pengar att företa form. Vilket av de framtagna testen kan då bäst tillgodose dessa motstridiga intressen?

Förslaget om det *ostrukturerade rule of reason* testet innehåller, till skillnad från det *strukturerade rule of reason* testet, inget "lösningsschema" där ett visst antal punkter skall bedömas i en viss ordning. Testet går helt enkelt ut på att de positiva och negativa effekterna av kopplingsförbehållet tas fram och vägs gentemot varandra. Fördelarna med ett sådant test är att alla effekter av kopplingsförbehållet skulle tillgodoses och bedömas. Nackdelen är dock att en sådan bedömning är extremt komplex och därigenom väldigt kostsam. Ett vågmästaretest angriper dessutom förklaringarna på ett sådant

sätt att varje tänkbart motiv är lika möjligt. Ett *ostrukturerat rule of reason* test verkar således inte tillgodose de två främsta intressena på ett tillräckligt tillfredsställande sätt.

Förslaget om ett *strukturerat rule of reason* test är fördelaktigt eftersom det innehåller ett "lösningsschema" med ett antal punkter att beakta. I ett av förslagen fanns en första tröskel där uppenbart ofarliga fall enkelt skulle kunna sällas bort (till en förhållandevis låg kostnad). Därefter skulle det undersökas om kopplingsförbehållet kunde ha konkurrensbegränsande effekter eller inte. Nästa steg var att bedöma hur sannolikt det är att en konkurrensbegränsande effekt inträffar. Därefter kunde de båda testen enas om att fördelaktiga effekter skulle undersökas och slutligen skulle dessa effekter vägas mot de negativa. Fördelen med ett sådant här test är återigen att samtliga effekter tillgodoses, denna gång på ett mer strukturerat sätt. Nackdelen är dock återigen att bedömningen blir mycket kostsam eftersom bedömningsgrunderna kräver en utförlig och noggrann undersökning av samtliga omständigheter i målet. Testet grundar sig också till stor del på potentiella effekter som eventuellt kan väntas ske i framtiden. Det medför att testet kan uppfattas som osäkert.

Alternativet till dessa båda tester är ett *modifierat legalitets per se* test. Skillnaden från det gamla *modifierade per se* förbudet är helt enkelt att det skall presumeras att kopplingsförbehåll gynnar konkurrensen. Det är positivt på så sätt att detta test står i stark relation till vad de ekonomiska teorierna kommer fram till, nämligen att kopplingsförbehåll oftast har en konkurrens gynnande effekt. Nackdelen med testet är att bevisbördan är mycket betungande. Det kan nämligen vara mycket svårt att bevisa de konkurrenshämmande effekterna, eftersom de allt som oftast inträffar framåt i tiden. Återigen leder det till stora kostnader. Det här testet befaras även leda till att fler felaktiga godkännanden ges, eftersom det är alldeles för tillåtande. Langer uttrycker att ett sådant här test används vid mål om tvångslicensiering, och menar vidare att skyddet för immaterialrätter väger tyngre än skyddet för kopplingsförbehålls fördelaktiga effekter. Därför anser han att testet är alldeles för tillåtande på kopplingsförbehåll. Kostnaden för att fler felaktiga godkännanden ges måste naturligtvis vägas mot de extra kostnader som en bedömning enligt det *strukturerade rule of reason* testet skulle medföra.

Vid ett övervägande av alla dessa fördelar och nackdelar av respektive anser jag att ett *strukturerat rule of reason* test vore att föredra. Dels för att det innehåller ett steg där ofarliga kopplingsförbehåll faller ur utan att en alltför extensiv utredning företas, men också för att alla effekter av kopplingsförbehållen kommer upp till bedömning. För att underlätta testet något vore det dock bra om de olika effekterna gavs någon form av värdemätning så att det lättare skall gå att väga dem emot varandra. En sådan värdering skulle Kommissionen kunna ge förslag på i sitt diskussionspapper. Just nu mottar Kommissionen fortfarande synpunkter på diskussionspappret, därefter ska de ta ställning till om diskussionspappret skall utgöra riktlinjer.

Käll- och litteraturförteckning

Litteraturförteckning

- Amato, Giuliano & Ehlermann, Claus-Dieter *EC Competition Law, a Critical Assessment* Oxford och Portland, Hart Publishing, 2007.
- Bishop, Simon & Walker, Mike *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2:a upplagan, London, Sweet & Maxell, 2002.
- Bork, Richard H. *The Antitrust Paradox*, New York, Free Press 1993.
- Craig, Paul och de Búrca, Gráinne *EU Law: Text, cases and materials*, 4:e upplagan, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Gölstam, Carl Martin *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Uppsala, Iustus förlag, 2007.
- Jones, Alison och Sufirin, Brenda *EC Competition Law: Text, cases and materials*, 3:e upplagan, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Korah, Valentine *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9:e upplagan, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Lidgard, Hans Henrik *Licensavtal i EU: kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa avtal om tekniköverföring*, Stockholm, Publica, 1997.
- O'Donoghue, Robert & Padilla, A Jorge *The Law and Economics of Article 82*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
- Westin, Jacob *Europeisk Konkurrensrätt*, London, Studentlitteratur 2007

Artiklar

- Ahlborn, Christian, Evans, David S och Padilla, A. Jorge *The Antitrust Economics of Tying: A farewell to Per se Illegality*, Antitrust Bulletin, 2004.

- Dolmans, Maurits och Graf, Thomas *Analysis of Tying under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective*, World Competition, Vol. 27, 2004.
- Furse, Mark. *Abusive Dynamics*, E.C.L.R. 2005,
- Hylton, Keith och Salinger, Michael *Tying Law and Policy: A Decision Theoretic Approach*, *Antitrust Law Journal*, 2001
- Price, Diane *Abuse of a Dominant Position – The Tale of Nails, Milk Cartons and Tv Guides*, 1990, E.C.L.R
- Majerus David och Nalebuff, Barry *Bundling, Tying and Portfolio Effects*, DTI (Department of Trade and Industry, UK) Economics Paper 2003.
- Nalebuff, Barry och Ayres, Ian *Going Soft on Microsoft? The EU Antitrust Case and Remedy (2005) The Economists' Voice Vol. 2 Issue 2, 2005*
- Picker, Paul H och Randal, C. *Unbundling Scope-of-Permission Goods: When Should We Invest in Reducing Entry Barriers?*, *University of Chicago Law Review*, 2005.

Material från EU

Fördrag:

Europeiska Unionen – Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska Unionen och fördraget om upprättande av Europeiska Gemenskapen (2002/C 325/33).

Det konkurrensrättsliga Generaldirektoratets diskussionspapper:

DG Discussion Paper on the Application of article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses.

Rapporter från Kommissionen:

European Commission, XXVIth Report on Competition Policy [1996]
European Commission, XXVIIIth Report on Competition Policy (1998)

Elektroniska källor

Konkurrensverkets hemsida:

http://www.konkurrensverket.se/t/Page_____680.aspx

(Senast besökt 2008-05-23).

Ahlborn, Evan och Padillas artikel finns tillgänglig på:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=381940#Paperdownload

(Senast besökt 2008-05-22).

Hylton och Salingers artikel finns tillgänglig på:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=267170

(Senast besökt 2008-05-22).

Nalebuff och Ayres artikel finns tillgänglig på:

<http://www.bepress.com/ev./vol2/iss2/art4>.

(Senast besökt 2008-05-22).

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EG-domstolen

Mål 27/76 *United Brands Co and United Brands Continental BV* mot *Kommissionen* [1978] ECR s. 207, not 65

Mål 85/76 *Hoffman- La Roche and Co. AG* mot *Kommissionen* [1979] ECR 461.

Mål 60/81 *IBM* mot *Kommissionen* [1981] ECR 2639

Mål 193/83 *Windsurfing International Inc.* mot *Kommissionen* [1986] ECR 611

Mål 311/84 *Télémarketing* mot *CLT*, [1985] ECR I-3261.

Mål 247/86 *Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique* mot *Novasum (Alsatel)* [1988] ECR 5987.

Mål 395/87 *Ministère Public* mot *Jean Louis Tournier (Sacem)* [1989] ECR 2521.

Mål C-333/94 *Tetra Pak International* mot *Kommissionen* [1996] ECR I-49521.

Mål C-418/01 *IMS Health GmbH & Co* mot *NDC Health GmbH & Co KG* [2004] ECR I-5039.

Mål från EU:s Förstainstans

Mål T-30/89 *Hilti AG* mot *Kommissionen* [1991] ECR II-1439;

Mål T-83/91 *Tetra Pak* mot *Kommissionen*, [1994] ECR II-755

Mål T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd* mot *Kommissionen* [2003] ECR II-4653

Mål T-203/01 *Michelin* mot *Kommissionen* [2003] ECR II-4071

Mål T-201/04 *Microsoft Corp.* mot *Kommissionen*, n.y.r

Beslut från Kommissionen

Beslut 79/86/EEC, *H. Vaessen BV mot Moris och Alex Moris pvba* [1979] L19/32

Beslut 85/410/EEC, *Velcro SA mot Aplex SA*, [1985] OJ L233/22

Beslut 88/138/EEC *Hilti* OJ L65/19, 1988

Beslut 88/518 *Napier Brown mot British Sugar* [1988] OJ L284/41.

Beslut 88/589 *London European Sabena* [1988] OJ L317/47.

Beslut 92/163 *Tetra Pak* [1992] OJ L72/1

Beslut IV/34.395 *Van den Bergh Foods Limited* [1998] OJ L246/1

COMP/37.859 *De Post-La Poste* [2002] OJ L61/32

COMP C-3/37.792 *Microsoft* den 24 maj 2004, OJ L162.

Mål från U.S Court of Appeals

States v Microsoft Corp (Microsoft III Appeals) 253 F.3d 34, målnummer 00-5212 konsoliderat med målnummer 00-5213, US Court of Appeals for the District of Columbia, Juni 28, 2001.