



INTERNATIONELLA HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

Microsoft

Ett nytt sätt att hantera kopplingsförbehåll

Magisteruppsats inom konkurrensrätt

Författare: Marcos Guerrero
Fredrik Nodin

Handledare: Göran Wahlgren

Framläggningsdatum 2008-01-18

Jönköping januari 2008



JÖNKÖPING INTERNATIONAL BUSINESS SCHOOL
Jönköping University

Microsoft

A new way of handling tying practices

Master's thesis within Competition Law

Authors: Marcos Guerrero

Fredrik Nodin

Tutor: Göran Wahlgren

Jönköping January 2008

Magisteruppsats inom konkurrensrätt

Titel:	Microsoft - Ett nytt sätt att hantera kopplingsförbehåll
Författare:	Marcos Guerrero och Fredrik Nodin
Handledare:	Göran Wahlgren
Datum:	2008-01-18
Ämnesord	Kopplingsförbehåll, Microsoft, per se-förbud, rule of reason, konkurrenshämmande effekter

Sammanfattning

Den här magisteruppsatsen analyserar domen mot Microsoft i EG-domstolens första instans. Domen fastställde att Microsoft genom användningen av kopplingsförbehåll, missbrukat sin dominerande ställning enligt artikel 82 i EG-fördraget. Kopplingsförbehållet i det aktuella fallet bestod i att Microsoft uteslutande sålde två separata produkter tillsammans, operativsystemet Windows och mediaspelaren Windows Media Player. Före Microsoft-fallet tillämpades inom EG-rätten ett per se-förbud mot kopplingsförbehåll, vilket innebar att de automatiskt ansågs olagliga utan att effekterna av det individuella kopplingsförbehållet utreddes. Kopplingsförbehållet i Microsoft-fallet ansågs däremot ha en så komplicerad karaktär att en vidare utredning var nödvändig. Därför gjordes en övergång från per se-förbudet till en bedömning med inslag av rule of reason. Den nya bedömningen innebar bland annat en granskning av den effekt som kopplingsförbehållet hade på marknaden. Det var också möjligt för Microsoft att visa att kopplingsförbehållet hade konkurrensfrämjande effekter och effektivitetsvinster som övervägde kopplingsförbehållets konkurrenshämmande effekter, vilket skulle anses som sakligt skäl. Om det bedömdes att det fanns sakliga skäl till kopplingsförbehållet, skulle det kunna tillåtas.

I ett närmast identiskt fall av kopplingsförbehåll i USA, även det gällande Microsoft, ansågs en bedömning enligt rule of reason vara bättre än tillämpningen av ett per se-förbud. Det fanns dock betydande skillnader mellan den rule of reason-bedömning som förespråkades i USA och den europeiska bedömningen som hade inslag av rule of reason. I USA ansågs exempelvis testet som användes för att fastslå att kopplingsförbehållet bestod av två separata produkter som alltför tillbakablickande och riskerade att hämma teknologisk utveckling och innovation. Det synsättet fanns inte i Europa och därför tillämpades testet vid bedömningen av Microsofts kopplingsförbehåll. Den europeiska metoden för att bedöma kopplingsförbehåll ställde överlag betydligt hårdare krav på svaranden än den amerikanska motsvarigheten. I det europeiska fallet var det upp till Microsoft att visa att kopplingsförbehållet var ”indispensible”, det vill säga nödvändigt för att effektivitetsvinsterna och de konkurrensfrämjande effekterna skulle erhållas. Något krav på svaranden att visa att kopplingsförbehållet var nödvändigt ställdes inte i USA.

Trots att vi ställer oss positiva till avsteget från ett per se-förbud, anser vi att det nya sättet att bedöma kopplingsförbehåll har svagheter. Metoden att fastslå effekterna av kopplingsförbehållet är mycket spekulativt och kravet på att svaranden måste visa att kopplingsförbehållet är nödvändigt för att uppnå konkurrensfrämjande effekter är alltför hårt.

Det råder fortfarande osäkerhet kring vilka konsekvenser den nya europeiska metoden kommer att få i framtiden vid bedömningen av kopplingsförbehåll enligt artikel 82 i EG-fördraget. Sedan Microsoft-fallets avgörande har det inte tagits upp något annat fall av kopplingsförbehåll, varken av Kommissionen eller EG-domstolen. Det är därför än så länge oklart om per se-förbudet är avskaffat och en rule of reason-inriktad bedömning kommer att göras i fortsättningen.

Master's Thesis in Competition Law

Title:	Microsoft – A new way of handling tying practices
Authors:	Marcos Guerrero and Fredrik Nodin
Tutor:	Göran Wahlgren
Date:	2008-01-18
Subject terms:	Tying, Microsoft, per se illegality, rule of reason, anti-competitive effects

Abstract

This Master's thesis analyses the ruling against Microsoft by the Court of First Instance. The ruling affirmed that Microsoft had abused its dominant position in violation of Article 82 of the EC Treaty by the practice of tying. The tying practice in question consisted of the fact that Microsoft without exception sold two separate products jointly. More specifically, Microsoft sold its operating system Windows together with its media player Windows Media Player. Before the Microsoft case the Community law treated tying practices as illegal per se, which meant that tying was automatically considered as illegal without an examination of the effects of the specific tie. Due to the complex nature of the tie in the Microsoft case, a more extensive examination was deemed necessary. The result was a shift from the per se illegality approach to an assessment with elements of rule of reason. The new way of assessing tying practices meant, amongst other things, the addition of a review of the effects that the tie in question had on the market. The new assessment also gave Microsoft the possibility to demonstrate that the efficiencies and the pro-competitive effects of the tie outweighed its anti-competitive effects, which would make the tie objectively justified.

In an almost identical tying case in the United States, which also involved Microsoft, a rule of reason approach was considered as being more suitable than a per se illegality approach. There were, however, significant differences between the American rule of reason approach and the European assessment with elements of rule of reason. The test to determine the existence of two separate products, for example, was in the United States considered as being too backward looking and it threatened to stun innovation and technological development. The European Commission did not share this opinion and therefore chose to apply the test. Overall, the new European way of assessing tying practices demanded much more of the defendant than its American equivalence. In the European Microsoft case, it was up to Microsoft to demonstrate that the tie was indispensable to achieve the efficiencies and the pro-competitive effects. A requirement on the defendant to prove that the tie was indispensable did not exist in the United States.

Despite our positive attitude towards the deviation from a per se illegality, we do believe that the new way of assessing tying practices has weaknesses. The method of determining the effects of the tying practice in question is very speculative and the requirement that the defendant has to demonstrate that tying is necessary to achieve the pro-competitive effects is too strict.

There is still an uncertainty as to the future consequences of the new European way of assessing tying practices falling under Article 82 of the EC Treaty. Since the ruling in the

Microsoft case, neither the European Commission nor the Court of Justice has dealt with new cases of tying practices. It is therefore uncertain if the per se illegality is abolished and a more rule of reason oriented approach will be applied from now on.

Innehåll

1	Inledning	1
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Syfte	1
1.3	Metod	2
1.4	Avgränsning	2
1.5	Disposition.....	3
2	Gällande rätt	4
2.1	Artikel 82	4
2.2	Företag.....	5
2.3	Relevant Marknad	5
2.3.1	Allmänt.....	5
2.3.2	Relevant produktmarknad.....	6
2.3.3	Relevant geografisk marknad	7
2.4	Dominerande ställning.....	8
2.4.1	Inledning	8
2.4.2	Marknadsandelar	9
2.4.3	Särskilt ansvar	10
2.5	Missbruk av dominerande ställning	10
2.5.1	Missbruksbegreppet	10
2.5.2	Exempel på missbruk	11
3	Kopplingsförbehåll.....	12
3.1	Begreppet kopplingsförbehåll	12
3.2	Separata produkter.....	13
3.3	Kopplingsförbehållets effekter	14
3.4	Praxis	14
3.4.1	Hilti.....	14
3.4.2	Tetra Pak	15
4	Rule of reason och per se-förbud	17
5	Ekonomiska koncept.....	18
5.1	Inträdeshinder	18
5.1.1	Allmänt om inträdeshinder	18
5.1.2	Rättsliga inträdeshinder	18
5.1.3	Sunk costs	18
5.2	Nätverkseffekter	19
5.3	Effektivitetsvinster	19
6	Referat Microsoft mot Kommissionen	20
6.1	Bakgrund.....	20
6.2	Processen	21
6.2.1	Interoperabilitetsinformation	21
6.2.2	Kopplingsförbehåll	24
6.2.3	Extern övervakare.....	26
6.2.4	Sammanfattning.....	27
7	Referat United States mot Microsoft	28

7.1	Bakgrund.....	28
7.2	Processen	28
	7.2.1 Monopol på den relevanta marknaden	28
	7.2.2 Konkurrenshämmande förfarande	29
	7.2.3 Monopol på en andra marknad.....	30
	7.2.4 Kopplingsförbehållet	31
7.3	Överklagandet.....	32
7.4	Den slutgiltiga domen.....	32
8	Analys	34
8.1	Inledning.....	34
	8.1.1 Det amerikanska Microsoft-fallet.....	34
	8.1.2 Det europeiska Microsoft-fallet	35
8.2	Skillnader mellan USA och Europa	36
8.3	Slutsatser	38
	8.3.1 Separata produkter.....	38
	8.3.2 Utestängning av konkurrens	39
	8.3.3 Sakliga skäl	40
	8.3.4 Från per se till rule of reason	41
	8.3.5 Påföljderna	42
	8.3.6 Konsekvenser	43
9	Avslutning.....	45
	Referenslista	46

Förkortningslista

EC	European Community
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska Gemenskapernas domstol
EG-fördraget	Europeiska Gemenskapernas fördrag
Kommissionen	Kommissionen för de Europeiska Gemenskaperna
Par	Paragraf
s	Sida

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den 17 september 2007 kom domen från EG-domstolens första instans gällande Microsoft överklagande av Kommissionens beslut från 2004. Domen fastställde att Microsoft hade brutit mot artikel 82 i EG fördraget genom att på olika sätt missbruka sin dominerande ställning. Ett av missbruken gällde ett så kallat kopplingsförbehåll, som innebär att två separata produkter säljs tillsammans och därmed kan en konsument inte köpa en av produkterna utan att samtidigt få den andra produkten. Microsofts kopplingsförbehåll bestod i att mediaspelaren Windows Media Player var integrerad i operativsystemet Windows, och därmed såldes de två produkterna tillsammans som en enda produkt. Domen ålade Microsoft att utöver den vanliga versionen av Windows, i vilken Windows Media Player medföljde, också erbjuda konsumenterna och persondatortillverkarna en version av operativsystemet som inte innehöll mediaspelaren. Kopplingsförbehållet sammantaget med att domstolen fann att Microsoft hade vägrat att tillhandahålla nödvändig information för interoperabilitet, också det i strid mot artikel 82, resulterade i ett rekordstort skadestånd på över 497 miljoner Euro.

Microsofts kopplingsförbehåll skiljde sig på många sätt från de tidigare fall av kopplingsförbehåll som Kommissionen och EG-domstolen ställts inför. De tidigare fallen hade gällt produkter som tydligt kunde ses som separata, exempelvis spikar och spikpistoler, men Microsofts produkter var integrerade, det vill säga sammanblandade i varandra. Innan Microsoft-fallet tillämpades ett per se-förbud mot kopplingsförbehåll, vilket innebar att kopplingsförbehåll automatiskt ansågs strida mot artikel 82 i EG-fördraget och därmed var förbjudna, men det ansågs inte lämpligt i den typ av kopplingsförbehåll som Microsoft använde sig av. Några år innan Kommissionen fattade sitt beslut hade ett mycket liknande fall av kopplingsförbehåll, även det gällande Microsoft, varit föremål för prövning i amerikansk domstol. Den amerikanska domstolen ansåg också att det var nödvändigt med en ny metod för att bedöma den typ av kopplingsförbehåll som Microsoft använt sig av. Den lösning som rekommenderades var att göra en bedömning enligt rule of reason, vilket innebar att kopplingsförbehållets positiva effekter vägdes mot dess negativa. Om det vid bedömningen visade sig att kopplingsförbehållet hade en positiv nettoeffekt skulle det tillåtas. I Europa valde Kommissionen att konstruera en ny metod för att bedöma kopplingsförbehåll som åtminstone i teorin utgick från rule of reason.

Från att ha haft en relativt fientlig inställning till kopplingsförbehåll har Kommissionen och EG-domstolen övergått till att ta i beaktande att ett kopplingsförbehåll kan ha positiva effekter i form av effektivitetsvinster och konkurrensfrämjande effekter. Genom att Kommissionens beslut och dess nya rule of reason-inriktade metod har erkänts i en dom, blir det intressant att se hur den nya metoden kommer att tillämpas framöver. Kommer metoden enbart att användas på den sortens kopplingsförbehåll som förekom i Microsoft-fallet, eller kommer den att tillämpas konsekvent på alla fall av kopplingsförbehåll? I vilket fall är det värt att analysera metoden närmare och belysa en del av kritiken som framförts.

1.2 Syfte

Ämnet för uppsatsen är kopplingsförbehåll såsom de behandlas inom EG-rätten. I Microsoft-fallet frångicks praxis på detta område i många avseenden och uppsatsen syftar till att belysa och analysera dessa avsteg. På vilka sätt har praxis frångåtts i Microsoft-fallet? Har

rule of reason verkligen tillämpats i fallet? Vilka konsekvenser kan det nya tillvägagångssättet få?

Eftersom det i USA togs upp ett mycket snarlikt fall gällande Microsoft, som även det resulterade i avsteg från praxis, kommer jämförelser av de juridiska resonemangen i båda fallen att göras i den mån det är möjligt. Syftet med jämförelserna är att visa att det trots samstämmigheten att det var nödvändigt med ett nytt sätt att bedöma de kopplingsförbehåll som förekom i fallen, ändå fanns skillnader i synsätten på hur dessa kopplingsförbehåll lämpligen skulle bedömas.

1.3 Metod

Vid skrivandet av uppsatsen har den så kallade trattmetoden tillämpats. Den innebär att utgångspunkten till en början har varit bred för att sedan övergå till en utredning av de specifika Microsoft-fallen och slutligen en analys av problematiken i det resonemang som användes i det europeiska Microsoft-fallet.

I det inledande skedet, som bland annat behandlar gällande rätt inom området, har den EG-lagstiftning som reglerar kopplingsförbehåll, främst artikel 82, och rättspraxis utretts. Artikel 82 är inte särskilt utförlig, men rättspraxis har kompletterat artikeln vilket har gjort det möjligt att ge ett svar på vad som är gällande rätt. Doktrin har använts för att ge en fyligare beskrivning av den gällande rätten och för att ytterligare förklara en del termer, juridiska såväl som ekonomiska.

I utredningarna av Microsoft-fallen har själva domarna, med tillhörande domstolshandlingar, så gott som uteslutande varit de enda källorna. Det viktigaste undantaget från detta har gjorts i det europeiska Microsoft-fallet, där domen i vissa delar har kompletterats med Kommissionens beslut.

Det analyserande avsnittet utgår från det europeiska Microsoft-fallet med jämförelser mellan såväl det amerikanska Microsoft-fallet som andra europeiska rättsfall inom området. I detta avsnitt har doktrin varit av central betydelse. Från doktrinen har det hämtats kommentarer, kritik och olika aspekter på avstegen från praxis i det europeiska Microsoft-fallet.

1.4 Avgränsning

Uppsatsens fokus ligger på de delar av Microsoft-fallen som rör kopplingsförbehåll. Påföljderna i målen, exempelvis det stora skadeståndet som utdömdes i det europeiska, har varit konsekvenser av inte bara kopplingsförbehållen utan också av andra spørsmål. De frågor som inte rör kopplingsförbehåll ingår därför i referaten i syfte att ge en övergripande och sammanhängande bild av målen, dock utreds dessa frågor inte närmare.

De jämförelser som görs mellan det europeiska och det amerikanska Microsoft-fallen inriktas på de juridiska resonemangen som fördes i Europa och USA, och syftar till att visa de olika synsätten på vad som var ett lämpligt sätt att bedöma kopplingsförbehåll. Eventuella skillnader i lagstiftning kommer inte att behandlas och således studeras inte amerikansk konkurrenslagstiftning närmare då detta i sammanhanget skulle bli irrelevant.

Det förekommer många teknologiska termer och beskrivningar i rättsfallen. Uppsatsen är dock ett arbete inom juridik, och därför har de teknologiska aspekterna tonats ned. Termer, resonemang och beskrivningar som rör teknologi har således förenklats så mycket som möjligt.

1.5 Disposition

I uppsatsens avsnitt 2 behandlas gällande EG-rätt. Olika termer och koncept som är av central betydelse vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget förklaras närmare. Avsnitt 3 utreder begreppet kopplingsförbehåll i detalj och går även in på rättspraxis på området. Avsnitt 4 innehåller en beskrivning av begreppen rule of reason och per se-förbud så som de har tillämpats i fall av kopplingsförbehåll. I avsnitt 5 förklaras vissa ekonomiska koncept som har stor betydelse inom konkurrensrätten. Avsnitt 6 består av ett utförligt referat av det europeiska Microsoft-fallet. Avsnitt 7 refererar det amerikanska Microsoft-fallet. Avsnitt 8 består av uppsatsens analyserande delar. Avsnittet inleds med en redogörelse av avstegen från praxis som gjordes i fallen. Därefter följer en beskrivning av skillnaderna i de juridiska resonemangen. Resterande del av avsnittet utgörs av egen analys, i vilken även en del av den kritik som framförts i doktrinen belyses. Avsnitt 9 innehåller avslutande kommentarer.

2 Gällande rätt

2.1 Artikel 82

En av gemenskapsrättens grundläggande uppgifter är att upprätta ett system som försäkrar att konkurrensen på den interna marknaden inte förvrängs.¹ Centrala bestämmelser för att upprätthålla en balanserad konkurrens är artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Artikel 81 behandlar konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden mellan företag. Förbudet gäller i stort sett oavsett de berörda företagens storlek.² Artikel 82 är riktad mot företag som missbrukar en dominerande ställning. Artikeln är tillämplig där organisationer har en i det närmaste monopolistisk position eller åtminstone delar marknaden med ett fåtal andra företag och utnyttjar denna position på ett otillbörligt sätt.³

Artikel 82 lyder:

”Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den gemensamma marknaden och förbjudet.

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att:

a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,

b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,

c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

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

Närmare förklaringar till termerna finns inte att få från artikelns lydelse utan återfinns i rättsfallen från gemenskapsdomstolarna. Den mycket omfattande praxis som har uppkommit på området har därför varit av stor betydelse för tolkningen av artikel 82.

Det bör påpekas att uttrycket ”ett eller flera företags missbruk” alltså öppnar för att koncerner eller en grupp av företag kan ha gemensam dominans. Detta trots att de är inbördes fristående.⁴ Den part (Kommissionen eller enskild part) som gör gällande att ett missbruk enligt artikel 82 (eller 81) föreligger har bevisbördan.⁵

¹ EG-fördraget artikel 3 (g).

² Mindre omfattande avtal kan undantas från regelverket, se nedan avsnitt 2.4.2.

³ Foster, Nigel, ”Foster on EU law” s 316.

⁴ Bernitz Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt I. Norstedts Juridik s 155.

⁵ Rådets förordning nr 1/2003, artikel 2.

Medlemsstaterna är inte förhindrade att inom respektive land tillämpa en nationell lagstiftning som tillgodoser att andra intressen skyddas. Dock skall sådan lagstiftning vara förenlig med bestämmelserna i gemenskapsrätten.⁶

2.2 Företag

Med begreppet företag i artikel 82 innefattas en mängd rättssubjekt med diverse strukturer. Termen har diskuterats och utvecklats i praxis och fått en mycket vid tolkning. I Höfner-fallet⁷ stadgade EG-domstolen att inom ramen för konkurrensrätten skall varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet omfattas inom begreppet företag. Enhetens rättsliga form eller sättet för dess finansiering saknar betydelse så länge kriteriet för ekonomisk verksamhet är uppfyllt.⁸ Ekonomisk verksamhet förklarades närmare av EG-domstolen till att innefatta sådan verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.⁹

2.3 Relevant marknad

2.3.1 Allmänt

Relevant marknad är ett begrepp inom konkurrensrätten som är viktigt för avgörandet av ett företags marknadskraft och därmed om de innehar en dominerande ställning på marknaden. Den relevanta marknaden avgränsas till relevanta produktmarknaden och relevanta geografiska marknaden.¹⁰

Marknadsandelen¹¹ är en av de viktigaste faktorerna vid konkurrensrättsliga prövningar, särskilt när det gäller att bestämma om ett företag är dominerande. För att kunna avgöra marknadsandelen måste det konstateras vilken marknad det är som skall utgöra grund för bedömningen och därigenom vilka som är konkurrenterna på den marknaden.

Det finns ingen uttrycklig definition av relevant marknad som kan tillämpas generellt oavsett vilken vara eller tjänst det är frågan om. Eftersom marknadsförutsättningarna för olika varor och tjänster varierar kraftigt måste en särskild bedömning göras i varje enskilt fall.¹²

⁶ Rådets förordning nr 1/2003, punkt 9.

⁷ Mål C-41/90, Höfner och Elser mot Macroton GmbH, REG [1991].

⁸ Ibid par 21.

⁹ Mål C-35/96 Kommissionen v. Italien REG [1998], par 7.

¹⁰ Tillkännagivande från kommissionen om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, OJ C 372/5, 09/12/1997, par 4.

¹¹ Marknadsandelen är den procentdel av försäljningen som företaget i fråga representerar i relation till marknadens totala omsättning. Se nedan avsnitt 2.4.2.

¹² Westin, Jacob, Europeisk Konkurrensrätt, s 123.

Bedömningen har i praxis gjorts genom att dela upp den relevanta marknaden. I det omfattande United Brands-målet¹³ ansåg EG-domstolen att en avgränsning mellan den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden var nödvändig för att bedöma om företaget hade en dominerande ställning på marknaden.¹⁴ Därmed skulle produktens utmärkande egenskaper, det område där produkten säljs samt övriga konkurrensförhållanden ligga till grund för en mätning av företagets totala styrka. Det underlaget ger en tydligare bild av vilka de egentliga konkurrenterna är.

I ett senare fall¹⁵ konstaterade domstolen att det inte endast räcker med att undersöka de ifrågakvarande produkternas objektiva egenskaper, utan konkurrensvillkoren samt efterfråge- och utbudsmönstret också måste beaktas.¹⁶

Avgränsningen av den relevanta marknaden syftar till att bedöma om det berörda företaget har möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens och i en betydande omfattning uppträda oberoende i förhållande till sina konkurrenter, sina kunder och till konsumenterna.¹⁷ Vidare är den relevanta marknaden av central betydelse till exempel i de fall då ett företag som framstår som litet på en omfattande marknad, kan betraktas som stort och eventuellt dominerande på en marknad som är starkt avgränsad.¹⁸

Gemenskapsdomstolarna har valt att göra omfattande utredningar av den relevanta marknaden i konkurrensfall och för att väsentligen öka det antal företag som kan betraktas som dominerande har gemenskapsrätten valt att avgränsa marknader.¹⁹ Viss ledning till vad som omfattar en relevant marknad hittas i ett tillkännagivande från kommissionen.²⁰ Detta tillkännagivande kan dock knappast ses som någon mall för vad som är en relevant marknad, utan är endast en ledning för hur en sådan marknad skall bestämmas. Kommissionen konstaterar, precis som domstolarna har utvecklat vidare, att en relevant marknad består i dels en produktmarknad och dels en geografisk marknad och att båda dessa har en betydande roll i värderingen av ett fall.²¹

2.3.2 Relevant produktmarknad

En relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den avsedda användningen betraktas som utbytbara av konsumenter-

¹³ Mål 27/76 United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Kommissionen, REG [1978].

¹⁴ Ibid par 10.

¹⁵ Mål 322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommissionen, REG [1983], Michelin var anklagad för att ha utnyttjat sin dominanta position på den holländska däckmarknaden. Företaget försökte binda upp sina leverantörer genom att erbjuda rabattsystem och årliga vinstandelar som ansågs diskriminerande och särskiljande.

¹⁶ Ibid par 37.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Bernitz, s 152.

¹⁹ Se nedan avsnitt 2.3.3.

²⁰ Tillkännagivande från kommissionen, OJ C 372/5, 09/12/1997.

²¹ Ibid par 4.

na.²² Utbytbarheten är av särskild vikt när den relevanta produktmarknaden skall fastställas. Ekonomisk data om varornas priselasticitet²³ kan fungera som en faktor för att göra marknadsavgränsningar. På efterfrågesidan undersöks hur en konstant, hypotetisk höjning av priset (cirka 5-10 procent) påverkar konsumenterna. Frågan uppkommer när konsumenter byter till andra befintliga produkter eller till andra försäljare.²⁴ Om en måttlig prishöjning medför att konsumenterna väljer att byta till en liknande produkt är detta ett tecken på att produkterna är utbytbara.²⁵ Undersökningen av produkters elasticitet görs bland annat genom ett test kallat SSNIP-test²⁶. Finner man att produkterna är utbytbara tillhör de samma produktmarknad.

Avgränsningen av den relevanta produktmarknaden har haft stor betydelse i rättspraxis på området, i många fall helt avgörande för utgången av fallet. När det kommer till praxis från gemenskapsdomstolarna är denna mycket omfattande på området och bedömningarna skiljer sig nämnvärt åt vad det gäller avgränsningen. Följande är exempel på hur domstolarna har bedömt avgränsningen av relevanta produktmarknader.

I tidigare nämnda United Brands-fallet var utgångspunkten utbytbarheten på efterfrågesidan. Frågan ställdes om produkten, bananer, ansågs utgöra en egen produktmarknad eller om den var en del av marknaden för färsk frukt. Domstolen konstaterade i rättsfallet att bananens fysiska karaktär, utmärkande egenskaper och tillgänglighet sammantaget gjorde att de inte ansågs utbytbara. Slutsatsen blev att bananer utgör en egen marknad.²⁷

I Michelin-fallet konstaterades att bildäck kan delas upp i flera marknader på grund av olika användningsområden och hur de passar till olika bilar. Däck till tyngre fordon (lastbilar och bussar) utgör därför en annan marknad än personbilsdäck.²⁸

I ett fall²⁹ som rörde kameror fastslogs att Hasselblads exklusiva kameror, främst avsedda för professionella fotografer, inte kunde anses utbytbara med enklare kameror för amatörer.³⁰

2.3.3 Relevant geografisk marknad

Enligt ordalydelsen i artikel 82 skall missbruket av den dominerande ställningen vara på den ”gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del av denna”. Om den gemensamma

²² Tillkännagivande från kommissionen, par 7.

²³ Ibid par 39, En form av priselasticitet, korselasticitet, visar hur efterfrågan på en produkt styrs av priserna på andra varor. Om produkt A och B är utbytbara och priset på A ökas, lär efterfrågan på vara B stiga. En hög korselasticitet indikerar att produkterna befinner sig på samma marknad.

²⁴ Ibid par 17.

²⁵ Bernitz, s 55.

²⁶ Small but Significant Non-transatory Increase in Price. Fritt översatt: En varaktig betydelsefull prisökning.

²⁷ Mål 27/76 United Brands, par 35.

²⁸ Mål 322/81 Michelin, par 39.

²⁹ Mål 86/82 Hasselblad mot Kommissionen [1984] ECR.

³⁰ Ibid para 21.

marknaden är hela EU-området blir det tydligt att alla företag inte kan omfattas av hela den gemensamma marknaden. Frågan är då vad som avses med en väsentlig del.

Kommissionen har i sitt tillkännagivande konstruerat ett begrepp som skall sammanfatta vad som innefattar den relevanta geografiska marknaden:

*”Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren.”*³¹

Som tidigare nämnts gäller generellt att konkurrensrätten tillämpar relativt snäva marknadsavgränsningar. Det som inom näringslivet brukar betraktas som en bransch delas normalt upp i ett antal olika marknader vid en konkurrensrättslig bedömning. Praxis har även på detta område en betydelsefull roll:

I det gemensamma ”Sockermålet”³² fastslogs att för att avgöra huruvida ett specifikt område är tillräckligt stort för att innefatta en ”väsentlig del av marknaden” enligt artikelns lydelse, måste produktionsvolymen, konsumering av produkten samt konsumenternas vanor och ekonomiska förutsättningar tas i beaktande.³³ Vidare kom domstolen fram till att ett land³⁴ utgjorde en väsentlig del av marknaden, men också delar av ett land, i detta fall södra delen av Tyskland.

I ett senare fall fastslogs att även mindre omfattande områden än så kunde vara exempel på en väsentlig del av marknaden. Som exempel ansågs Genuas hamn utgöra en väsentlig del av marknaden på grund av dess volym av trafik och hamnens betydelse i förhållande till importen och exporten till sjöss sammantaget i den berörda medlemsstaten.³⁵

2.4 Dominerande ställning

2.4.1 Inledning

Efter en avgränsning av såväl den relevanta produktmarknaden som den relevanta geografiska marknaden, kan en bedömning över företagets totala andel på den relevanta marknaden göras. Därmed kan det också avgöras om företaget har en dominerande ställning på marknaden. I United Brands fastställde domstolen en numera klassisk benämning inom EG-rätten på vad som avses med en dominerande ställning. Formuleringen återses frekvent i rättsfall med konkurrensrättslig anknytning:

³¹ Tillkännagivande från kommissionen, par 8.

³² Förenade målen 40-48, 50, 54-60, 11, 113 och 114-73 Coöperatieve Vereniging ”Suiker Unie” UA med flera mot Kommissionen REG [1975].

³³ Förenade målen 40-48, 50, 54-60, 11, 113 och 114-73 Coöperatieve Vereniging ”Suiker Unie” UA med flera mot Kommissionen, par 371.

³⁴ Ibid par 375. I fallet konstaterade domstolen att länder som Belgien och Luxemburg utgjorde en väsentlig del av marknaden.

³⁵ Mål C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA* REG [1991], par 15.

”Med begreppet dominerande ställning i artikel 82 avses den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktsställning att det får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter”.³⁶

Precis som citatet beskriver skall dominansen röra något mätbart, såsom ekonomisk styrka. Dominans kan inte vara något abstrakt.³⁷ Ett annat fall som prövades ungefär samtidigt som United Brands var det så kallade Vitamin-fallet³⁸. Domstolen gjorde samma konstaterande angående dominansbegreppet som i United Brands och lade till att förekomsten av en dominerande ställning kan vara resultatet av flera faktorer som var för sig nödvändigtvis inte skulle vara avgörande.³⁹

2.4.2 Marknadsandelar

Få företag som inte är en del av ett statligt monopol innehar 100 procent av en relevant marknad. En marknadsandel av den storleken är dock inte nödvändig för att artikel 82 skall vara tillämplig, men en större marknadsandel ökar sannolikheten att företaget innehar en dominerande ställning på den marknaden.

I Vitamin-fallet förtydligades innebörden av en omfattande marknadsandel. Utan att nämna siffror fastslog domstolen att särskilt stora marknadsandelar alltid utgjorde en bevisning för en dominerande ställning, förutom i undantagsfall och med tillägget att marknadsandelarnas betydelse kan skifta från en marknad till en annan.⁴⁰

Marknadsandelen är således en av de viktigaste variablerna i bedömningen huruvida företaget innehar en dominant ställning.

I det omfattande United Brands-målet menade domstolen att United Brands förvisso hade en hög marknadsandel⁴¹, men att inte endast denna andel kunde ge slutsatsen att företaget kontrollerade marknaden.⁴² I Akzo-målet fastställdes det att en marknadsandel om 50-55 procent utgör en mycket stor del av marknaden och följaktligen en presumtion att företaget innehar en dominerande ställning på marknaden.⁴³ Detta uttalande bekräftades senare av domstolen i andra fall⁴⁴. Företaget Hilti hade en marknadsandel mellan 70-80 procent vilket är en klar indikation på en dominerande ställning.⁴⁵ Överstiger marknadsandelen 60-65 procent skulle det nästan vara omöjligt att påvisa att en dominerande ställning inte förelig-

³⁶ Mål 27/76 United Brands par 65.

³⁷ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, EU Law, s 994.

³⁸ Mål C-85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG mot Kommissionen, REG [1979].

³⁹ Ibid par 39.

⁴⁰ Mål C-85/76 ”Vitamin-fallet”, par 41.

⁴¹ Mål 27/76 United Brands par 108. Parterna var oense om exakt hur stor andel av den relevanta marknaden som tillhörde United Brands. Domstolen fastställde att United Brands marknadsandel låg mellan 40-45 procent.

⁴² Ibid par 109.

⁴³ Mål C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommissionen REG [1991], par. 60.

⁴⁴ Mål T-228/97 Irish Sugar mot Kommissionen [1999] ECR, par 70.

⁴⁵ Mål T-30/89 Hilti mot Kommissionen, par 92.

ger.⁴⁶ I Microsoft-fallet nämns att ett företag med över 90 procent är en position som i det närmaste kan liknas vid ett monopol.⁴⁷

Vid lägre marknadsandelar föreligger i allmänhet inte någon dominerande ställning, framför allt inte om marknadsandelen understiger 30 procent.⁴⁸ När det handlar om avtal som har en i det närmaste obetydlig inverkan på konkurrensen kan dessa undantas från reglerna i artiklarna 81 och 82.⁴⁹ Syftet är att koncentrera resurserna till att motverka kartellbildningar som har större ekonomisk betydelse.⁵⁰

Marknadsandelar i procenttal ger dock inte hela bilden om ett företag har en dominerande ställning. Företagets samlade styrka måste undersökas; ekonomiskt samt den samlade kunskapen inom företaget. Konkurrenternas storlek, styrka samt förutsättningarna för nya aktörer att etablera sig på marknaden vägs in.⁵¹

2.4.3 Särskilt ansvar

Omständigheten att ett företag har en dominerande ställning utgör i sig inte något brott mot gemenskapsrättsliga regler. Däremot åläggs ett sådant företag en särskild skyldighet hur det skall agera på marknaden för att inte hämma konkurrensen.

I Michelin-fallet stadgade domstolen att oberoende av hur företaget uppnått sin dominerande ställning, har det ett särskilt ansvar att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden.⁵²

2.5 Missbruk av dominerande ställning

2.5.1 Missbruksbegreppet

När ett företag innehar en dominerande ställning på en relevant marknad får det automatiskt till följd att konkurrensen i viss mån blir begränsad. Frågan uppkommer huruvida ett sådant företags agerande på marknaden kan bedömas som missbruk av den dominerande ställningen. Andra stycket av artikel 82 innehåller en uppräknning av exempel på missbruk av marknadsdominans. Denna lista av typfall är dock inte uttömmande utan även andra fall av missbruk av en dominerande ställning kan bli aktuella under artikel 82.⁵³

⁴⁶ Westin, s 131.

⁴⁷ Kommissionens beslut i COMP/C-3/37.792 Microsoft, par 435.

⁴⁸ Bernitz, s 155.

⁴⁹ Craig och De Búrca, s 963 f. Den så kallade *de minimis-principen* (översatt: bagatellavtal) har utvecklats inom EG-rätten och är en kvantitativ begränsning (företag som innehar tio procent eller mindre tillsammans på samma marknad). Dessa avtal omfattas inte av konkurrensartiklarna så till vida de inte strider mot de generella förbuden så som prissamverkan och avtal om begränsning i produktionen som alltid anses vara förbjudet, oavsett avtalets omfattning.

⁵⁰ Bernitz, s 114.

⁵¹ Ibid s 154.

⁵² Mål 322/81 Michelin, par 57.

⁵³ Mål 6/72 Europemballage Corporation och Continental Can mot Kommissionen [1973] ECR , par 26.

I Vitamin-fallet menade svaranden att missbruket av den dominerande ställningen var en naturlig följd av den ekonomiska styrka företaget uppnått genom sin dominerande ställning på marknaden.⁵⁴ Resonemanget godtogs dock inte och missbruksbegreppet gavs en definition för att få företag med dominerande ställning att inte vidta åtgärder som hämmar den konkurrens som finns:

*”Missbruksbegreppet är ett objektiva begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågasvarande företagets existens och som, genom att andra metoder användas än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas.”*⁵⁵

2.5.2 Exempel på missbruk

Av artikel 82 kan man urskilja två huvudtyper av missbruk av dominerande ställning.⁵⁶ Den ena innebär ett exploaterande missbruk, att företaget särskilt utnyttjar sin starka marknadsställning till egen fördel. Uppräkningen i artikel 82 nämner tillämpning av oskäligen priser och villkor (punkt a) samt begränsningar i produktion, marknader eller teknisk utveckling som är till nackdel för konsumenterna (punkt b). Den andra huvudtypen gäller när företaget använder sin marknadsställning till att försvåra konkurrenssituationen för utomstående företag, kallat exkluderande missbruk.⁵⁷ I artikeln förbjuds tillämpningen av olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner (punkt c). Den sista punkten (d) förbjuder kopplingsförbehåll, vilket i korthet innebär att ställa som villkor att den andra parten, vid avtalets ingående, åtar sig ytterligare förpliktelser.⁵⁸

EG:s konkurrensregler är endast tillämpliga i den mån de påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Samhandelskriteriet fastställdes i Societe Technique Maschinenbaum⁵⁹ och innebär att det räcker med att avtalet påverkar samhandeln mellan medlemsstater direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt för att artikeln skall vara tillämplig.⁶⁰

⁵⁴ Mål C-85/76 “Vitamin-fallet”, par 91.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Bernitz, s 157.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Se nedan avsnitt 3.

⁵⁹ Mål 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) [1966] ECR.

⁶⁰ Mål 56/65 Société Technique Minière, par 2.

3 Kopplingsförbehåll

3.1 Begreppet kopplingsförbehåll

Ett av de missbruk av en dominerande ställning som kommit till uttryck i artikel 82 är kopplingsförbehåll. I fördragstexten fastslås ett förbud att *”ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet”*.⁶¹

Kommissionen har författat riktlinjer⁶² som förklarar gemenskapsrättens syn på bland annat kopplingsförbehåll. Riktlinjerna är i huvudsak utformad till att gälla för artikel 81, men bör också kunna tillämpas på artikel 82.⁶³

Exempel på kopplingsförbehåll är då en säljare av en efterfrågad produkt ställer som villkor till köparen att denne förbinder sig att inhandla även andra produkter från säljaren, som köparen hade kunnat förvärva billigare eller av bättre kvalitet någon annanstans. Den första produkten, huvudprodukten, är den som styr kopplingsförbehållet. Den andra produkten, den kopplade produkten, är den som omfattas av kopplingsförbehållet.⁶⁴

Motivet till ett kopplingsförbehåll är främst att det dominerande företaget även vill skaffa sig en starkare ställning på den marknad som den kopplade produkten finns på.⁶⁵ Kopplingsförbehåll kan förekomma i olika sammansättningar. Vanligast är ett kontraktuellt kopplingsförbehåll som innebär att det dominerande företaget fräntar konsumenten valet att köpa huvudprodukten utan den kopplade produkten. Prissättning av varor kan också utgöra kopplingsförbehåll. Om exempelvis priset på produkterna A och B som säljs tillsammans är så attraktivt för konsumenterna i jämförelse med priset för A och B separat, är det en form av kopplingsförbehåll, oavsett om köparen i slutändan inte ens har någon användning för en av produkterna.⁶⁶

Teknologiska kopplingsförbehåll är relativt nytt och innebär att den kopplade produkten är integrerad i en annan. Ett exempel på detta är en mediaspelare eller webbläsare som är integrerade i ett operativsystem.

Generellt finns det fyra förutsättningar som måste vara uppfyllda för att ett kopplingsförbehåll skall anses föreligga:

1. Huvudprodukten och den kopplade produkten är två separata produkter.
2. Företaget har en dominerande ställning på marknaden för huvudprodukten.

⁶¹ EG-fördraget artikel 82 (d).

⁶² Tillkännagivande från Kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar. (2000/C 291/01).

⁶³ Ibid par 215-224. Artikel 81 omfattar inte kopplingsförbehåll vilket gör att artikel 82 blir aktuell.

⁶⁴ Ibid par 215.

⁶⁵ Ibid par 217.

⁶⁶ GCLC Research Papers on Article 82 EC, s 167.

3. Företaget ger ingen möjlighet för konsumenten att köpa huvudprodukten utan den kopplade produkten.
4. Det aktuella agerandet hämmar konkurrensen.⁶⁷

I de följande avsnitten görs en redogörelse för förutsättning ett och fyra. Förutsättning två har behandlats i avsnitt 2.4. Den tredje förutsättningen berörs inte närmare då den i jämförelse med de andra förutsättningarna inte är lika svårtolkad.

3.2 Separata produkter

Frågan är då hur det kan avgöras om produkterna är separata. Potentiellt skulle de flesta produkter kunna ha sitt ursprung i andra, separata produkter. Ett vanligt exempel är en bil som kan anses vara en samling av separata produkter; ratt, hjul, fönster, CD-spelare med mera. Riktlinjer och avgränsningar till vad som skall ses som en enda produkt och vad som är separata produkter har därför varit nödvändiga. Efterfrågan från köpare är det som främst skall avgöra huruvida det rör en fråga om separata produkter. Två produkter skall anses separata om de, i avsaknad av kopplingsförbehåll, köps på två olika marknader sett från köparens synvinkel.⁶⁸

Kommissionen påpekar dock, att det inte nödvändigtvis måste röra sig om åtskilda produktmarknader, det är tillräckligt att produkterna går att införskaffa var för sig. En och samma produktmarknad kan ha produkter med egenskaper som gör att de kan anses vara separata.⁶⁹ Återigen är det köparens synvinkel som styr bedömningen. Det bör också poängteras att det dominerande företaget som missbrukar sin ställning genom kopplingsförbehåll, skall vara dominerande på marknaden för huvudprodukten. Det finns således inget krav att företaget också är dominerande på marknaden för den kopplade produkten.⁷⁰

Kommissionen ger vidare ett exempel på vad som omfattas i begreppet köparens synvinkel, genom att dra paralleller med försäljningen av skor. Eftersom kunderna oftast vill köpa skor med tillhörande skosnören har det blivit handelsbruk för skoförsäljare att leverera skor med skosnören. Försäljningen av skor med skosnören anses därför inte vara ett kopplingsförbehåll, även då skosnören kan köpas separat och därför utgör en egen marknad, eller är åtminstone avskilt från marknaden för skor. Kombinationer av det här slaget har blivit accepterad praxis då det blir tekniskt svårt eller omständligt att leverera en produkt utan att leverera en annan produkt.⁷¹

Bevis för att två produkter är separata kan vara antingen direkta eller indirekta.⁷² Ett direkt bevis föreligger när konsumenterna köper de båda produkterna separat. Indirekt bevisning anses föreligga när ett företag med en mindre andel av marknaden, trots konkurrensen, väl-

⁶⁷ Kommissionens beslut i Microsoft, p 794.

⁶⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, par 216.

⁶⁹ DG Competition, DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, s 56.

⁷⁰ Ibid s 55.

⁷¹ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, par 216.

⁷² European Commission Competition discussion paper, s 56.

jer att sälja produkterna separat då de anser att detta möter konsumenternas efterfrågan bäst.⁷³

3.3 Kopplingsförbehållets effekter

Användningen av kopplingsförbehåll har givetvis en bakomliggande orsak. Skälen till att använda kopplingsförbehåll motsvarar inte alltid de effekter som kopplingsförbehållet har på marknaden. Resultatet av ett kopplingsförbehåll kan ha såväl konkurrensfrämjande som konkurrenshämmande effekter, även med en objektiv syn på handlandet.

Den påverkan som kopplingsförbehåll har på marknaderna är oftast negativ. En följd som inte sällan observeras är utestängning av andra, konkurrerande produkter. Kopplingsförbehållet kan leda till hämmad utveckling då det hindrar konsumenterna att söka bättre alternativ.⁷⁴ För att kunna ha en sådan effekt på marknaden krävs dock att företaget innehar en dominerande ställning. Utestängning påverkar i första hand faktiska och potentiella konkurrenter till det dominerande företaget. Utestängning ger en konkurrenshämmande effekt som tvingar konkurrenter från marknaden eller förhindrar dem att komma in på marknaden. Utestängningseffekten skall påverka konkurrensen av den produkt, den kopplade produkten, som omfattas av kopplingsförbehållet.⁷⁵

3.4 Praxis

Rättsfallen på området är begränsade till antalet och fram till Microsoft hade endast tre fall som behandlar kopplingsförbehåll avgjorts. Två av dessa kommer i det följande att presenteras för en tydligare bild av hur Kommissionen resonerat i frågan tidigare.

3.4.1 Hilti

Hilti var ett företag inom byggindustrin, mest känt för sina slagborrmaskiner. Fallet rörde Hiltis spikpistoler och tillhörande patroner och spikar, produkter som Hilti hade patent på. Företaget var ledande och hade på marknaden en klart dominerande ställning. På marknaden fanns det andra företag som sålde spikar som passade till Hiltis spikpistoler. Två av Hiltis konkurrenter vände sig till Kommissionen med klagomål avseende Hiltis agerande på marknaden. De ansåg att företagets förfarande begränsade deras möjligheter att vara effektivt verksamma på marknaden.

Det Hilti gjorde var att villkora en särskild sorts spikpistoler så att köparen inte endast skulle köpa själva pistolen utan också spikar från företaget. Villkoret i sig var inte absolut, men kunden fick härigenom ta del av ett betydande rabattsystem, vilket ansågs förhindra en fungerande konkurrens. Konkurrenterna menade vidare att konsumenter som använt spikar från andra företag än Hilti inte fick samma garantier på sina Hilti-spikpistoler hos företaget.⁷⁶ Detta resulterade i att konsumenterna hellre köpte spikar från Hilti.

⁷³ DG Competition, DG Competition discussion paper, s 56.

⁷⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, par 217.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Kommissions beslut 88/138/EEC [1988] Hilti, par 79.

Förutom ovanstående var en av huvudfrågorna i Hiltimålet om produkterna kunde anses förekomma på tre olika produktmarknader eller om de skulle anses tillhöra en och samma marknad.

Kommissionen delade upp produkterna i tre relevanta marknader. Trots att produkterna i viss utsträckning var beroende av varandra urskiljdes tre separata produktmarknader; den för spikpistoler, den för Hiltianpassade patroner och den för Hiltianpassade spikar. Dessa skulle anses vara åtskiljda marknader därför att det fanns olika efterfrågan på de olika produkterna.⁷⁷ En annan bevisning för att produkterna skulle anses tillhöra olika marknader var att andra företag sålde spikar och bultar separat från varandra och utan att erbjuda spikpistoler. Hilti menade dock att deras spikpistoler och spikar skulle anses vara en och samma produkt och därmed tillhöra en enda produktmarknad.⁷⁸

Hilti framhöll säkerhetsrisken som ett argument till att stoppa användningen av konkurrerande spikar; dessa var helt enkelt farliga att använda enligt företagets mening. Vidare menade företaget att användandet av spikpistoler krävde en särskild kunskap och särskilt vetenskap om säkerhetsföreskrifter.⁷⁹ EG-domstolens första instans delade inte den meningen utan anförde kort att ett sådant argument inte kunde accepteras. Ett företag kunde inte på egen hand fastställa huruvida konkurrerande produkter skulle anses vara farliga eller inte och därtill vidta åtgärder för att utestänga dessa från marknaden.⁸⁰

Såväl Kommissionen som förstainstansrätten beslutade att Hiltis agerande var ett missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 (d) i fördraget, vilket också fastslogs slutligt av EG-domstolen.⁸¹ Kommissionen ansåg att Hiltis handlande lämnade konsumenterna utan möjlighet att välja varifrån de skulle införskaffa spikar. Vidare bedömdes att prisdiskrimineringen hade som mål och effekt att slå ut andra spiktillverkare som skulle kunna hota Hiltis dominerande ställning.⁸² Förutom påföljden att omedelbart avsluta konkurrenshämmande verksamhet ålades Hilti att betala sex miljoner Euro i böter.

3.4.2 Tetra Pak

Svenska företaget Tetra Pak var några år senare uppe i en tvist som påminner en hel del om Hilti-fallet. Tetra Paks verksamhet består i att tillverka och sälja förpackningsmaskiner och förpackningar. Vid rättsfallets avgörande hade företaget en dominerande ställning på marknaderna för aseptiska⁸³ maskiner och förpackningar avsedda för flytande livsmedel.⁸⁴

⁷⁷ Mål T-30/89 Hilti AG mot Kommissionen [1990] ECR, par 18.

⁷⁸ Mål T-30/89 Hilti, par 48.

⁷⁹ Kommissions beslut i Hilti, par 87.

⁸⁰ Mål T-30/89 Hilti, par 20.

⁸¹ Mål C-53/92P Hilti [1994] ECR.

⁸² Kommissions beslut i Hilti, par 75.

⁸³ www.tetrapak.com. Aseptisk betyder steril, utan bakterier.

⁸⁴ Mål T-83/91 Tetra Pak International SA mot Kommissionen, par 1.

Själva kopplingsförbehållet bestod i att Tetra Pak sålde och hyrde ut sina förpackningsmaskiner med förbehåll som innebar att kunderna inte kunde fritt förfoga över maskinerna. Syftet var att binda kunderna till Tetra Paks produkter och utestänga konkurrens. Bland annat var kunderna skyldiga att använda Tetra Paks förpackningar i maskinerna samt att dessa skulle köpas in från Tetra Pak och inte någon annan tillverkare.

Precis som i Hilti-fallet behandlades frågan om vilka marknader som skulle anses relevanta. Kommissionen delade in den relevanta marknaden i fyra delar: maskinmarknaden för aseptisk kartongförpackning av flytande livsmedel och motsvarande marknad för förpackningar. Vidare urskiljdes maskinmarknaden för icke-aseptisk kartongförpackning av flytande livsmedel och motsvarande marknad för förpackningar som egna produktmarknader.⁸⁵ Kommissionen påpekade att även då förpackningar i glas, plast, metall, aseptiska och icke-aseptiska, formar den så kallade förpackningsmarknaden för flytande livsmedel, är det inte den relevanta marknaden enligt artikel 82. Kommissionen menade att trots att de olika förpackningarna konkurrerar över ett längre tidsperspektiv är utbudet och efterfrågan, sett till ett kortare tidsintervall, så olika att de inte kan anses tillhöra samma produktmarknad.⁸⁶ Kommissionen valde att fokusera sig på den aseptiska marknaden där Tetra Pak hade en mycket dominerande ställning (upp mot 90 procent) och där de ansåg att det tekniskt sett var mycket svårt för konkurrerande företag att ta sig in.

Tetra Pak motiverade sitt handlande med att de erbjöd andra företag en heltäckande lösning genom att tillhandahålla allt från maskin och förpackningsmaterial till kundservice. Detta system var, ansåg Tetra Pak, befogat för att tillse den allmänna hälsan och som en följd, Tetra Paks anseende. Risker för tekniska fel var större än för traditionella förpackningar, vilket kunde leda till allvarliga problem om de inte hanterades korrekt.⁸⁷ Tetra Pak framförde som sakliga skäl att det fanns en naturlig länk mellan produkterna (maskinerna och förpackningarna) de sålde till sina konsumenter. Därför skulle produkterna inte uppfattas som separata, utan ett kontrakt skulle kunna binda dem samman som en enhet.⁸⁸

Gränsdragningen mellan vad som skall anses vara allmänt accepterat (skor som säljs med skosnören) och vad som inte är förenligt med handelsbruk är inte helt enkel. Kommissionen fann det tydligt att det icke-aseptiska förpackningsmaterialet kunde användas på maskiner av ett annat märke än Tetra Paks. Att den påstådda naturliga länken innebar att produkterna ansågs som en enhet avlog både EG-rättens första instans och EG-domstolen.⁸⁹ De konstaterade att det sedan länge funnits oberoende tillverkare som specialiserat sin tillverkning till icke-aseptiska förpackningsmaterial att användas i maskiner som produceras av andra företag och som inte själva tillverkar maskiner.⁹⁰ Tetra Pak ålades att betala 75 miljoner Euro i böter.

⁸⁵ Kommissionens beslut 92/163/EEC Tetra Pak, par 11.

⁸⁶ Kommissionens beslut 92/163/EEC Tetra Pak, par 93.

⁸⁷ Mål T-83/91 Tetra Pak, par 126.

⁸⁸ Ibid par 126.

⁸⁹ Mål C-333/94 P, Tetra Pak International SA mot Kommissionen, [1996] ECR.

⁹⁰ Ibid par 36.

4 Rule of reason och per se-förbud

När ett kopplingsförbehåll bedöms enligt rule of reason innebär det att samtliga omständigheter i fallet skall beaktas för att avgöra om kopplingsförbehållet är olagligt. Kopplingsförbehållet förbjuds om det hämmar konkurrensen på ett orimligt sätt, men kan tillåtas om det har positiva effekter.⁹¹ En avvägning måste alltså göras mellan kopplingsförbehållets konkurrensfrämjande effekter och dess konkurrenshämmande, för att avgöra vad som väger tyngst. Motsatsen till en sådan individuell bedömning av varje fall är per se-förbud. Per se-förbud tillämpat på kopplingsförbehåll innebär att det automatiskt anses vara olagligt, vilket gör att en individuell bedömning av fallet inte är nödvändig.⁹² Det existerar också en modifierad variant av per se-förbud som har inslag av rule of reason.⁹³

Amerikansk rättspraxis uppvisade tidigare ett allmänt per se-förbud avseende kopplingsförbehåll som uppställde tre kriterier, förutom hög marknadsandel för företaget ifråga, för att kopplingen skulle anses olaglig:

1. Kopplingen skulle innehålla separata produkter.
2. Det måste fastställas att konsumenten blev ”tvingad” att införskaffa något han inte ville ha eller hade föredragit att köpa av någon annan.
3. Kopplingsförbehållet påverkade en inte obetydlig del av den mellanstatliga handeln av den kopplade produkten.⁹⁴

Med tiden skedde dock en övergång från det allmänna per se-förbudet till det modifierade per se-förbudet som idag är det vanligaste sättet att bedöma kopplingsförbehåll (i USA). Justeringarna från det gamla förbudet innebär bland annat att kriteriet om separata produkter inte bara innefattar det funktionella sambandet mellan produkterna, utan också fokuserar på efterfrågan och om det finns separat efterfrågan på de olika produkterna.⁹⁵ I vissa fall har dock amerikanska domstolar visat en vilja att använda sig av rule of reason i fall som rör kopplingsförbehåll.⁹⁶

Innan Kommissionens beslut avseende Microsoft hade Kommissionen och EG-domstolen uteslutande tillämpat ett per se-förbud mot kopplingsförbehåll som uppställde de tre kriterierna hög marknadsandel, tvång och separata produkter.⁹⁷ Möjligheten för ett företag att åberopa sakliga skäl till kopplingen för att undvika att drabbas av förbudet fanns, men hade i praktiken ingen relevans. Före Microsoft-fallet ansågs det inte heller finnas någon anledning att fastslå kopplingsförbehållets konkurrenshämmande effekter på marknaden för den kopplade produkten.⁹⁸

⁹¹ GCLC, s 177.

⁹² Ibid.

⁹³ Evans, S David och Padilla, A. Jorge, Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision, s 7.

⁹⁴ GCLC, s 181 f.

⁹⁵ Ibid s 182.

⁹⁶ Se nedan avsnitt 7.3.

⁹⁷ GCLC, s 192.

⁹⁸ Ibid s 194.

5 Ekonomiska koncept

5.1 Inträdeshinder

5.1.1 Allmänt om inträdeshinder

För att avgöra huruvida ett företag har en dominerande ställning på marknaden eller ej, är det viktigt att undersöka förekomsten av inträdeshinder. Även om ett företag har en dominerande ställning avseende marknadsandelar, har företaget ändå begränsade möjligheter att sätta priser som inte är marknadsmässiga om andra aktörer fritt kan ta sig in på marknaden och konkurrera.⁹⁹ Ett företags möjlighet att fritt sätta priser snarare är beroende av hur stark företags ställning på marknaden är. Företags ställning påverkas i sin tur av hur stora hinder det finns för andra aktörer att ta sig in på marknaden, det vill säga storleken på inträdeshindren.¹⁰⁰ Det är svårt att ge en klar definition av inträdeshinder. EG-kommissionens definition av inträdeshinder är "... *factors that prevent or hinder companies from entering a specific market*".¹⁰¹ Kommissionens definition, som endast säger att inträdeshinder är hindrande faktorer, är dock mycket vag.

5.1.2 Rättsliga inträdeshinder

En rättslig form av inträdeshinder kan anses förekomma då ett företag innehar exklusiva rättigheter att erbjuda en viss produkt eller tjänst. På så sätt får företaget en dominerande ställning på marknaden eftersom ingen annan aktör kan ta sig in på marknaden och konkurrera.¹⁰² Samma inträdeshinder kan anses existera då ett företag äger immateriella rättigheter till en viss produkt som hindrar andra företag från att erbjuda samma produkt och det inte finns något alternativ till den produkten.¹⁰³

5.1.3 Sunk costs

"Sunk costs" är kostnader som hänför sig till ett företags etablering på en marknad och som inte kan återfås om företaget lämnar marknaden.¹⁰⁴ Exempel på sådana kostnader är investeringar i maskiner som endast kan tillverka en viss produkt, kostnader för utveckling av produkter riktade mot en specifik målgrupp och marknadsföringskostnader.¹⁰⁵ I United Brands sade EG-domstolen att "*De hinder som finns för konkurrenternas tillträde på marknaden följer bl.a. av de utomordentligt betungande investeringar som är nödvändiga [...], av att ett logistiksystem oundgängligen måste utarbetas [...], av de stordriftsfördelar som en nykomling på marknaden inte omedelbart kan dra fördel av och av de verkliga kostnaderna för tillträde på marknaden. Sådana kostnader utgörs bl.a. av alla fasta kostnader för*

⁹⁹ Jones, Alison och Sufrin, Brenda, EC Competition Law, s 71.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ European Commission, Glossary of terms used in EU competition policy.

¹⁰² GCLC, s 21.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ European Commission, Glossary of terms used in EU competition policy.

penetration på en marknad, såsom upprättandet av ett lämpligt kommersiellt nätverk, storleken på kostnaderna för omfattande reklamkampanjer, förhållanden som alla innebär finansiella risker, för vilka utgifterna inte täcks, om försöket att få tillträde på marknaden misslyckas.¹⁰⁶ Uttalandet kan tolkas som att stora kapitalinvesteringar faktiskt kan utgöra en form av inträdeshinder, framför allt eftersom storleken på investeringarna kan vara avskräckande för nya aktörer.

5.2 Nätverkseffekter

Nätverkseffekter uppkommer då en användare av en viss produkt gynnas av att det totala antalet användare av produkten ökar.¹⁰⁷ Om ett företag uppnår en hög marknadsandel på en marknad där nätverkseffekter lätt uppstår, är det svårt för andra företag att konkurrera även om deras produkt är bättre.¹⁰⁸ Ett sådant exempel är marknaden för operativsystem, på vilken det företag vars operativsystem har flest användare ofta har fördelen av att programutvecklare lockas att utveckla sina datorprogram till just det operativsystemet, för att kunna nå ut till så många konsumenter som möjligt. Detta leder till att antalet program för operativsystemet ökar vilket i sin tur leder till att fler konsumenter har incitament att välja det operativsystemet framför en konkurrents operativsystem. Nätverkseffekter gör att konkurrensmyndigheter har ett stort intresse av att förhindra att ett dominerande företag på en marknad inom en viss del av en industri utvidgar sin starka ställning till att även omfatta andra marknader inom den industrin. Skälet till detta är att det skulle få en konkurrens-hämmande effekt på den industrin som helhet.¹⁰⁹

5.3 Effektivitetsvinster

Kommissionens har i sina riktlinjer konstaterat att kopplingsförbehåll kan ha positiva effekter under vissa omständigheter, bland annat i form av effektivitetsvinster vilket ofta är det samma som kostnadsminskningar.¹¹⁰ Genom att exempelvis sänka produktionskostnader för en produkt, förbättra kvaliteten på produkten eller skapa en ny produkt kan effektivitetsvinster uppkomma.¹¹¹ Andra exempel på effektivitetsvinster som ett kopplingsförbehåll kan ge är genom gemensam produktion eller distribution av produkterna. En sådan kostnadsminskning bör dock till viss del komma konsumenterna till godo.¹¹²

¹⁰⁶ Mål 27/76 United Brands, par 122.

¹⁰⁷ European Commission, Glossary of terms used in EU competition policy.

¹⁰⁸ Korah, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and practice, s 121.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, par 222.

¹¹¹ Hildebrand, Doris, Economic Analyses of Vertical Agreements, s 16.

¹¹² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, par 222-224.

6 Referat Microsoft mot Kommissionen

6.1 Bakgrund

I februari år 2000 inledde Kommissionen på eget initiativ en utredning riktad mot Microsoft. Utredningen gällde Microsofts olika versioner av operativsystemet Windows 2000 och integreringen av Microsofts mediaspelare, Windows Media Player, i företagets operativsystem. Utredningen av operativsystemet gällde en version för klientdatorer och ett antal versioner avsedda för användning i arbetsgruppsservrar.¹¹³ Kommissionen identifierade tre relevanta produktmarknader: marknaden för operativsystem för klientdatorer, marknaden för operativsystem för arbetsgruppsservrar och marknaden för direktuppspelade mediaspelare.¹¹⁴ Microsoft bedömdes ha en dominerande ställning på två av produktmarknaderna:

1. På marknaden för operativsystem för klientdatorer¹¹⁵ där företagets marknadsandel var mycket hög och det fanns betydande inträdeshinder för andra aktörer,¹¹⁶
2. På marknaden för operativsystem för arbetsgruppsservrar¹¹⁷ där Microsofts marknadsandel översteg åtminstone 60 procent och det även på den marknaden fanns betydande inträdeshinder för andra aktörer till följd av nätverkseffekter och Microsofts vägran att tillhandahålla interoperabilitetsinformation.¹¹⁸

Kommissionens utredning resulterade i ett beslut¹¹⁹ i vilket det fastslogs att Microsoft hade brutit mot artikel 82 i EG-fördraget genom att på två olika sätt missbruka sin dominerande ställning på de två produktmarknaderna. Missbruken gällde:

1. Microsofts vägran att tillhandahålla interoperabilitetsinformation¹²⁰ rörande företagets operativsystem för arbetsgruppsservrar till tredje part och godkänna användandet av den informationen för utveckling av konkurrerande produkter,
2. Microsofts koppling av mediaspelaren Windows Media Player till operativsystemet Windows.¹²¹

¹¹³ Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792 Microsoft, par 5.

¹¹⁴ Ibid par 323.

¹¹⁵ Ibid artikel 1 (4), persondator ansluten till ett nätverk.

¹¹⁶ Ibid par 471.

¹¹⁷ Ibid artikel 1 (8), datorer anslutna till ett nätverk.

¹¹⁸ Ibid par 514-525.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram: ”Ett datorprogramms funktion är att kommunicera och verka tillsammans med andra komponenter i ett datorsystem och med användare. För detta ändamål krävs en logisk, i förekommande fall även fysisk, sammankoppling och växelverkan så att alla detaljer i hårdvara och mjukvara kan fungera på alla de sätt som de är avsedda att fungera på tillsammans med annan hårdvara och mjukvara samt med användare av datorprogrammet. De delar av programmet som sörjer för en sådan sammankoppling och växelverkan mellan detaljer i hårdvara och mjukvara betecknas allmänt som gränssnitt. Denna funktionella sammankoppling och växelverkan betecknas allmänt som samverkansförmågan. Den kan definieras som förmågan att utväxla information och ömsesidigt använda den utväxlade informationen”.

¹²¹ Kommissionens beslut i Microsoft, artikel 2.

Kommissionen ålade Microsoft att betala drygt 497 196 000 Euro i böter och att inom en viss tidsfrist tillhandahålla interoperabilitetsinformationen på ett förnuftigt och icke-diskriminerande sätt samt att tillåta användningen av den informationen.¹²² Vidare ålade Kommissionen Microsoft att utöver den vanliga versionen av Windows även erbjuda en fullständig version av operativsystemet som inte innehöll Windows Media Player.¹²³ Microsoft beordrades dessutom att i framtiden inte företa någon handling som skulle kunna ha samma eller liknande effekt som de två missbruken ifråga.¹²⁴ Slutligen uppmanades Microsoft att komma med förslag till Kommissionen gällande tillsättandet och utformningen av en extern övervakare. Övervakaren skulle ha till uppgift att hjälpa Kommissionen att kontrollera att företaget följde Kommissionens beslut.¹²⁵ Microsoft överklagade beslutet till EG-domstolens första instans.

6.2 Processen

I överklagandet till EG-domstolens första instans yrkade Microsoft på att Kommissionens beslut skulle ogiltigförklaras, alternativt att bötesbeloppet skulle upphävas eller väsentligt reduceras.¹²⁶ Yrkandena gällde Kommissionens beslut rörande huvudsakligen tre omständigheter:

1. Microsofts vägran att tillhandahålla och godkänna användandet av interoperabilitetsinformation.
2. Kopplingsförbehållet mellan mediaspelaren Windows Media Player och operativsystemet Windows.
3. Skyldigheten att upprätta en oberoende övervakare med uppgift att se till att Microsoft följde Kommissionens beslut.¹²⁷

Kommissionen bestred Microsofts yrkanden.

6.2.1 Interoperabilitetsinformation

Microsoft presenterade ett antal argument för att visa att delar av interoperabilitetsinformationen var immaterialrättsligt skyddade, och att kravet på att ge företagets konkurrenter tillgång till den informationen skulle fränta företaget frukten av dess investeringar inom forskning och utveckling inom området.¹²⁸ När Kommissionen fattade sitt beslut ansåg Kommissionen att villkoren för missbruk av dominerande ställning var uppfyllda oavsett om interoperabilitetsinformationen var immaterialrättsligt skyddad eller inte. Domstolen

¹²² Kommissionens beslut i Microsoft, artiklar 2-5.

¹²³ Ibid artiklar 2, 4, 6.

¹²⁴ Ibid artikel 4.

¹²⁵ Ibid artikel 7.

¹²⁶ Mål T-201/04 R Microsoft Corp. mot Kommissionen, par 76.

¹²⁷ Ibid par 83.

¹²⁸ Ibid par 269-274.

menade därför att den fortsatta bedömningen måste utgå från att informationen faktiskt var immaterialrättsligt skyddad.¹²⁹

Microsofts huvudargument i frågan om tillhandahållandet av interoperabilitetsinformationen var att de kriterier som gör det möjligt att tvinga ett företag i dominerande ställning att bevilja licenser, såsom EG:s praxis fastslagit, inte var uppfyllda i det aktuella fallet. Med hänvisning till IMS Health¹³⁰ konstaterade domstolen att ett dominerande företags vägran att godkänna tredje parts användning av en produkt med immaterialrättsligt skydd, i sig inte utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82.¹³¹ Endast vid särskilda omständigheter kunde en sådan vägran utgöra missbruk.¹³² De särskilda omständigheter som räknades upp var:

1. Att vägran avsåg en produkt eller en tjänst som var nödvändig för en viss aktivitet på en angränsande marknad.
2. Att vägran till sin natur var sådan att den utestängde all konkurrens på den angränsande marknaden.
3. Att vägran förhindrade uppkomsten av en ny produkt för vilken det fanns en potentiell efterfrågan av konsumenter.¹³³

Om dessa tre omständigheter kunde påvisas skulle vägran att godkänna användandet av produkten innebära missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82. Ett missbruk förelåg dock inte om det fanns sakliga skäl till företagets vägran.¹³⁴

Kommissionen hade bedömt att det var nödvändigt för konkurrerande operativsystem för arbetsgruppservrar att kunna interoperera med vissa delar av Windows grundstruktur, på samma sätt som Microsofts eget operativsystem för arbetsgruppservrar gjorde, för att de skulle vara gångbara på marknaden. Domstolen fann att Microsoft inte lyckades visa att Kommissionen hade fel i den bedömningen.¹³⁵ Domstolen ansåg därför att konkurrerande operativsystems bristande interoperabilitet med delar av Windows befäste Microsofts starka position på marknaden för operativsystem för arbetsgruppservrar.¹³⁶ Microsofts argument att det fanns andra konkurrenskraftiga operativsystem på marknaden avfärdades eftersom konkurrenternas marknadsandelar sjönk kraftigt i takt med att Microsofts andelar ökade.¹³⁷ Sammantaget ansåg domstolen att Microsoft inte lyckades visa att interoperabilitetsinformationen inte var nödvändig.¹³⁸

¹²⁹ Mål T-201/04 Microsoft, par 288-290.

¹³⁰ Mål C-418/01 IMS Health mot Kommissionen [2004] ECR.

¹³¹ Mål T-201/04 Microsoft, par 329, 331

¹³² Ibid par 331.

¹³³ Ibid par 332.

¹³⁴ Ibid par 333.

¹³⁵ Ibid par 421.

¹³⁶ Ibid par 422.

¹³⁷ Ibid par 424, 428.

¹³⁸ Ibid par 436.

Gällande utestängningen av all effektiv konkurrens konstaterade domstolen att Kommissionen hade definierat produktmarkanden på rätt sätt och att Microsoft inte hade lyckats visa att Kommissionens metod för att beräkna företagets marknadsandelar var felaktig.¹³⁹ Dessutom påpekade domstolen att Kommissionen i sitt beslut inte enbart baserade sin ståndpunkt att Microsoft hade en dominerande ställning på marknaden för operativsystem för arbetsgruppsservrar på företagets höga marknadsandel, utan också på förekomsten av inträdeshinder för konkurrenter.¹⁴⁰

Vid ställningstagandet om Microsofts vägran att tillhandahålla interoperabilitetsinformation hade förhindrat uppkomsten av en ny produkt på marknaden utgick domstolen från det resonemang som förts i *Magill*¹⁴¹ och *IMS Health*. Resonemanget handlade om förhindrandet av en ny produkt var till nackdel för konsumenterna.¹⁴² Domstolen kom fram till att Kommissionens bedömning att Microsofts vägran var till nackdel för konsumenter var korrekt, då den bristande interoperabiliteten mellan olika system gjorde att ett ökande antal konsumenter var ”låsta” till Windows och att Microsofts konkurrenter avskräcktes från att utveckla konkurrerande produkter.¹⁴³ Domstolen bedömde att uppkomsten av en ny produkt hade förhindrats.¹⁴⁴

Domstolen fann att Microsoft, som hade bevisbördan, inte lyckades visa att företaget hade sakliga skäl för att vägra att tillhandahålla interoperabilitetsinformationen.¹⁴⁵ Microsoft menade att delar av informationen hade immaterialrättsligt skydd och om företaget tvingades ge tredje part tillgång till informationen skulle företaget förlora sitt incitament att i framtiden investera i skapandet av immateriella rättigheter.¹⁴⁶ Domstolen ansåg dock att immaterialrättsligt skydd inte var ett sakligt skäl för att vägra att tillhandahålla informationen, då det skulle ha medfört att det var tillräckligt att en egendom var immaterialrättsligt skyddad för att rekvisitet ”sakligt skäl” skulle vara tillämpligt.¹⁴⁷ Därmed skulle vägran att licensiera ut en immaterialrätt aldrig kunna ha medfört åsidosättande av artikel 82, trots att domstolen i *Magill* och *IMS Health* fastslog det motsatta.¹⁴⁸

Samtliga särskilda omständigheter som fastslagits i *Magill* och *IMS Health* förelåg och Microsoft lyckades heller visa att företaget hade sakliga skäl för sitt handlande. Domstolen avslog därför Microsofts yrkanden på upphävning av Kommissionens beslut avseende företa-

¹³⁹ Mål T-201/04 Microsoft, par 531, 534.

¹⁴⁰ *Ibid* par 558.

¹⁴¹ Gemensamma mål C-241/91 P och C-242/91 P RTE och ITP v Commission [1995].

¹⁴² Mål T-201/04 Microsoft, par 645-648.

¹⁴³ *Ibid* par 650, 653.

¹⁴⁴ *Ibid* par 665.

¹⁴⁵ *Ibid* par 688, 711.

¹⁴⁶ *Ibid* par 689.

¹⁴⁷ *Ibid* par 690.

¹⁴⁸ *Ibid*.

gets vägran att tillhandahålla och godkänna användandet av interoperabilitetsinformationen.¹⁴⁹

6.2.2 Kopplingsförbehåll

Microsoft bestred Kommissionens beslut att Microsoft skulle ha brutit mot artikel 82 när företaget enbart sålde sitt operativsystem Windows tillsammans med Windows Media Player. Microsofts ansåg att Kommissionen tillämpat en ny och spekulativ teori för att fastslå en utestängningseffekt på marknaden och att inte tillräcklig hänsyn togs till de fördelar som Microsofts operativsystem medförde samt att Kommissionen inte lyckats visa att Microsoft brutit mot artikel 82 (d) i EG-fördraget.¹⁵⁰ Kommissionen motiverade sin bedömning med att de fyra rekvisit som krävdes för att påvisa brott mot artikel 82 var uppfyllda, nämligen att:

1. Huvudprodukten och den kopplade produkten var två separata produkter
2. Företaget hade en dominerande ställning på marknaden för huvudprodukten.
3. Företaget gav inte konsumenterna valmöjlighet att införskaffa huvudprodukten utan den kopplade produkten.
4. Kopplingen hade en utestängande effekt på konkurrensen.¹⁵¹

Vidare menade Kommissionen att Microsoft inte hade visat att det fanns några sakliga skäl till kopplingen som övervägde de skadliga effekterna som kopplingen hade på konkurrensen.¹⁵²

Microsoft ansåg att Kommissionen hade fel i sin bedömning att operativsystemet Windows och mediaspelaren Windows Media Player var två fristående produkter och därmed tillhörde separata marknader.¹⁵³ Istället menade Microsoft att uppspelningen av olika media var en del av funktionaliteten i operativsystemet, vilket även gällde konkurrerande operativsystem, och att det från konsumenterna inte fanns någon efterfrågan på operativsystem utan mediafunktionen.¹⁵⁴ Domstolen ansåg dock att mediaspelaren och operativsystemet var fristående produkter och påpekade först och främst att produkter som kompletterade varandra ändå kunde tillhöra olika marknader, såsom fastslagits i praxis.¹⁵⁵ Vidare ansåg domstolen att det var troligt att konsumenter ville införskaffa kompletterande produkter tillsammans, men från olika källor.¹⁵⁶ I detta resonemang gjorde domstolen en analogi till de ordbehandlingsprogram som konsumenter ville att operativsystemet skulle komma tillsammans med, men som ändå inte gjorde programmen och operativsystemet till en enda produkt. Domstolen poängterade också att det trots allt fanns efterfrågan på operativsystem utan mediaspelare, exempelvis från företag som inte ville att dess anställda skulle an-

¹⁴⁹ Mål T-201/04 Microsoft, par 711-712.

¹⁵⁰ Ibid par 839.

¹⁵¹ Kommissionens beslut i Microsoft par 794 och Mål T-201/04 Microsoft par 842.

¹⁵² Kommissionens beslut i Microsoft par 795 och Mål T-201/04 Microsoft par 843.

¹⁵³ Mål T-201/04 Microsoft, par 872, 885.

¹⁵⁴ Ibid par 886-890.

¹⁵⁵ Ibid par 921.

¹⁵⁶ Ibid par 922.

vända mediaspelare för privat bruk under arbetstid.¹⁵⁷ Andra argument som domstolen hade för sitt ställningstagande att mediaspelaren och operativsystemet var fristående produkter var:

1. Att operativsystem var ett systemprogram och mediaspelare var ett tillämpningsprogram vilket gjorde dem olika ifråga om dess funktioner.
2. Att det fanns utvecklare som tillhandahöll sitt operativsystem och sin mediaspelare fristående från varandra.
3. Att det fanns utvecklare som enbart tillhandahöll mediaspelare.
4. Att Microsoft utvecklade versioner av Windows Media Player avsedda för konkurrerande operativsystem.
5. Att Windows Media Player gick att ladda ned från Internet utan att nedladdning av operativsystemet Windows krävdes.
6. Att ett stort antal konsumenterna valde att införskaffa mediaspelare från Microsofts konkurrenter, en indikation på att konsumenterna betraktade mediaspelaren som fristående från operativsystemet.¹⁵⁸

Microsoft ansåg inte heller att Windows Media Player var kopplat till Windows på det sätt som avsågs i artikel 82 (d) eftersom konsumenterna inte betalade något tillägg för mediaspelaren, de var inte skyldiga att använda programmet och inte heller hindrades de från att installera och använda konkurrenternas mediaspelare.¹⁵⁹ Domstolen invände mot detta och påpekade att även om Microsoft inte debiterade konsumenterna extra för mediaspelaren, så var priset för spelaren inkluderat i priset för operativsystemet. Denna omständighet spelade egentligen inte någon roll då varken artikel 82 (d) eller rättspraxis krävde att konsumenterna betalade separata pris för de kopplade produkterna.¹⁶⁰ Detsamma gällde också Microsofts påståenden att konsumenterna inte var tvungna att använda mediaspelaren och att de inte hindrades från att använda konkurrenternas mediaspelare. Som domstolen poängterade krävde varken artikel 82 (d) eller rättspraxis att konsumenterna skulle vara tvingade att använda den kopplade produkten eller hindras från att använda en konkurrents produkt för att kopplingsförbehållet skulle falla under artikel 82.¹⁶¹

Microsoft hävdade att Kommissionen inte hade lyckats bevisa existensen av den utestängningseffekt på marknaden som hämmade konkurrensen, som Kommissionen ansåg var ett resultat av kopplingen av mediaspelaren och operativsystemet.¹⁶² Då det aktuella fallet inte rörde ett traditionellt kopplingsförbehåll, menade Microsoft att Kommissionen tillämpat en ny och mycket spekulativ teori för att påvisa utestängningseffekten.¹⁶³ Ett exempel på detta var att Kommissionen utgick ifrån förmodade reaktioner från tredje part. Kommissionen hade istället för att som brukligt slå fast att kopplingsförbehållet till sin natur hade en utestängningseffekt, undersökt den effekt som kopplingsförbehållet redan hade haft på mark-

¹⁵⁷ Mål T-201/04 Microsoft, par 924.

¹⁵⁸ Ibid par 926-932.

¹⁵⁹ Ibid par 960.

¹⁶⁰ Ibid par 968-969.

¹⁶¹ Ibid par 970.

¹⁶² Ibid par 1031.

¹⁶³ Ibid par 1032.

naden och hur marknaden troligtvis skulle komma att utvecklas.¹⁶⁴ Domstolen ansåg dock inte att Kommissionen tillämpat en ny rättslig teori.¹⁶⁵ Vidare påpekade domstolen att Kommissionens slutsats att en utestängningseffekt förelåg var korrekt. Domstolen menade att det var uppenbart att Windows Media Player, tack vare Windows mycket höga andel på marknaden för operativsystem, fick ett genomslag på marknaden för mediaspelare på ett sätt som inte kunde motsvaras av andra distributionsmetoder av mediaspelare.¹⁶⁶

Microsoft menade också att det fanns två skäl till kopplingen som borde ha bedömts som sakliga. För det första ansåg Microsoft att Kommissionen hade bortsett från fördelarna av företagets affärsmodell, som gick ut på att kontinuerligt bygga in nya funktioner i Windows vilket var nödvändigt för att exempelvis programutvecklare skulle kunna fortsätta dra nytta av Windows alla funktioner.¹⁶⁷ Det andra sakliga skälet var att borttagandet av mediafunktionen i Windows skulle ha resulterat i en uppdelning och därmed försämring av operativsystemet, vilket skulle ha skapat problem för konsumenter, programutvecklare och webbdesigner.¹⁶⁸ Det första skälet avfärdade domstolen med att Kommissionens beslut inte påverkade Microsofts affärsmodell, då beslutet endast krävde att Microsoft utöver sin vanliga version av Windows som inkluderade Windows Media Player, även erbjöd en version utan Windows Media Player.¹⁶⁹ Det andra sakliga skälet avfärdades också av domstolen, som menade att trots att kopplingsförbehållet kunde resultera i en del konkurrensfrämjande effekter, så uppvägde inte dessa de konkurrenshämmande effekterna.¹⁷⁰ Följaktligen ansåg domstolen att Microsoft inte lyckades visa att det fanns sakliga skäl för kopplingen av Windows Media Player och Windows.

6.2.3 Extern övervakare

Kommissionen begärde i sitt beslut att Microsoft skulle komma med förslag till Kommissionen gällande tillsättandet och utformningen av en extern övervakare.¹⁷¹ Domstolen gjorde tolkningen att övervakarens roll var att utvärdera och övervaka att Kommissionens beslut följdes, genom att agera självständigt och på eget initiativ samt ha tillgång till bland annat information, dokument och källkoder.¹⁷² Domstolen ansåg dock att Kommissionen saknade befogenhet att begära att Microsoft skulle inkomma med ett förslag till en självständig övervakare med de rättigheter som beslutet innebar, och att kräva att Microsoft

¹⁶⁴ Mål T-201/04 Microsoft, par 1035.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Ibid par 1036-1039.

¹⁶⁷ Ibid par 1146.

¹⁶⁸ Ibid par 1147.

¹⁶⁹ Ibid par 1149-50.

¹⁷⁰ Ibid par 1151-52.

¹⁷¹ Kommissionens beslut i Microsoft, artikel 7.

¹⁷² Mål T-201/04 Microsoft, par 1261-63.

skulle bära alla kostnader för övervakaren.¹⁷³ Därför upphävde domstolen Kommissionens beslut i den delen.¹⁷⁴

6.2.4 Sammanfattning

EG-domstolens första instans avlog Microsofts yrkande att upphäva Kommissionens beslut gällande företags vägran att tillhandahålla interoperabilitetsinformation. Skälet till detta var förekomsten av samtliga särskilda omständigheter som gjorde det möjligt att tvinga ett företag i dominerande ställning att bevilja licenser. Microsoft lyckades inte heller visa att företaget hade sakliga skäl för sitt handlande. Domstolen avlog även Microsofts yrkande ifråga om kopplingsförbehållet mellan Windows Media Player och Windows. Domstolen ansåg att mediaspelaren och operativsystemet var fristående produkter, att det fanns en utestängningseffekt till följd av kopplingen och att Microsoft inte hade sakliga skäl till kopplingsförbehållet. Domstolen avlog också Microsofts yrkande på upphävning eller reducering av bötesbeloppet som Kommissionen ålagt Microsoft att betala.¹⁷⁵ Kommissionens krav på tillsättandet och utformningen av en extern övervakare hävdes dock, då domstolen ansåg att Kommissionen saknade befogenhet att fatta ett sådant beslut.

¹⁷³ Mål T-201/04 Microsoft, par 1278.

¹⁷⁴ Ibid par 1279.

¹⁷⁵ Ibid par 1367.

7 Referat United States mot Microsoft

7.1 Bakgrund

År 1998 väckte den amerikanska staten tillsammans med ett antal delstater talan mot Microsoft för brott mot konkurrenslagstiftningen. Brotten ifråga avsåg skyddande av monopolställning, olagliga avtalsförpliktelser, försök att få monopol på en andra marknad och koppling av webbläsaren Internet Explorer till operativsystemet Windows. Målet togs upp i distriktsdomstolen, District of Columbia, vars dom senare överklagades av Microsoft till appellationsdomstolen.¹⁷⁶ Efter appellationsdomstolens dom 2001 träffade Microsoft en uppgörelse med den amerikanska staten och hälften av delstaterna. Distriktsdomstolen avkunnade därefter en ny dom som i huvudsak fastslog parternas förlikning och avlog yrkandena från de stater som inte godkände uppgörelsen.¹⁷⁷

7.2 Processen

7.2.1 Monopol på den relevanta marknaden

Den amerikanska konkurrenslagstiftningen¹⁷⁸ gjorde det olagligt för personer och bolag att ha monopol på handel mellan olika stater eller med andra länder och begränsade även det förfarande som ett företag kunde använda sig av för att uppnå eller behålla sin monopolställning. I målet behövde domstolen därmed fastslå att Microsoft faktiskt hade monopolställning på den relevanta marknaden. Domstolen hade således i uppgift att först identifiera den relevanta marknaden, för att sedan avgöra Microsofts möjlighet att styra priserna på den marknaden och bedöma företagets förmåga att utestänga konkurrens.¹⁷⁹

Käranden i målet, den amerikanska staten, menade att den relevanta marknaden var marknaden för Intelkompatibla PC-operativsystem.¹⁸⁰ För att ta ställning till detta blev domstolen tvungen att avgöra om alla produkter som ingick i den definitionen var utbytbara. Domstolen gjorde bedömningen att det vid den aktuella tidpunkten inte fanns några alternativ till Intel-kompatibla PC-operativsystem som en betydande andel av datoranvändarna runt om i världen kunde ha bytt till utan att drabbas av stora kostnader. Det fanns inte heller några företag, som inte redan marknadsförde Intel-kompatibla PC-operativsystem, som kunde erbjuda en stor andel av konsumenterna ett alternativ till den typen av operativsystem inom rimlig tid. Den relevanta marknaden fastställdes därför till att vara marknaden för Intelkompatibla PC-operativsystem.¹⁸¹

¹⁷⁶ U.S. Court of Appeals Opinion No. 00-5212, konsoliderad med 00-5213, Avsnitt I.

¹⁷⁷ Kommissionens beslut i Microsoft Case COMP/C-3/37.792, par 18-19.

¹⁷⁸ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 2.

¹⁷⁹ United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, Conclusions of law, avsnitt I A 1.

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Ibid.

Microsoft bedömdes ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden, då företaget hade en marknadsandel på 80-95 procent (beroende på hur andelen beräknades).¹⁸² Vidare påvisades klara inträdeshinder för konkurrenter på den marknaden, något som ytterligare befäste Microsofts höga marknadsandel och gjorde det möjligt för företaget att sätta högre priser än vad som var konkurrensmässigt. Den dominerande ställningen i kombination med de klara inträdeshindren på den relevanta marknaden gjorde att domstolen ansåg att Microsoft hade monopol. Domstolen påpekade också att Microsoft under ett antal år agerat på sätt som bara kan tillskrivas ett företag som var medvetet om att det hade monopolställning och som drevs av viljan att bevara de inträdeshinder för konkurrenter som skyddade den ställningen.¹⁸³

7.2.2 Konkurrenshämmande förfarande

När domstolen väl fastslagit att Microsoft hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden gick domstolen vidare till att undersöka om företaget hade använt sig av konkurrenshämmande metoder för att uppnå eller behålla sin ställning.¹⁸⁴ Den avgörande frågan i den undersökningen var om företagets handlande hade en utestängningseffekt, det vill säga om handlandet hade begränsat eller riskerat att begränsa andra företags möjlighet att konkurrera på den relevanta marknaden. För att påvisa risken för utestängningseffekt ansåg domstolen att det räckte att bevisa att Microsoft i egenskap av ett vinstdrivande företag, hade använt sig av ”predatory conduct”¹⁸⁵, ett handlande som till sin natur var konkurrenshämmande. Microsofts handlande för att begränsa konkurrensen rörde ”middleware”¹⁸⁶, något som i Microsofts ögon kunde användas av konkurrenter för att ta sig på den relevanta marknaden. Ett av de största hoten mot Microsoft kom från företaget Nescapes webbläsare.¹⁸⁷

För att möta hotet från Netscape webbläsare försökte Microsoft först övertala Netscape att inte ge ut en version av dess webbläsare avsedd för Microsofts operativsystem.¹⁸⁸ När Netscape inte gick med på det, vände sig Microsoft till persondatortillverkare, Internetleverantörer och programutvecklare i syfte att minska användningen av Nescapes webbläsare till förmån för Microsofts egna webbläsare, Internet Explorer.

Enligt domstolen var Microsofts strategi avseende persondatortillverkarna följande:

1. Avtalsmässig och teknologisk koppling av Microsofts webbläsare Internet Explorer till Microsofts operativsystem Windows. Syftet var att se till att Internet Explorer

¹⁸² United States v. Microsoft Corp., Conclusions of law, avsnitt I A 1.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid avsnitt I A 2.

¹⁸⁵ Ibid. Angrepp mot affärskonkurrenter genom handlande som inte kan anses vara vinstmaximerande förutom genom att befintliga konkurrenter drivs bort från marknaden, potentiella konkurrenter hindras från att ta sig in på marknaden eller att konkurrenter avskräcks tillräckligt för att upphöra med sina konkurrerande beteenden. Detta görs i syfte att uppnå eller behålla monopolställning.

¹⁸⁶ United States v Microsoft Corp., Findings of fact, par 28-29. Mjukvaruprogram som inte är operativsystem men som använder sig av operativsystemets gränssnitt.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ United States v Microsoft Corp., Conclusions of law, avsnitt I A 2 a.

fanns på varje Windowsanvändares dator och för att öka kostnaden som installerandet och användandet av Nescapes webbläsare skulle innebära.¹⁸⁹

2. Införande av hårda regler som begränsade persondatortillverkarnas frihet att modifiera Windows på sätt som trots ovanstående punkt skulle göra det möjligt att använda Nescapes webbläsare.
3. En kombination av hot och incitament riktade mot de viktigaste persondatortillverkarna i syfte att få dem att stödja Internet Explorer till nackdel för Netscape.

Effekten av ovanstående var att Nescapes marknadsandel sjönk kraftigt. Domstolen påpekade att Microsoft inte lyckades visa att företaget hade något legitimt affärsmässigt mål med sitt agerande och inte heller fanns det något teknologiskt eller kvalitetsmässigt skäl. Detta gällde såväl Microsofts vägran att licensiera Windows utan Internet Explorer till persondatortillverkare som företagets beslut att inte erbjuda persondatortillverkare och konsumenter en version av Windows som inte innehöll Internet Explorer.¹⁹⁰

Sammanfattningsvis betraktade domstolen Microsofts förfarande som ”predatory”, då företaget spenderat mycket pengar och avstått från intäkter för att öka antalet användare av Internet Explorer på Nescapes bekostnad.¹⁹¹ Microsoft hade inte som mål att tjäna pengar på Internet Explorer, då webbläsaren erbjöds gratis, och inte heller var syftet att öka efterfrågan på Windows. Domstolen gjorde därför bedömningen att den enda förklaringen till Microsofts handlingar var att företaget ville skydda inträdeshindren som höll konkurrenter borta från marknaden för Intel-kompatibla PC-operativsystem. Eftersom domstolen dessutom fann att Microsoft hade monopolställning på den marknaden så innebar företagets ”predatory conduct” ett brott mot konkurrenslagstiftningen.¹⁹²

7.2.3 Monopol på en andra marknad

Domstolen tog också ställning till huruvida Microsofts agerande beträffande upprätthållandet av företagets monopolställning på marknaden för Intelkompatibla PC-operativsystem även innebar ett olagligt försök att få monopol på marknaden för webbläsare.¹⁹³ Domstolens bedömning baserades på om de tre rekvisiten för olagligt försök till uppnående av monopolställning var uppfyllda eller ej:

1. Att företaget hade handlat på ett konkurrenshämmande sätt eller genom ”predatory conduct”.
2. Att avsikten var att få monopol.
3. Att det fanns en stor risk att företaget faktiskt skulle lyckas få monopol.

Domstolen hade redan fastslagit att det första rekvisitet var uppfyllt. Även om Microsofts ledning aldrig uttryckligen angav att företaget hade som mål att få monopol på marknaden för webbläsare, ansåg domstolen att ledningen måste eller åtminstone borde ha insett att företaget skulle komma att få monopol på den marknaden genom sitt agerande. Således var även det andra rekvisitet uppfyllt. När Microsoft försökte övertala Netscape att inte släppa

¹⁸⁹ United States v Microsoft Corp., Conclusions of law, avsnitt I A 2 a.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ Ibid avsnitt I A 2 c.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Ibid avsnitt I B.

Windows-versionen av sin webbläsare hade Netscape en marknadsandel på minst 70 procent på marknaden för webbläsare avsedda för operativsystem. Eftersom Microsofts Windows var det dominerande operativsystemet, hade företaget övertagit det mesta av Nescapes marknadsandel för webbläsare om Netscape hade gått med på förslaget. Trots att Netscape avslag Microsofts förslag, ansåg domstolen att förslaget i sig inneburit en stor risk att Microsoft skulle ha fått monopol. Dessutom hade Microsoft vid tidpunkten för målet en andel på marknaden för webbläsare som översteg 50 procent och företags marknadsandel bedömdes stiga följande år. Det tredje rekvisitet ansågs därmed också uppfyllt. Domstolen kom alltså fram till att Microsoft försökt få monopol på en andra marknad, något som även det stred mot konkurrenslagstiftningen.¹⁹⁴

7.2.4 Kopplingsförbehållet

Amerikansk konkurrenslagstiftning tillät inte heller olika former av kopplingsförbehåll.¹⁹⁵ För att ett kopplingsförbehåll skulle anses olagligt krävdes att fyra rekvisit var uppfyllda:

1. Kopplingen gällde två separata produkter.
2. För att erhålla den kopplande produkten hade konsumenter inget annat val än att också införskaffa den kopplade produkten.
3. Kopplingsförbehållet påverkade en ansevärd del av den mellanstatliga handeln.
4. Företaget som använde sig av kopplingsförbehållet hade stark ställning på marknaden för den kopplande produkten.¹⁹⁶

Frågan i det aktuella fallet var om Microsoft avtalsenliga och tekniska koppling av Windows och Internet Explorer uppfyllde de fyra rekvisiten och därmed var olaglig.

Microsoft hävdade att de två produkterna egentligen var en enda produkt, alternativt att de båda produkterna egentligen handlades med på en och samma marknad.¹⁹⁷ Domstolen menade dock att det avgörande var hur konsumenterna uppfattade produkterna och marknaderna. I det aktuella fallet bedömde domstolen att konsumenterna betraktade Windows och Internet Explorer som olika produkter, eftersom en konsuments efterfrågan av de två produkterna skiljde sig åt beroende på vilken av produkternas individuella funktioner konsumenten ville åt. Domstolen fann också att konsumenterna var tvungna att betala för Internet Explorer, trots att priset för den produkten var satt till noll, då värdet på produkten var inkluderat i det pris konsumenterna betalade för ”paketet” bestående av Windows och Internet Explorer. Det tredje rekvisitet bedömde domstolen också vara uppfyllt eftersom kopplingsförbehållet hade fått Nescapes marknadsandel att sjunka drastiskt, något som i rena dollarvärden översteg det minimivärde som ”ansvärd påverkan” åsyftade. Trots att det inte fanns någon specificering av hur stark ställning ett företag måste ha för att det fjärde rekvisitet skulle anses uppfyllt menade domstolen att Microsoft monopolställning rimligen borde anses tillräckligt stark. Även det fjärde rekvisitet var därmed uppfyllt. Då alla fyra rekvisiten bedömdes vara uppfyllda, ansåg domstolen därför att Microsofts beslut att en-

¹⁹⁴ United States v Microsoft Corp., Conclusions of law, avsnitt I B.

¹⁹⁵ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 1.

¹⁹⁶ United States v Microsoft Corp., Conclusions of law, avsnitt II A.

¹⁹⁷ Ibid.

dast erbjuda en kopplad version av Windows och Internet Explorer utgjorde olaga koppling.¹⁹⁸

7.3 Överklagandet

Microsoft överklagade distriktsdomstolens dom till Court of Appeals (appellationsdomstolen) som upphävde domen i stora delar. Appellationsdomstolen ansåg inte att Microsofts handlande var konkurrenshämmande på alla sätt som distriktsdomstolen hade fastslagit, men konkurrenshämmande till övervägande del, exempelvis företagets handlande gentemot persondatortillverkarna.¹⁹⁹

Appellationsdomstolen gick emot distriktsdomstolens bedömning att Microsofts olagligt hade försökt att få monopol på marknaden för webbläsare. Appellationsdomstolen menade att distriktsdomstolen i sin bedömning förutsatte att Microsofts upprätthållande av monopolen på marknaden för operativsystem var ett tecken på ett försök att skaffa sig monopol på marknaden för webbläsare. Marknaden för webbläsare var dock en helt annan marknad och distriktsdomstolen hade inte gjort en fristående analys av den marknaden.²⁰⁰ En fristående analys krävde att den relevanta marknaden definierades och att betydande inträdes hinder på den marknaden konstaterades. Appellationsdomstolen ansåg att den relevanta marknaden inte hade definierats eftersom distriktsdomstolen varken tydligt beskrev vad en webbläsare var eller mot vilka produkter som webbläsare kunde bytas ut. I avsaknad av en riktig marknadsdefinition gick det inte heller att påvisa inträdes hinder, då dessa baserades på rena spekulationer.²⁰¹

Appellationsdomstolen instämde inte heller i distriktsdomstolens ståndpunkt att kopplingen av Internet Explorer och Windows var olaglig i enlighet med den amerikanska konkurrenslagen. Distriktsdomstolen ansåg att kopplingen mellan produkterna var olaglig per se, medan appellationsdomstolen menade att kopplingen snarare skulle ha bedömts enligt rule of reason eftersom det inte fanns något tidigare fall som var jämförbart, vilket också Microsoft hade yrkat på i sin överklagan.²⁰² Dessutom ansåg appellationsdomstolen att ett per se förbud inte var lämpligt att använda på programvarumarknaden, då just den marknaden hade en mycket innovativ karaktär och därför kunde kopplingsförbehåll ge positiva effekter som inte beaktats tidigare.²⁰³

7.4 Den slutgiltiga domen

Den slutgiltiga domen mot Microsoft, som fastslog resultatet av förlikningen mellan parterna, stadgade i huvudsak att Microsoft skulle vidta tre typer av åtgärder.

¹⁹⁸ United States v Microsoft Corp., Conclusions of law, avsnitt II A.

¹⁹⁹ U.S. Court of Appeals Opinion, avsnitt II.

²⁰⁰ Ibid avsnitt III.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid, avsnitt IV.

²⁰³ Ibid.

För det första skulle Microsoft göra det lättare för konkurrenters produkter att samverka med Windows-systemet, bland annat genom att lämna ut nödvändig interoperabilitetsinformation.²⁰⁴ För det andra skulle Microsoft göra det möjligt både för persondatortillverkare och också slutanvändare (konsumenter) att aktivera eller ta bort åtkomsten till alla ”middlewares”, såväl Microsofts som konkurrenternas. Exempel på sådana middlewares var Internet Explorer och Windows Media Player. För det tredje åtog sig Microsoft att med vissa undantag se till att alla berörda persondatortillverkare omfattades av likartade villkor och licensavgifter.²⁰⁵

²⁰⁴ United States v Microsoft Corp., Modified Final Judgment.

²⁰⁵ Ibid.

8 Analys

8.1 Inledning

8.1.1 Det amerikanska Microsoft-fallet

I det amerikanska målet mot Microsoft ansåg appellationsdomstolen att tillämpningen av per se-förbudet mot kopplingsförbehåll som distriktsdomstolen hade gjort, var olämplig i just det specifika fallet.²⁰⁶ Det fanns få tidigare fall i vilka den kopplade produkten var fysiskt och teknologiskt integrerad i huvudprodukten. Domstolen hade inte heller i de ”vanliga” fall av kopplingsförbehåll ställts inför sådana yrkanden som Microsofts lade fram, det vill säga att kopplingen förbättrade värdet av huvudprodukten för användare och för utvecklare av kompletterande produkter. Appellationsdomstolen konstaterade också att på grund av egenskaperna hos marknader för programvaruplattformar (exempelvis marknaden för operativsystem) fanns det en risk att per se-förbud kunde hämma värdefull innovation på två sätt:

1. Testet som användes för att fastslå förekomsten av två separata produkter var ett olämpligt sätt att mäta de nettoeffekter som nyligen integrerade produkter kunde ge. Anledningen var att testet endast använde effekterna för att förklara konsumenternas efterfrågan och inte direkt undersökte om effekterna av en koppling var konkurrensfrämjande eller konkurrenshämmande. Tillämpningen av ett per se-förbud ansågs dessutom medföra att ett företags första sammanslagning av två tidigare olika funktioner riskerade att underkännas. Företaget kunde anses ha kopplat två separata produkter om det vid sammanslagningstillfället fanns en stabil marknad för den kopplade produkten. Däremot ansågs det att en bedömning enligt rule of reason kunde medföra att företaget fick en möjlighet att visa att kopplingen gav effektivitetsvinster som uppvägde inskränkningen av konsumenternas valmöjlighet. Appellationsdomstolen menade att detta blev extra relevant på marknader för programvaruplattformar där det var vanligt med sammanslagning av produkter, inte bara av företag med höga markandsandelar, utan även av små företag vars enda skäl till sammanslagningen var de effektivitetsvinster som uppnåddes.
2. Marknader för programvaruplattformar hade en mycket innovativ karaktär. Kopplingsförbehåll på den marknaden kunde därför resultera i effektivitetsvinster som inte tidigare påträffats, vilket innebar att de inte heller togs med i beräkningen när de ursprungliga per se-förbuden konstruerades.²⁰⁷

Appellationsdomstolen ansåg att det inte fanns tillräckliga empiriska bevis för hur mycket konsumenterna var beredda att betala i relation till hur mycket de faktiskt betalade, eller för begränsningen av konsumenternas valmöjligheter, för att kunna göra en rimlig bedömning av en hel kategori.²⁰⁸

²⁰⁶ U.S. Court of Appeals Opinion, avsnitt IV.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

8.1.2 Det europeiska Microsoft-fallet

I Europa hade det före Microsoft-fallet endast förekommit tre rättsfall²⁰⁹ om kopplingsförbehåll. Inget av fallen rörde teknologisk koppling.²¹⁰

De tidigare fallen hade uteslutande avgjorts genom tillämpning av per se-förbud, där kopplingsförbehållet automatiskt ansågs strida mot de objektiva rekvisiten som förbudet innebar. Rekvisiten för per se-förbudet var:

1. Företaget hade en dominerande ställning på marknaden för huvudprodukten.
2. Huvudprodukten och den kopplade produkten var två separata produkter.
3. Företaget gav ingen möjlighet för konsumenten att köpa huvudprodukten utan den kopplade produkten.

I Microsoft-fallet frångicks till viss del det tidigare resonemanget för en annan prövning. Kommissionen och förstainstansrätten uppställde fem rekvisit för att avgöra huruvida Microsoft agerat otillbörligt eller inte:

1. Huvudprodukten och den kopplade produkten var två separata produkter.
2. Företaget hade en dominerande ställning på marknaden för huvudprodukten.
3. Företaget gav ingen möjlighet för konsumenten att köpa huvudprodukten utan den kopplade produkten.
4. Det aktuella agerandet gav en utestängande effekt som hämmade konkurrensen.
5. Frånvaro av sakliga skäl.

De inledande fyra punkterna var en kopia av det modifierade per se-förbudet (som tidigare tillämpats i USA) där frågan huruvida kopplingsförbehållet hade en utestängande effekt på marknaden eller inte var tillagd.²¹¹ Den femte punkten var en möjlighet för svaranden att få kopplingsförbehållet godkänt. Svaranden tvingades visa att kopplingsförbehållet var nödvändigt för att uppnå konkurrensfrämjande effektivitetsvinster som överväger de konkurrenshämmande effekterna. De delar av bedömningen i Microsoft-fallet som skiljde sig från tidigare fall gällde rekvisiten separata produkter, utestängning av konkurrens och frånvaro av sakliga skäl.

Frågan huruvida det funnits en efterfrågan på de separata produkterna hade rests i tidigare fall. I Microsoft-fallet bestämdes att det existerade en efterfrågan på mediaspelare genom att konstatera att det fanns försäljare som utvecklade och levererade mediaspelare separat från operativsystem. Förutom efterfrågan på operativsystemet konstaterades även att det fanns en marknad för mediaspelare och därigenom två produktmarknader.²¹²

²⁰⁹ Förutom tidigare nämnda Hilti och Tetra Pak finns Kommissionens beslut 88/519/EEC [1998] Napier Brown mot British Sugar. Kommissionen fann att British Sugar missbrukade sin dominerande ställning genom förbjuden prissättning.

²¹⁰ GCLC, s 190. I december 1980 inledde Kommissionen en utredning mot IBM:s handlande på marknaden gällande dess stordator. Utredningen resulterade i en förlikning.

²¹¹ Ibid s 192 ff.

²¹² Mål T-201/04 Microsoft, par 927.

Vidare undersöktes aldrig frågan om det fanns en efterfrågan på huvudprodukten utan den kopplade produkten, alltså en önskan att köpa operativsystemet Windows utan mediaspelaren.²¹³

Kommissionen ansåg att det fanns ett behov av att bedöma effekterna av hur marknaden påverkades av kopplingsförbehållet. I tidigare fall hade det ansetts föreligga goda skäl till att, utan ytterligare analys, anta att kopplingsförbehållet utgjorde ett handlande som i sig självt resulterade i en utestängande effekt. I Microsoft-fallet utvidgades analysen till att omfatta effekterna på marknaden och därigenom utvecklades ett kriterium som tidigare till stor del förbigåtts. På grund av att det fanns andra mediaspelare, som kunde laddas ned gratis från Internet, kunde det inte automatiskt antas att kopplingsförbehållet hade en utestängande effekt på marknaden.²¹⁴ En närmare granskning krävdes därför för att se vilka effekter kopplingen gav. Microsoft argumenterade att ytterligare en förutsättning lagts till genom utredningen av utestängningens effekter, vilka tidigare inte hade utretts för att bedöma huruvida kopplingsförbehåll föreligger.²¹⁵ I beslutet från Kommissionen baserades ställningstagandet på spekulationer, i syfte att försöka förutse framtida effekter, snarare än att konstatera vilka effekter som kopplingsförbehållet faktiskt hade haft. Microsofts kritik mot undersökningen av utestängande effekter ansågs förvånande, eftersom det tidigare konstaterats detta faktum per se. Vidare påpekades det att ett åskådliggörande av de utestängande effekterna inte var att jämföra med en ny förutsättning.²¹⁶

Kopplingsförbehåll kan godkännas om de motiveras med sakliga skäl. Hilti och Tetra Pak försökte övertyga domstolen att deras utövande skulle godkännas med hänsyn till allmän säkerhet respektive den naturliga länk som fanns mellan produkterna. Företagens argument överensstämde inte med domstolens bedömning.²¹⁷ I Microsoft-fallet höjdes kravet på att visa kopplingsförbehållets giltighet ytterligare. Microsoft skulle bevisa att mediaspelaren var ”indispensable”, det vill säga nödvändig för att företaget skulle kunna uppnå konkurrensfrämjande effekter som övervägde de konkurrenshämmande verkningarna.²¹⁸ Kommissionen och förstainstansrätten konstaterade att Microsoft inte hade visat att integreringen av mediaspelaren i operativsystemet gett upphov till sådana effektivitetsvinster.²¹⁹

8.2 Skillnader mellan USA och Europa

Vid en jämförelse mellan det amerikanska fallet och det europeiska, framkommer små men viktiga skillnader i både det bakomliggande juridiska resonemanget och sättet att se på olika aspekter av fallen.

En viktig skillnad var domstolarnas olika synsätt på det test som användes för att avgöra om kopplingen bestod av två separata produkter. I USA betraktade appellationsdomstolen

²¹³ Mål T-201/04 Microsoft, par 887. Se även GCIC, s 195.

²¹⁴ Mål T-201/04 Microsoft, par 977.

²¹⁵ Ibid par 989.

²¹⁶ Ibid par 1009, 1035.

²¹⁷ Kommissions beslut 88/138/EEC [1988] Hilti par 87 och Mål C-333/94 P Tetra Pak par 37.

²¹⁸ Mål T-201/04 Microsoft, par 1091.

²¹⁹ Ibid par 1167.

testet som tillbakablickande då det utgick ifrån att om det vid en viss tidpunkt bedömdes existera två separata produkter, skulle det också fortsättningsvis existera två separata produkter, oavsett den teknologiska utvecklingen.²²⁰ Detta skulle kunna medföra att en koppling som gav konkurrensfrämjande effekter och effektivitetsvinster var olaglig. Testet ansågs därför vara ett olämpligt sätt att bedöma nettoeffekterna av produkter som kopplades samman för första gången.²²¹ I Europa betraktades testet också som tillbakablickande. Det poängterades dock att, trots att fyra år hade gått sedan kopplingen gjordes, fortfarande fanns en inte obetydlig efterfrågan på alternativ till den kopplade produkten Windows Media Player.²²² Det var en av anledningarna till att testet godtogs och får tolkas som att testet inte ansågs vara ett hinder för teknisk innovation.²²³

I ett pressmeddelande²²⁴ förklarade Kommissionen efter sitt beslut att de gjort en bedömning enligt rule of reason, liknande den bedömning som den amerikanska domstolen använt sig av. EG-domstolens första instans uttalade sig inte huruvida detta var fallet, men eftersom den fastställde Kommissionens beslut bör domstolen anses ha instämt med Kommissionen. En undersökning av fallet visar dock att det förekom skillnader mellan den bedömning enligt rule of reason som användes i det amerikanska fallet och det femte rekvisitet, frånvaro av sakliga skäl, som användes i Europa. Två skillnader kan klart identifieras:

I Europa ansågs det att Microsoft inte lyckades visa att kopplingen av mediaspelaren var ”indispensable”, det vill säga nödvändig, för att effektivitetsvinsterna och de konkurrensfrämjande effekterna skulle uppkomma.²²⁵ Något liknande krav på att svaranden skulle bevisa att kopplingen var nödvändig för de konkurrensfrämjande effekterna fanns inte i USA.

Den andra skillnaden rörde bevisbördan. Den amerikanska appellationsdomstolen menade att svaranden (Microsoft) skulle bevisa att kopplingsförbehållet hade konkurrensfrämjande effekter och att dessa effekter inte kunde uppnås på annat sätt. På denna punkt instämde EG-domstolens första instans.²²⁶ Appellationsdomstolen ansåg dock inte att svaranden behövde bevisa att de konkurrensfrämjande effekterna uppvägde de konkurrenshämmande effekterna, det var upp till käranden att bevisa motsatsen.²²⁷ I Europa ansågs däremot svaranden ha bevisbördan för att de konkurrensfrämjande effekterna uppvägde de konkurrenshämmande effekterna.²²⁸

²²⁰ U.S. Court of Appeals Opinion, avsnitt IV

²²¹ Apon, Jochem, Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies.

²²² Kommissionens beslut i Microsoft, par. 804-808.

²²³ Apon, Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies.

²²⁴ Pressmeddelande från Kommissionen, MEMO/04/70. .

²²⁵ Kommissionens beslut i Microsoft par 963 och Mål T-201/04 Microsoft par 1158-1159.

²²⁶ Mål T-201/04 Microsoft, par 1144.

²²⁷ U.S. Court of Appeals Opinion, avsnitt IV.

²²⁸ Kommissionens beslut i Microsoft, par 970. Se även Apon, Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies.

8.3 Slutsatser

8.3.1 Separata produkter

Till skillnad från tidigare fall av kopplingsförbehåll, var de kopplade produkterna i Microsoft-fallet integrerade i varandra. Därför tillämpades ett test för att avgöra om produkterna var separata. Testet innebar att två produkter ansågs vara separata om det fanns en egen marknad för den kopplade produkten.

I Europa fastslogs att de två produkterna, Windows Media Player och Windows, var separata då det ansågs finnas en egen marknad för Windows Media Player. Kritik har riktats mot detta synsätt eftersom det strikt tillämpat skulle kunna leda till absurda resultat avseende vilka produkter som ansågs vara separata, exempelvis skor och skosnören, datorer med hårddiskar och flygplan med motorer.²²⁹ I dessa exempel finns det en egen marknad för den kopplade produkten (skosnören, hårddiskar och motorer) och om testet som användes i Microsoft-fallet tillämpades, skulle dessa produkter inte anses vara en enda produkt och därför utgöra olaga kopplingsförbehåll. Kommissionen har dock i sina riktlinjer om vertikala begränsningar sagt att ett kopplingsförbehåll kan accepteras om det har blivit handelsbruk.²³⁰ Det finns emellertid ett stort problem med att tillämpa riktlinjen om handelsbruk i fallet med Microsofts vilket är företagets näst intill fullständiga monopol på marknaden för operativsystem. Till skillnad från marknaden för skor, på vilken det finns många aktörer, finns det på marknaden för operativsystem endast ett fåtal aktörer förutom Microsoft och dessa har en mycket liten marknadsandel. Därför är det svårt att avgöra om det är handelsbruk att koppla mediaspelare med operativsystem. Även om Microsoft skulle vara det enda företag som kopplade mediaspelaren till operativsystemet skulle det ändå innebära att så gott som hela marknaden gjorde detta, till följd av företagets höga marknadsandel. Frågan är om det då kan anses som handelsbruk. Det är dock riskabelt att dra den slutsatsen eftersom ett företag med monopol på en marknad i sådana fall skulle kunna bestämma reglerna på den marknaden.

I Kommissionens riktlinjer utgår Kommissionen dock från kundens önskan att köpa skor med skosnören som förklaring till handelsbruket. Konsumenternas efterfrågan av produkterna undersöktes även i Microsoft-fallet. Kritik har dock riktats mot att Kommissionens undersökning av konsumenternas efterfrågan på den kopplade produkten inte kompletterades med en undersökning av om det överhuvudtaget fanns en efterfrågan av huvudprodukten, Windows, utan den kopplade produkten.²³¹ Den kritiken är till viss del obefogad eftersom Kommissionen faktiskt tog upp åtminstone ett exempel²³² på att det fanns efterfrågan på Windows utan Windows Media Player. Kommissionen borde dock ha undersökt saken närmare. Exemplet som togs upp, att det finns efterfrågan av operativsystemet utan mediaspelare från företag som inte vill att de anställda skall använda mediaspelaren för privata ändamål, baserades på att det såldes ett program som gjorde det möjligt att ta bort bland annat mediaspelaren från operativsystemet. Att det finns en sådan efterfrågan från företag är mycket troligt, men att stödja påståendet enbart genom att hänvisa till förekom-

²²⁹ Evans och Padilla, s 9.

²³⁰ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, par 216.

²³¹ Evans och Padilla, s 10.

²³² Kommissionens beslut i Microsoft par 807.

ten av ett annat program måste anses som att Kommissionen grep efter halmstrån. En väl underbyggd utredning om det överhuvudtaget fanns en efterfrågan på Windows utan Windows Media Player hade varit att föredra.

I USA ansågs testet för att fastslå förekomsten av två separata produkter som olämpligt i fallet med Microsoft, delvis därför att det kunde ha en negativ effekt på innovation och teknologisk utveckling. Det är rimligt att anta att testet i vissa fall kan ha den effekten, framför allt om det tillämpas på kopplingsförbehåll mellan relativt nya produkter som är del av en bransch som ständigt utvecklas, såsom i Microsoft-fallen. Svårigheten blir att göra valet mellan att antingen förbjuda det som är konkurrenshämmande idag och riskera att hämma innovation, eller tillåta det som är konkurrenshämmande för att gynna den fortsatta utvecklingen. I fall som rör mjukvara torde det vara mycket svårt att förutse om ett kopplingsförbehåll mellan två produkter leder till vidare innovation. Därför kan det vid tillämpningen av produkttestet vara bra att bortse från den aspekten helt och hållet. Det råder alldeles för stor osäkerhet kring eventuell innovation för att kunna fatta ett förnuftigt beslut. I Europa bortsåg Kommissionen från en eventuell bromsning av teknologisk innovation, eftersom det fyra år efter att kopplingen hade gjorts fortfarande fanns efterfrågan på alternativ till Windows Media Player. Kommissionens utgångspunkt kan tolkas som att på grund av att det fortfarande fanns efterfrågan på alternativ till Windows Media Player från konsumenterna, fanns det också fortfarande incitament för fortsatt utveckling av åtminstone mediaspelare. Nackdelen med det synsättet är att endast den vidare utvecklingen av den kopplade produkten beaktas, inte vad kopplingsförbehållet mellan huvudprodukten och den kopplade produkten kan resultera i.

8.3.2 Utestängning av konkurrens

I frågan kring effekterna av kopplingsförbehållet valdes en annan väg än vad som tidigare fastställdes. Microsoft-fallet gav en övergång från en presumtion att kopplingsförbehåll per se resulterade i en utestängande och därmed konkurrenshämmande effekt, till en spekulativ utredning av bland annat framtida omständigheter. Frågan är om domen verkligen visar att Microsofts kopplingsförbehåll gett dessa konkurrenshämmande effekter på marknaden, eller tillräckligt förutspått att det kommer att ha sådana effekter.

Den spekulativa utredningen grundades på existensen av indirekta nätverkseffekter, eller vad som i beslutet från Kommissionen kallades för ”tippningsteorin”. Enligt ”tippningsteorin” fanns en naturlig tendens hos marknaden att endast använda sig av *en* mediaspelare och Microsoft hade därför en stor fördel framför konkurrenterna, då Windows Media Player var mycket vanligt förekommande i och med förinstallationen i Windows. Att integreringen av Windows Media Player i Windows skulle ha orsakat några nätverkseffekter på marknaden har aldrig visats, endast att kopplingen i det här fallet har potential att utestänga konkurrenter på marknaden någon gång i framtiden.²³³ Att ett antagande huruvida konkurrenshämmande effekter skall ske framöver eller inte utgör en grund i beslutet, kan tyckas förvånande. Vad som också bör påpekas är att effekterna i viss utsträckning baserats på framtida omständigheter kring tredje part, och domstolen tillade att kopplingsförbehållet får ”återverkningar på konkurrensen för närbesläktade produkter”.²³⁴ Det fanns inte heller konkreta belägg för detta och var knappast något som Microsoft kunde påverka eller förut-

²³³ Mål T-201/04 Microsoft, par 990.

²³⁴ Ibid par 857.

se. Därför framstår domen i det här avseendet mer som en försiktighetsåtgärd än ett tydligt ställningstagande.

I doktrinen²³⁵ har det diskuterats huruvida formuleringarna som använts för att beskriva effekterna av Microsofts beteende gett upphov till förvirring eller om beslutet istället kan ses som ny praxis på området kring missbruk av en dominerande ställning. I ett och samma stycke beskrivs Microsofts koppling av produkter som ”potential to foreclose competition” (översatt, potential att utestänga konkurrens), att upprätthållandet av en effektiv konkurrens är ”put at risk” (riskfylld) och senare att den innebär en ”serious risk” (stor risk).²³⁶ Argumenten för att faktiska och sannolikt potentiella konkurrenshämmande effekter skall dömas är starka, medan argument byggda på spekulationer knappast borde falla under förbuden i artikel 82. Det som går att bevisa som konkurrenshämmande effekter torde kunna uppfattas som ett självklart förbud, men var gränsen går mellan sannolika och spekulativa grunder är mer problematiskt. Gränsdragningen blir än svårare att förstå när Kommissionen i sina uttalanden vid upprepade tillfällen valt att växla mellan olika termer för att beskriva den förutsedda marknadseffekten. Inkonsekvensen i terminologin kan vara ett resultat av att praxis är tunn på området och att det därmed kan ses som en ny förutsättning för kopplingsförbehåll i allmänhet och teknologiska kopplingsförbehåll i synnerhet. Å andra sidan borde domstolarna i det fallet vara ännu noggrannare med formuleringarna. Ett resonemang med spekulativa argument lämnar utrymme för vidare diskussioner i framtida rättsfall då terminologin inte känns tydlig.

Det konstaterades också att det fanns en “reasonable likelihood” (betydande risk) att kopplingsförbehållet kunde leda till en försvagad konkurrens och att upprätthållandet av en effektiv konkurrensstruktur därför inte kunde garanteras inom överskådlig framtid.²³⁷ Även den punkten var rent spekulativ och i det närmaste omöjlig för Microsoft att försvara sig emot.

När fallet rör ett företag som har en så omfattande och dominerande ställning som Microsoft, torde det alltid finnas en risk för en viss utestängning av konkurrens, oavsett om den är avsiktlig eller ej. Därför finns det starka skäl till att undersöka de faktiska effekterna på marknaden.

8.3.3 Sakliga skäl

Normalt sett ligger bevisbördan på käranden i målet. Avseende rekvisitetet om frånvaro av sakliga skäl är det dock upp till svaranden att bevisa förekomsten av skälen för kopplingsförbehållet är sakliga. Sedan är det upp till domstolen att ta ställning till detta.²³⁸ Microsoft hade att visa att kopplingsförbehållets effektivitetsvinster och konkurrensfrämjande effekter vägde tyngre än de konkurrensbegränsningar det orsakade.²³⁹

²³⁵ GCLC, s 99.

²³⁶ Kommissionens beslut i Microsoft, par 842.

²³⁷ Mål T-201/04 Microsoft, par 1010.

²³⁸ Ibid par 1144.

²³⁹ Ibid par 1091.

Möjligheten att få kopplingsförbehållet godkänt genom sakliga skäl har funnits tidigare och prövats i domstolarna. Någon praktisk funktion har det dock aldrig fått, eftersom alla sakliga skäl som anförts har fått avslag i samtliga instanser. Hilti argumenterade för säkerheten och Tetra Pak menade att handelsbruk och den naturliga länk som fanns mellan produkterna utgjorde sakliga skäl. Båda företagen fick avslag på grund av bristande bevisning. Bedömningen var alltså hård redan då. I Tetra Pak påpekade EG-domstolen att trots förekomsten av en naturlig länk mellan produkterna, eller ett vedertaget handelsbruk, var ändå artikel 82 tillämplig då artikelns uppräknade missbruk inte var uttömmande. Därför var det ändå upp till svaranden att bevisa att de hade sakliga skäl för kopplingsförbehållet.²⁴⁰

Microsoft behövde visa att kopplingsförbehållet mellan mediaspelaren och operativsystemet var ”indispensable”, nödvändig för att uppnå de samlade effektivitetsvinster som skulle kompensera de konkurrenshämmande verkningarna. Frågan är hur starka skäl som krävdes för att domstolen skulle godkänna vad de redan hade bedömt som ett missbruk av en dominerande ställning.²⁴¹

Flera av argumenten för sakliga skäl har varit direkt vaga och opreciserade, men domstolarna har också fått kritik för avsaknaden av en länk mellan teori och praktik. Företagen som måste visa sakliga skäl för sitt agerande är inte sällan insatta i de praktiska effekter som handlandet har, medan motparten (Kommissionen eller annan instans) i första hand ser de teoretiska effekterna.²⁴²

8.3.4 Från per se till rule of reason

Rent principiellt är övergången från tillämpningen av ett per se-förbud till bedömning enligt rule of reason ett bra sätt att avgöra fall rörande kopplingsförbehåll. Att genom tillämpningen av ett per se-förbud hindra ett kopplingsförbehåll för att det är konkurrenshämmande, utan att närmare undersöka de faktiska effekterna av kopplingsförbehållet, kan vara negativt både för konsumenter och konkurrensen. Däremot är en vägning av de konkurrensfrämjande effekterna mot de konkurrenshämmande ett bra sätt att avgöra om ett kopplingsförbehåll gör tillräckligt stor skada för att motivera att det förbjuds.

Kommissionen har sagt att de följt den bedömning enligt rule of reason som användes av den amerikanska appellationsdomstolen. Kommissionens påstående har dock ifrågasatts, bland annat för skillnaderna i synsätten på produkttestet och frågan om det är svaranden som skall bevisa att de konkurrensfrämjande effekterna uppväger de konkurrenshämmande, eller om det är käranden som skall bevisa motsatsen.²⁴³ De olika inställningarna till produkttestet får nog anses som den skillnad som har störst betydelse i praktiken. I USA berodde övergången från ett modifierat per se-förbud till en bedömning enligt rule of reason till stor del på att produkttestet betraktades som alltför tillbakablickande och därför ansågs det olämpligt. I Europa tillämpades däremot i stort sett samma test. Hur Kommissionen kan anse att den bedömt fallet enligt samma rule of reason som i USA, trots att Kommissionen använt sig av just det test som förkastades av den amerikanska appellationsdomsto-

²⁴⁰ Mål C-333/94 P Tetra Pak, par 37.

²⁴¹ Se nedan avsnitt 8.3.4.

²⁴² GCLC, s 62 f.

²⁴³ Evans och Padilla, s 8.

len, är mycket märkligt. Kommissionens utgångspunkt i fallet är snarare identisk med det modifierade per se-förbudet som den amerikanska distriktsdomstolen tillämpade. Den enda egentliga skillnaden är att det femte rekvisitet, frånvaro av sakliga skäl, lagts till, vilket också är något som påpekats i doktrinen.²⁴⁴

Bortsett från produkttestet, borde en bedömning enligt Kommissionens resonemang och en bedömning enligt rule of reason i teorin ge samma resultat, till följd av att det femte rekvisitet lagts till. Detta resultat borde bli en konsekvens av att svaranden med stöd av det femte rekvisitet har möjligheten att visa att de konkurrensfrämjande effekterna överväger de konkurrenshämmande, vilket i sådana fall skulle kunna anses som sakliga skäl för kopplingsförbehållet. Det femte rekvisitet ställer emellertid upp ett krav på att svaranden skall visa att kopplingsförbehållet är ”indispensable”, nödvändigt, för att de konkurrensfrämjande effekterna skall uppnås. Ett sådant krav ställs inte i den bedömning enligt rule of reason som appellationsdomstolen ansåg skulle ersätta det modifierade per se-förbudet. Kommissionen har kritiserats²⁴⁵ för att den uppställer ett sådant krav, då det är näst intill omöjligt för ett företag att bevisa att kopplingsförbehållet är ”indispensable”, det vill säga absolut nödvändigt, för de konkurrensfrämjande effekterna. Dessutom skiftas fokus från bedömningen om kopplingsförbehållet är konkurrensfrämjande till en avvägning om kopplingsförbehållet är mer välgörande än andra, mer teoretiska alternativ.²⁴⁶ Denna kritik får anses befogad. Att göra en uppskattning av om vissa konkurrensfrämjande effekter och effektivitetsvinster endast kan uppnås genom ett kopplingsförbehåll innebär att svaranden måste jämföra kopplingsförbehållet med alla tänkbara alternativ, något som leder till ett mycket spekulativt och svårbedömt resonemang. I praktiken torde det i de flesta fall vara omöjligt, eller åtminstone mycket svårt, att med säkerhet säga att de konkurrensfrämjande effekterna endast kan uppnås genom ett kopplingsförbehåll. Frågan blir då om det femte rekvisitet verkligen får någon betydelse. Om en svarande aldrig kommer att kunna visa att det finns sakliga skäl, innebär det att den europeiska modellen består av fem rekvisit endast i teorin. I praktiken medför det att Kommissionen och EG-domstolens första instans har tillämpat det modifierade per se-förbud som avfärdades i USA. Kommissionens påstående om att den tillämpat rule of reason är alltså bara korrekt i den meningen att Kommissionen i teorin tillämpat rule of reason. I verkligheten har Kommissionen lagt ribban för svaranden att visa på sakliga skäl så högt, att det är tveksamt om rule of reason verkligen har tillämpats.

8.3.5 Påföljderna

Vid en jämförelse av påföljderna i det europeiska Microsoft-fallet och det amerikanska, är det tydligt att Microsoft behandlades betydligt hårdare i Europa. I förlikningen i USA åtog sig Microsoft att tillåta och göra det möjligt för persondatortillverkare att installera konkurrerande webbläsare och även ta bort åtkomsten till bland annat Internet Explorer. Den europeiska domen tvingade däremot Microsoft att erbjuda en fullständig version av Windows som inte innehöll Windows Media Player, utöver den vanliga versionen. Anledningen till att påföljderna skiljde sig så mycket, bortsett från att det amerikanska fallet avgjordes genom förlikning, kan till stor del förklaras med skillnaderna i synsättet på konsekvenserna av att ta bort datakod från mjukvara. I USA fanns farhågor att borttagandet av datakod kunde ha en

²⁴⁴ Apon, Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies och Evans and Padilla s 8.

²⁴⁵ Apon, Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies.

²⁴⁶ Ibid.

hämmande effekt på innovationen inom industrin och på så sätt vara till nackdel för konsumenter.²⁴⁷ Dessa farhågor kan visserligen vara befogade, men samtidigt kan den typen av borttagande av datakod som var aktuell i Microsoft-fallet leda till att andra aktörer får en möjlighet att konkurrera, vilket kan ha en positiv effekt på uppfinningsrikedomen. Det är dock tveksamt om borttagandet av datakoden i praktiken kommer att få stor effekt på den tekniska utvecklingen, eftersom den europeiska domen endast krävde att Microsoft utöver sin vanliga version av Windows skulle erbjuda en alternativ version.

Frågan är om påföljderna av domen i EG-domstolens första instans verkligen kommer att få så stor positiv effekt på konkurrensen som avsågs. Om en konsument ställs inför valet att köpa antingen en version av Windows som innehåller Windows Media Player eller en version utan mediaspelaren, så torde priset vara det som i slutändan avgör valet. Med tanke på att Windows Media Player går att ladda ned gratis från Internet borde inte prisskillnaden mellan de båda versionerna av Windows vara särskilt stor, vilket gör att domen troligtvis inte får stort genomslag på konsumentensida. Däremot kan lösningen med en alternativ version av Windows få en konkurrensfrämjande effekt när det gäller persondatortillverkare, som får friheten att själva välja vilken mediaspelare som skall medfölja deras datorer. På så sätt kommer konkurrerande mediaspelare att nå ut till en större kundgrupp.

Sammantaget får det anses att påföljden i den europeiska domen åtminstone i teorin är bättre och mer rättvis än den amerikanska lösningen. Genom att Microsoft tvingas erbjuda två versioner av Windows kommer försäljningen av de olika versionerna att spegla efterfrågan på Windows Media Player respektive alternativa mediaspelare. Kritiken att kodborttagande hämmar innovation får i sammanhanget ses som ogrundad, eftersom produkter oundvikligen kommer att konkurrera på sina tekniska och kvalitativa egenskaper om de ges samma distributionsmöjligheter. En sådan konkurrens bör sannolikt leda till ökad innovation.

8.3.6 Konsekvenser

Domen mot Microsoft är först i sitt slag. När resonemanget kring kopplingsförbehållen i målen mot Hilti och Tetra Pak i stort följde samma linje, bröts mönstret i Microsoft-fallet, eftersom förutsättningarna var annorlunda i och med att den kopplade produkten var integrerad. Frågan är hur de framtida konsekvenserna blir, och huruvida domen har ramat in artikel 82 till ett tydligare regelverk eller skapat en större osäkerhet kring bestämmelserna.

Framtida fall som rör kopplingsförbehåll kommer troligtvis att återanknyta till det utförliga resonemanget som Kommissionen och förstainstansrätten arbetade fram i Microsoft-fallet. Den tidigare praxis som diskuterats blir givetvis inte obsolet, men en så omfattande dom som Microsoft-fallet torde innebära att fallet åtminstone blir en utgångspunkt, särskilt i fall där kopplingsförbehållet är av teknologisk natur.

I fall som rör dominerande företag finns det, som tidigare påpekats, inte sällan en risk för utestängning av konkurrenter från den relevanta marknaden. Frågan om utestängningseffekter, kan ge en ökad osäkerhet hos större företag då domens spekulativa resonemang rörande dessa effekter inte gav någon tydlig vägledning.

²⁴⁷ Apon, Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies.

I första hand får domen ses som ett skydd för konsumenterna och inte Microsofts konkurrenter. Ur konsumenternas synpunkt är domslutet en öppning för valfrihet. Windows utan förinstallerad mediaspelare ger köparen ett fritt val av vilken mediaspelare konsumenten vill införskaffa. Om konsumenterna verkligen kommer att gynnas av domen återstår att se, men klart är att domen är positiv för Microsofts konkurrenter. Konkurrenterna kommer att få samma effektiva distributionsmöjligheter och de kan då konkurrera med Microsoft under samma förutsättningar. Domslutet torde överlag ha en positiv effekt på konkurrensen mellan utvecklare och försäljare av mediaspelare.

9 Avslutning

Syftet med den här uppsatsen var att beskriva och analysera de avsteg från praxis gällande kopplingsförbehåll som gjordes i Microsoft-fallet. De framtida konsekvenserna som det nya tillvägagångssättet kommer att få kan vi än så länge bara spekulera i. Kommissionen har än så länge inte utrett något nytt fall rörande kopplingsförbehåll, och det är därför oklart om de bedömningsgrunder som användes i Microsoft-fallet kommer att användas generellt eller endast i exceptionella fall. Microsoft-fallet har ändå varit mycket viktigt, då det tydligt har visat att ett se-förbud i vissa fall kan vara ett alltför strikt och olämpligt sätt att avgöra en komplicerad konkurrensrättslig fråga.

I oktober 2007 aviserade Microsoft i ett pressmeddelande²⁴⁸ att företaget inte tänkte överklaga domen från EG-domstolens första instans. Microsoft har därmed gått med på att följa Kommissionens beslut såsom det fastlogs i domstolen och erbjuda en version av sitt operativsystem som inte innehåller Windows Media Player. Företaget har dock sagt att priset för den nya versionen kommer att vara detsamma som priset för den gamla versionen som innehåller mediaspelaren.²⁴⁹ Huruvida detta verkligen är i linje med domen är något som med största sannolikhet kommer att vara föremål för diskussion. Om Microsoft tillåts sälja de båda versionerna av operativsystemet till samma pris, kommer domens effekt på konkurrensen att variera beroende på till vem försäljningen sker. Vanliga konsumenter kommer att sakna incitament att köpa versionen utan Windows Media Player, eftersom de lika gärna kan köpa den andra versionen till samma pris och få mediaspelaren på köpet. Persondatortillverkare har däremot anledning att välja versionen utan Windows Media Player, eftersom de då får friheten att sälja sina datorer med den mediaspelare som de anser lämpligast.

Sammantaget bör dock domen få en positiv nettoeffekt på konkurrensen, eftersom Microsofts konkurrenter till skillnad från tidigare åtminstone får en chans att marknadsföra och distribuera sina mediaspelare på samma villkor som Microsoft.

²⁴⁸ <http://www.microsoft.com/Presspass/press/2007/oct07/10-22MSStatement.mspx>.

²⁴⁹ <http://www.microsoft.com/About/Legal/eudecision/faq.mspx>.

Referenslista

EG-rätt

Fördrag

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

Förordningar

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

Direktiv

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

Rättsfall

EG-domstolen

Mål 56/65 Société Technique Minière (L.T.M.) mot Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.) [1966] ECR.

Mål 6/72 Europemballage Corporation och Continental Can Company Inc. mot Kommissionen REG [1973].

Förenade målen 40-48, 50, 54-60, 11, 113 och 114-73 Coöperatieve Vereniging ”Suiker Unie” UA med flera mot Kommissionen REG [1975].

Mål 27/76 United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Kommissionen REG [1978].

Mål 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG mot Kommissionen REG [1979].

Mål 322/81 Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Kommissionen REG [1983].

Mål C-62/86 AKZO Chemie BV mot Kommissionen REG [1991].

Mål 86/82 Hasselblad mot Kommissionen [1984] ECR.

Mål C-41/90, Höfner och Elser mot Macroton GmbH REG [1991].

Mål C-179/90 Merci convenzionali porto di Genova SpA mot Siderurgica Gabrielli SpA REG [1991].

Mål C-53/92 P Hilti AG mot Kommissionen REG [1994].

Referenslista

Förenade målen C-241/91 P and C-242/91 P RTE and ITP v Commission [1995] ECR.
Mål C-333/94 Tetra Pak International SA mot Kommissionen REG [1996].
Mål C-35/96 Kommissionen v. Italien REG [1998].
Mål C-418/01 IMS Health mot Kommissionen [2004] ECR.

EG-domstolens första instans

Mål T-30/89 Hilti AG mot Kommissionen REG [1991].
Mål T-83/91 Tetra Pak International SA mot Kommissionen REG [1994].
Mål T-228/97 Irish Sugar mot Kommissionen [1999] ECR.
Mål T-201/04 R Microsoft Corp. mot Kommissionen.

Kommissionens beslut

Kommissionens beslut 88/138/EEC Hilti den 22 december 1987.
Kommissionens beslut 92/163/EEC Tetra Pak den 24 juli 1991.
Kommissionens beslut COMP/C-3/37.792 Microsoft den 24 maj 2004.

Övriga dokument från Kommissionen

Tillkännagivande från kommissionen om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, OJ C 372/5, 09/12/1997.

Tillkännagivande från kommissionen - Riktlinjer om vertikala begränsningar (2000/C 291/01).

European Commission, Glossary of terms used in EU competition policy.

Amerikansk rätt

Lagstiftning

Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C.

Rättsfall

United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34. (2001)

United States Court of Appeals, No. 00-5212 Consolidated with 00-5213,
<http://www.microsoft.com/presspass/legal/06-28opinion.msp> senast besökt 2008-01-06

Litteratur

Apon, Jochem, *Cases against Microsoft: Similar Cases, Different Remedies*, European Competition Law Review 2007.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1*, Norstedts Juridik 2005.

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU Law*, 3rd edition Oxford University Press 2003.

DG Competition, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Brussels, December 2005,
<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>
Senast besökt 6 januari 2008.

Evans, David S./Padilla, A. Jorge, *Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, World Competition: Law and Economics Review 2005,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=596663
Senast besökt 6 januari 2008.

Foster, Nigel, *Foster on EU law*, Oxford University Press 2006.

Geradin, Damien, *GCLC Research Papers on Article 82 EC*, College of Europe July 2005,
<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>
Senast besökt 6 januari 2008.

Hildebrand, Doris, *Economic Analyses of Vertical Agreements – A self-assessment*, Kluwer Law International 2005.

Jones, Alison & Sufrin, Brenda, *EC Competition Law*, 2nd edition, Oxford University Press 2004.

Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th edition, Hart Publishing 2007.

Westin, Jacob, *Europeisk konkurrensrätt*, Studentlitteratur 2007.

Elektroniska källor

Pressmeddelande från Microsoft,
<http://www.microsoft.com/Presspass/press/2007/oct07/10-22MSStatement.msp>
Senast besökt 6 januari 2008.

Frågor och svar hur Kommissionens beslut kommer att efterlevas,
<http://www.microsoft.com/About/Legal/eudecision/faq.msp>
Senast besökt 6 januari 2008.

<http://www.tetrapak.com>
Senast besökt 6 januari 2008.