

Tying og bundling under TEUF artikel 102

Med særlig fokus på betydningen af Microsoft-sagen
og offentliggørelsen af Vejledningen

Tying and Bundling under Article 102 TFEU

With particular reference to the effects of the Microsoft Case
and the publication of the Commission's Guidance Paper

af MARIA NIELSEN

Afhandlingen omhandler virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked efter Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde artikel 102 i form af tying og bundling.

Kommissionen foretog i 2007 med offentliggørelsen af 'Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd' et paradigmeskifte fra en formbaseret tilgang til en effektbaseret tilgang, idet man tilkendegav fremover at ville foretage en særskilt vurdering af den foreliggende adfærds konkurrencemæssige virkninger. Kommissionen havde forinden anvendt en sådan tilgang i en sag mod Microsoft vedrørende tying af Windows Media Player til Windows.

Formålet med afhandlingen er på grundlag af EU-praksis at analysere hvornår Kommissionen og Domstolen har anset tying og bundling for omfattet af art. 102, hvilke ændringer Microsoft-sagen og offentliggørelsen Vejledningen har medført for Kommissionens tilgang til tying og bundling under art. 102, og endelig hvordan Kommissionens tilgang til en sådan adfærd under art. 102 kan forventes at ville udforme sig fremover.

Analysen viser bl.a. at Microsoft-sagen og offentliggørelsen af Vejledningen har medført, at Kommissionen nu i overensstemmelse med herskende økonomisk teori anerkender at tying og bundling udgør en allestedsnærværende forretningspraksis, som kan indebære effektivitetsgevinster til fordel for forbrugerne.

Analysen viser derudover også at spørgsmålet om Kommissionens fremtidige tilgang til tying og bundling under art. 102 både afhænger af hvorvidt Domstolen vælger at tage den effektbaserede tilgang til sig og anvende den, og i hvor stort omfang Kommissionen selv vil anvende denne tilgang frem for den mindre ressourcekrævende formbaserede tilgang. Det konkluderes i den forbindelse at Retten i Microsoft-sagen tilsyneladende afholdte sig fra at anvende en effektbaseret tilgang til virksomhedens adfærd.

INDHOLD:

1. Indledning:	3
1.1 Indledning:	3
1.2 Afgrænsning:	4
2. Begreberne tying og bundling:	5
3. Tying og bundling ifølge økonomisk teori:	7
3.1 Effektivitetsgevinster:	8
3.2 Konkurrenceskadelige virkninger	10
4. Tying og bundling under artikel 102:	11
4.1 De vigtigste sager fra Domstolen og Kommissionen vedrørende tying og bundling:.....	11
4.1.1 Hilti:	11
4.1.2 Tetra Pak II:.....	12
4.1.3 Microsoft:	12
4.2 Kommissionens moderniseringsproces for art. 102:	17
4.3 Betingelserne for at anse tying og bundling for omfattet af art. 102:.....	19
4.3.1 Dominerende stilling:	19
4.3.2 Særskilte produkter:	20
4.3.3 Købetvang:	25
4.3.4 Konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger:	26
4.3.5 Særligt om blandet bundling:	29
4.4 Fritagelse fra forbuddet i art. 102:.....	32
4.4.1 Generelt:	32
4.4.2 Objektiv nødvendighed:	33
4.4.3 Effektivitetsgevinster:	36
5. Kommissions tilgang til tying og bundling under art. 102 fremover:	39
6. Konklusion:	42
LITTERATURLISTE:	45
OFFENTLIGGJORT MATERIALE FRA KOMMISSIONEN:	47
LOVGIVNING:	49
SAGER FRA KOMMISSIONEN OG DOMSTOLEN:	49

1. Indledning:

1.1 Indledning:

Sikring af en fri og effektiv konkurrence på det indre marked er en af EU's hovedmålsætninger. Gennemførelsen heraf sker blandt andet ved forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling på det indre marked i artikel 102 i traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde.¹

Misbrug af en dominerende stilling kan foreligge i form af for eksempel tying og bundling, der også betegnes koblingssalg. Derved forstås det at en virksomhed betinger erhvervelsen af et specifikt produkt af at forbrugerne også erhverver et andet produkt. Der er tale om en allestedsnærværende forretningspraksis, som optræder i en lang række situationer hver eneste dag, og udøves af såvel dominerende som ikke-dominerende virksomheder. Der er tale om koblingssalg, når LEGOLAND sælger sæsonpas, når et tv sælges med indbygget dvd-afspiller, når et rejsebureau sælger en pakkerejse til De Kanariske Øer osv. Det gennemgående træk er at virksomheden ved sin adfærd fratager forbrugerne retten til at vælge kun at købe det primære produkt eller at købe det sekundære produkt hos en konkurrerende virksomhed.

Så længe virksomheden ikke har en dominerende stilling på det indre marked er koblingssalg fuldt ud lovligt og alene udtryk for konkurrence, idet virksomheden per definition ikke har mulighed for ensidigt at udelukke eller begrænse konkurrencen. Har virksomheden imidlertid en dominerende stilling, kan koblingssalget være omfattet af art. 102, særligt dennes stk. 2, litra d.

Det er derfor afgørende for en virksomhed med en dominerende stilling på det indre marked, der udøver koblingssalg, at vide hvornår en sådan praksis vil have karakter af almindelig, lovlig konkurrence, og hvornår der vil være tale om et misbrug af dominerende stilling.

Kommissionen har for nylig moderniseret sin tilgang til ekskluderende misbrug efter art. 102, og i den forbindelse offentliggjort *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd*.² Kommissionen har heri tilkendegivet, at man i sager om ekskluderende misbrug fremover vil anvende en effektbaseret tilgang frem for den formbaserede tilgang, man hidtil har anvendt. Kommissionen havde forinden offentliggørelsen af Vejledningen i 2004 anvendt denne effektbaserede tilgang i en sag mod Microsoft om misbrug af dominerende stilling i form af tying.³

¹ Herefter art. 102.

² Herefter Vejledningen.

³ Kommissionens beslutning af 24. mar. 2004 i sag COMP/C-3/37.792, Microsoft (herefter Microsoft-afgørelsen).

Formålet med denne opgave er på grundlag af EU-praksis at undersøge hvornår Kommissionen og Domstolen har anset tying og bundling for omfattet af art. 102, hvilke ændringer Microsoft-afgørelsen og offentliggørelsen af Vejledningen har medført for Kommissionens tilgang til tying og bundling under art. 102, og hvordan Kommissionens tilgang til en sådan adfærd under art. 102 vil kunne forventes at udforme sig fremover.

Der vil indledningsvist i opgavens afsnit 2 blive redegjort for begreberne tying og bundling og de underliggende kategorier, som der almindeligvis sondres imellem.

Med henblik på at belyse de økonomiske principper, som Kommissionens nye effektbaserede tilgang hviler på, vil der i afsnit 3 blive redegjort for hovedtrækkene i den økonomiske teori om tying og bundling samt de effektivitetsgevinster og konkurrenceskadelige virkninger, som typisk er blevet fremhævet i forbindelse hermed. I den forbindelse vil den kritik, der har været fremsat i den økonomiske litteratur af Kommissionens formbaserede tilgang til tying og bundling, også blive inddraget.

I opgavens afsnit 4 vil de 4 betingelser, som praksis har opstillet for at anse tying og bundling for omfattet af art. 102, samt mulighederne for at opnå fritagelse fra dette forbud blive analyseret. Forinden vil der i hovedtræk blive redegjort for de vigtigste sager fra praksis samt Kommissionens moderniseringsproces for art. 102. I forbindelse med redegørelsen for Microsoft-sagen vil den kritik, der har været fremsat af denne sag, dog også blive belyst.

Blandet bundling vil blive behandlet særskilt til sidst i afsnittet, idet Kommissionens tilgang til denne form for koblingssalg fremover, i et vist omfang, må forventes at ville adskille sig fra behandlingen af tying og ren bundling.

I afsnit 5 vil det på baggrund af Vejledningen og Microsoft-sagen blive diskuteret, hvordan Kommissionens tilgang til tying og bundling under art. 102 vil kunne forventes at udforme sig fremover.

Afsnit 6 vil opsummere og konkludere på de i opgaven behandlede problemstillinger.

1.2 Afgrænsning:

Tying og bundling kan være omfattet af både traktatens art. 101 om konkurrencebegrænsende aftaler, som led i en vertikal aftale, og art. 102 om misbrug af dominerende stilling. Da fokus for denne opgave er tying og bundling under art. 102, vil aftaler herom under art. 101 ikke blive nærmere behandlet.

Fokus vil derudover være på betingelsen om misbrug i art. 102. De øvrige betingelser om dominerende stilling og samhandlingspåvirkning vil derfor kun blive berørt, såfremt de findes at have betydning i relation til opgavens formål.

Yderligere vil denne opgave kun behandle tying og bundling i form af ekskluderende misbrug, da Kommissionens moderniseringsproces kun vedrørte denne form for misbrug, der traditionelt også er blevet opfattet som den mest alvorlige. Det anerkendes dog at grænsen mellem ekskluderende, udnyttende og diskriminerende misbrug ikke er skarp, og at der kan argumenteres for at tying og bundling også indeholder elementer af udnyttende misbrug, idet køberne direkte eller indirekte tvinges til at erhverve det sekundære produkt.

Endelig vil denne opgave kun fokusere på konkurrenceretten i EU, hvorfor national konkurrenceret ikke vil blive inddraget.

2. Begreberne tying og bundling:

Et koblingssalg kan udforme sig på forskellige måder, og før der nærmere redegøres for Kommissionen og Domstolen tilgang til en sådan virksomhedspraksis, er det nødvendigt at fastlægge hvad der normalt forstås ved hhv. tying og bundling og de underliggende kategorier. Der er ikke givet nogen autoritativ definition heraf i hverken traktaten eller retspraksis. Nedenstående kategorisering er dog i overensstemmelse med hvordan man almindeligvis har kategoriseret i den juridiske teori.

Ved *tying* forstås normalt det at forbrugerne har mulighed for at købe det bundne produkt særskilt, men ikke det bindende. Det bundne produkt kan være såvel en vare, for eksempel reservedele til det primære produkt, som en tjenesteydelse, for eksempel eftersalgsservice. Tying kan forekomme enten kontraktuelt eller i form af teknisk tying.

Teknisk tying betegner normalt den situation, hvor virksomheden fysisk integrerer det bundne produkt i det bindende produkt, så det bliver faktisk umuligt for forbrugerne at købe det bindende produkt uden det bundne. Kommissionen har i Vejledningens pkt. 48, note 2 defineret teknisk tying som ”*når det primære produkt er designet på en sådan måde, at det kun fungerer korrekt sammen med det sekundære produkt (og ikke sammen med alternative produkter, som udbydes af konkurrenterne).*” Teknisk tying betegner således også den situation hvor to produkter er designet sådan at de kun kan fungere korrekt, hvis de anvendes sammen. Teknisk tying kan karakteriseres som en afart af ren bundling, jf. nedenfor, da forbrugerne i begge tilfælde tvinges til at købe produkterne som en samlet pakke.⁴

⁴ Jones & Sufrin, 2008, s. 515.

Teknisk tying har kun været behandlet af Kommissionen i ganske få sager, og kun en enkelt gang har spørgsmålet været undergivet Rettens behandling. *IBM-sagen*⁵ var den første sag i EU om teknisk tying. Kommissionen fandt her, at IBM havde misbrugt sin dominerende stilling med hensyn til levering af centralenheden og operativsystemet til System/370 ved blandt andet at have koblet leveringen af primærlagerkapaciteten og det grundlæggende programmel til leveringen af centralenheder. Sagen blev dog afsluttet forligsmæssigt ved beslutning om bindende tilsagn. Efter IBM-sagens afslutning i 1984 dukkede problemstillingen omkring teknisk tying først op igen med Microsoft-afgørelsen fra 2004. Kommissionen har herefter for nylig afsluttet endnu en sag mod Microsoft om teknisk tying.⁶ Genstand for behandling var denne gang Microsofts kobling af internetbrowseren Internet Explorer til styresystemet Windows. Da denne nye sag mod Microsoft dog ligesom IBM-sagen blev afsluttet ved beslutning om bindende tilsagn, er Microsoft-afgørelsen fortsat den hidtil eneste sag om teknisk tying, der har været behandlet af Retten. Problemstillingen er således stadig relativt ubehandlet i praksis, og meningerne om hvordan praksis bør gribe teknisk tying an har også været delte. Diskussionen herom vil blive behandlet nedenfor i forbindelse med gennemgangen af Microsoft-sagen.

Bundling betegner normalt den situation hvor virksomheden sælger det bindende og det bundne produkt som en samlet pakke.

Ved *ren bundling* har køberen kun mulighed for at købe det bindende og det bundne produkt som en samlet pakke til en samlet pris. Ren bundling adskiller sig således fra tying ved at ingen af produkterne kan købes særskilt. Ren bundling har blandt andet været genstand for behandling i *British Sugar-sagen*⁷, der blandt andet omhandlede British Sugars kobling af leveringsydelsen til salget af sukker. I praksis har bundling dog oftest foreligget i form af blandet bundling.

Ved *blandet bundling* udøves der ikke som i de øvrige tilfælde af koblingssalg nogen direkte tvang over for forbrugerne. Tvangen består i stedet i at virksomheden sælger produkterne med en "pakkerabat", og dermed giver forbrugerne et økonomisk incitament til at købe både det primære og det sekundære produkt hos virksomheden. Et illustrativt eksempel på blandet bundling forelå i *Coca Cola Italia-sagen*⁸, hvor Kommissionen fandt at det udgjorde et misbrug af dominerende stilling, at Coca Cola havde ydet rabatter til de forhandlere, som ikke solgte cola fra konkurrerende virksomheder. Sagen blev afsluttet forligsmæssigt med tilsagn fra Coca Cola om blandt andet at afstå fra at yde rabatter, der var betinget af at forbrugerne også aftog andre af Coca Colas produkter.

⁵ 14. Beretning om Konkurrencepolitikken, 1985, s. 80 ff.

⁶ Kommissionens beslutning af 16. dec. 2009 i sag COMP/C-3/39.530, Microsoft (tying) (herefter *Explorer-sagen*).

⁷ Kommissionens beslutning af 18. juli 1988 i sag IV/30.178, Napier Brown – British Sugar, særligt betragtning 69-72.

⁸ 19. Beretning om Konkurrencepolitikken, 1990, s. 63 ff.

Man må være opmærksom på, at mulighederne for at udøve koblingssalg ikke begrænser sig til disse fire kategorier. Afgørende for at kunne karakterisere en adfærd som koblingssalg er alene om virksomheden direkte eller indirekte betinger salget af et produkt, af at forbrugerne også aftager et andet og særskilt produkt, og dermed fratager dem retten til at vælge kun at købe det primære produkt eller købe det sekundære produkt hos en konkurrerende virksomhed. Det er ikke afgørende i hvilken form købetvungen foreligger. Denne kan for eksempel også foreligge ved at virksomheden betinger bevarelsen af en garanti af at forbrugerne køber et sekundært produkt. Det var tilfældet i *Novo Nordisk-sagen*⁹, hvor Kommissionen fandt at Novo Nordisk havde misbrugt sin dominerende stilling ved i visse tilfælde at have betinget bevarelsen af en garantiydelse for virksomhedens insulinpenneprodukter og samt ansvaret herfor, hvor disse ikke fungerede, af at pennene udelukkende blev anvendt sammen med kompatible komponenter fra Novo Nordisk.

3. Tying og bundling ifølge økonomisk teori:

Koblingssalg er et emne, der har optaget mange økonomer, og det er derfor også vidt beskrevet i den økonomiske litteratur. Forskellige retninger har domineret gennem tiden, men den gennemgående opfattelse synes i dag at være, at koblingssalg *ofte* er begrundet i konkurrencefremmende effektivitetsgevinster, men at adfærden *i visse tilfælde* kan have konkurrenceskadelige virkninger, når virksomheden har en dominerende stilling.¹⁰ Man må være opmærksom på, at det ene ikke nødvendigvis udelukker det andet. Koblingssalg kan godt være begrundet i effektivitetsgevinster og samtidig have konkurrenceskadelige virkninger på det bindende eller det bundne marked eller begge.¹¹ Afgørende er om adfærdens konkurrenceskadelige virkninger *opvejes* af konkurrencefremmende effektivitetsgevinster.

At tying og bundling ikke nødvendigvis er konkurrenceskadeligt ifølge den økonomiske teori, harmonerede ikke med den formbaserede tilgang, som Kommissionen anvendte hertil, før man gennemførte moderniseringsprocessen. Denne opfattelse af koblingssalg som per se konkurrenceskadeligt er derfor også blevet kraftigt kritiseret af mange økonomer.

En del af den fremsatte kritik har været rettet mod, at Kommissionen ved at opfatte koblingssalg som per se forbudt risikerede at forbyde et stort antal forretningspraksisser, som reelt ikke havde konkurrencebegrænsende virkninger, men i stedet var begrundet i konkurrencefremmende effektivitetsgevinster (såkaldte

⁹ 26. Beretning om Konkurrencepolitikken, 1997, s. 36 og 148 f.

¹⁰ Ahlborn, Evans & Padilla, 2004, særligt s. 288; Langer, 2007, s. 304 og Whish, 2009, s. 680 f.

¹¹ O'donoghue & Padilla, 2006, s. 479.

falsk positive afgørelser¹²).¹³ Det indebar en risiko for at virksomhederne ville gribe til forsigtighed og konkurrere mindre aggressivt, hvilket på sigt kunne betyde mindre konkurrence.¹⁴

Kommissionens uafhængige, rådgivende økonomiske udvalg, The Economic Advisory Group for Competition Policy¹⁵, påpegede også i sin rapport til Kommissionen fra 2005, at Kommissionens formbaserede tilgang kunne have den uheldige effekt, at udfaldet af en sag kunne afhænge af hvordan Kommissionen kategoriserede den pågældende adfærd, uanset at formålet med og virkningen af forskellige former for adfærd var sammenfaldende, idet Kommissionen muligvis ikke anvendte en lige streng tilgang til alle former for praksis.¹⁶ Udvalget fandt, at man med en effektbaseret tilgang, hvor Kommissionens vurdering i stedet tog sit udgangspunkt i *virkningerne* af den pågældende praksis, ville kunne undgå sådanne uoverensstemmelser mellem behandlingen af forskellige former for praksis.

Mange økonomer har derfor argumenteret for, at Kommissionen i stedet burde anvende en *rule of reason-tilgang* til art. 102, og således særskilt vurdere de konkurrencemæssige virkninger af den pågældende adfærd. Som argument for en rule of reason-tilgang er der ofte blevet henvist til det faktum, at koblingsalg er en allestedsnærværende forretningspraksis, som udøves af såvel dominerende som ikke-dominerende virksomheder.¹⁷ Da sidstnævnte per definition ikke har mulighed for ensidigt at begrænse konkurrencen, må tving og bundling udøvet af sådanne virksomheder nødvendigvis være begrundet i effektivitetsgevinster. Men om den samme adfærd også var begrundet i effektivitetsgevinster, når adfærden blev udøvet af en dominerende virksomhed, blev altså ikke prøvet af Kommissionen under den formbaserede tilgang.

Spørgsmålet er herefter hvilke effektivitetsgevinster og hvilke konkurrenceskadelige virkninger der normalt forbindes med tving og bundling.

3.1 Effektivitetsgevinster:

Stordriftsfordele og *synergieffekter* er ofte blevet fremhævet som umiddelbare fordele ved koblingssalg. Ved at koble sine produkter vil virksomheden ofte kunne reducere sine produktions- og/eller distributionsomkostninger, hvilket vil kunne medføre lavere priser til fordel for forbrugerne. Lavere distributionsomkostninger vil for eksempel kunne komme til udtryk i form af lavere transport- og lageromkostninger, som følge af at virksomheden ikke længere behøver føre separate produktlinjer. Måske gør koblingssalget

¹² Whish, 2009, s. 190.

¹³ Ahlborn, Evans & Padilla, 2004, s. 340, og Petit, 2009, s. 2.

¹⁴ Fletcher, 2005, s. 2.

¹⁵ Herefter EAGCP.

¹⁶ EAGCP-rapporten, s. 5 f.

¹⁷ Bl.a. Ahlborn, Evans & Padilla, 2004, s. 287.

det også muligt for virksomheden at indstille en maskine til at producere flere forskellige produkter, så der derved spares produktionskapacitet.¹⁸

Koblingssalg vil i visse tilfælde også kunne føre til *skabelsen af et helt nyt produkt*, der måske har en højere værdi end summen af de enkelte komponenter hver for sig.¹⁹

Derudover vil koblingssalg i visse tilfælde kunne medføre færre transaktionsomkostninger for forbrugerne, der ikke skal bruge tid og ressourcer på at sammensætte en vare eller tjenesteydelse.²⁰ Som eksempel kan her nævnes kobling af salget af en blækprinter med salget af kompatible blækpatroner. Ifølge økonomisk teori ville et sådant koblingssalg kunne være til fordel for forbrugerne, der sparer tid og omkostninger ved ikke at skulle søge efter en kompatibel blækpatron.

Der kan dog i denne forbindelse omvendt også argumenteres for, at man burde give forbrugeren retten til særskilt at kunne købe de komponenter, som ville give det for ham mest optimale slutprodukt. Det ville dog være ganske ressourcekrævende for en virksomhed at skulle sælge sine produkter på komponentbasis for at imødekomme den enkelte forbrugers individuelle behov.²¹ Stordriftsfordele og synergieffekter ville gå tabt og priserne ville stige. I sidste ende ville det der ville kunne være til fordel for den enkelte forbruger, altså kunne forringe den samlede forbrugervelfærd.

Koblingssalg vil også kunne indebære *kvalitets- og sikkerhedsmæssige fordele* for forbrugerne, særligt på højteknologiske markeder, idet virksomheden kan have opbygget en knowhow og en erfaring omkring produkterne, som forbrugerne ikke besidder.²²

Eventuelt vil virksomheden ved at koble sine produkter kunne undgå *skade på rygte og omdømme*, hvor funktionsfejl opstået efter at forbrugeren har samlet produktet, ellers ville have kunnet medføre tvivl om hvorvidt det var virksomheden eller forbrugeren, der var ansvarlig herfor.²³

Koblingssalg vil endelig også kunne anvendes til *prisdiskrimination* i form af blandt andet *metering*, hvor der er tale om komplementære produkter.²⁴ Metering betegner det, at virksomheden anvender koblingssalget til at kræve betaling fra forbrugerne i forhold til hvor meget de bruger det primære produkt. Et klassisk eksempel på metering er hvor en virksomhed betinger salget af en kopimaskine, af at forbrugerne også

¹⁸ Ahlborn, Evans & Padilla, 2004, s. 319.

¹⁹ Ibid., s. 320 f.

²⁰ O'donoghue & Padilla, 2006, s. 482.

²¹ Ibid., s. 483.

²² Ibid., s. 482.

²³ Bishop & Walker, 2002, s. 214 og O'donoghue & Padilla, 2006, s. 482.

²⁴ Bishop & Walker, 2002, s. 211.

køber og anvender virksomhedens papir. Papiret kan dermed fungere som en måleenhed for hvor meget forbrugerne bruger kopimaskinen. De der bruger den meget kræves en højere betaling, end de der ikke bruger den så meget. Virksomheden vil så kunne nedsætte prisen på det bindende produkt og hente profitten hjem på det bundne. Dermed vil de forbrugere, som ellers ikke ville have købt kopimaskinen, få et økonomisk incitament hertil i form af en lavere pris. De konkurrencemæssige virkninger af metering kan dog ikke entydigt kategoriseres som enten konkurrencefremmende eller -skadelige. Hvor metering gør flere forbrugere i stand til at købe det primære produkt, må adfærden dog antages at være til gavn for forbrugerne og dermed også konkurrencen.²⁵

3.2 Konkurrenceskadelige virkninger

Risikoen for *leveraging* har traditionelt været den umiddelbare konkurrencemæssige bekymring i forbindelse med tying og bundling.²⁶ Ved *leveraging* forstås det at virksomheden anvender sin dominerende stilling på det primære marked til at forøge sin markedsstyrke på det sekundære marked, hvor virksomheden ikke er dominerende. Hensigten med *leveraging* kan også være at styrke virksomhedens dominerende stilling på det primære marked, hvad der betegnes som *defensiv leveraging*.

Man må være opmærksom på, at *leveraging* ikke i sig selv udgør et misbrug, men kræver tilstedeværelsen af en *misbrugsadfærd* for at kunne være omfattet af art. 102. En dominerende virksomhed kan inden for rammerne af hvad der kan betegnes som *competition on the merits*, lovligt anvende sin dominerende stilling på det primære marked til at ekskludere aktuelle eller potentielle konkurrenter på det sekundære marked. Men anvender virksomheden *leveraging* til at ekskludere konkurrenter på det sekundære marked, for på sigt at kunne hæve priserne til skade for forbrugerne, vil adfærden kunne være konkurrenceskadelig.

Defensiv *leveraging* kan være fordelagtigt for virksomheden, hvor det er nødvendigt for aktuelle eller potentielle konkurrenter at være til stede på både det primære og det sekundære marked for at kunne konkurrere effektivt. Den dominerende virksomhed vil i sådanne situationer, ved at koble salget af sit primære produkt med salget af det sekundære, kunne ekskludere konkurrenterne på det sekundære marked, og dermed også hindre dem i at trænge ind på det primære marked og her true virksomhedens dominerende stilling.

Spørgsmålet om *leveraging* har i praksis været behandlet i blandt andet *Tetra Pak II-afgørelsen*²⁷. Kommissionen bemærkede her, at Tetra Paks koblingspraksis gjorde det muligt for virksomheden at sælge enten maskiner eller kartoner med tab, så længe det samlede salg af maskiner og kartoner var profitabelt, og at klausulerne om kobling, der i sig selv udgjorde et misbrug, risikerede at medføre yderligere misbrug, idet de stillede de af Tetra Paks konkurrenter, som kun var til stede på et af markederne, i en ekstremt

²⁵ Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 687.

²⁶ Langer, 2007, s. 297 ff.; Monti, 2007, s. 186 ff. og O'donoghue & Padilla, 2006, s. 207 ff.

²⁷ Kommissionens beslutning af 24. juli 1991 i sag IV/31.043, Tetra Pak II.

ubehagelig situation, da disse ikke havde mulighed for at genvinde tab lidt på ét marked på et andet marked.²⁸ Kommissionen fandt således at Tetra Pak med sin koblingspraksis kunne ekskludere konkurrencen på det sekundære marked, hvad enten det var karton- eller maskinmarkedet, og genvinde tabet herved med overskuddet fra salget på det primære marked.

4. Tying og bundling under artikel 102:

4.1 De vigtigste sager fra Domstolen og Kommissionen vedrørende tying og bundling:

Uanset at misbrug af dominerende stilling i form af tying og bundling er en ganske kompleks problemstilling, som har tiltrukket sig stor opmærksomhed i særligt den økonomiske teori, så har spørgsmålet kun været behandlet i nogle få sager i EU. De vigtigste sager har været Hilti-, Tetra Pak II- og Microsoft-sagen.

4.1.1 Hilti:

Hilti-afgørelsen²⁹ vedrørte blandt andet spørgsmålet om, hvorvidt det var misbrug af dominerende stilling, at Hilti betingede salget af magasiner til boltepistoler, af at forbrugerne også købte de tilhørende bolte af Hilti, at virksomheden nedsatte rabatten til de forbrugere, som købte bolte hos konkurrerende virksomheder, og at virksomheden i øvrigt nægtede at indfri garantiforpligtelser, når forbrugerne anvendte konkurrerende bolte.

Kommissionen fandt at Hilti havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for boltepistoler og i særdeleshed på markederne for Hilti-kompatible magasiner og bolte. Hilti havde ifølge Kommissionen forsøgt at forhindre eller begrænse konkurrerende virksomheders adgang til markederne for magasiner og bolte i et omfang ud over, hvad der kunne betegnes som almindelig konkurrence. Kommissionen fandt at Hilti i kraft af sin praksis havde været i stand til at bevare sin dominerende stilling på de pågældende markeder, og at Hiltis adfærd på sigt havde til formål at øge virksomhedens markedsstyrke på markedet for bolte. Derudover lagde Kommissionen vægt på, at virksomheden ved sin koblingspraksis fratog forbrugerne muligheden for at vælge hos hvilken leverandør de ville købe bolte, og at det betød at forbrugerne blev udnyttet.³⁰ Da Kommissionen ikke fandt at Hiltis adfærd var objektivt begrundet, pålagde man virksomheden en bøde på 6 mio. ECU for overtrædelse af art. 102.

Både Retten og Domstolen opretholdt efterfølgende Kommissionens afgørelse.³¹

²⁸ Betragtning 117, 2. afs.

²⁹ Kommissionens beslutning af 22. dec. 1987 i sag IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mod Hilti.

³⁰ Betragtning 74-75.

³¹ Rettens dom af 12. dec. 1991 i sag T-30/89 (herefter Hilti-dommen) og Domstolens dom af 2. mar. 1994 i sag C-53/92 P.

4.1.2 Tetra Pak II:

Tetra Pak II-afgørelsen vedrørte blandt andet spørgsmålet om, hvorvidt det udgjorde ulovlig tying efter art. 102, at Tetra Pak kontraktmæssigt betingede salg og udlejning af maskiner af at forbrugerne også købte kartoner hos Tetra Pak og derudover kun brugte disse. Kommissionen fandt at Tetra Paks klausuler herom i sig selv udgjorde et misbrug af dominerende stilling, og at de desuden kunne føre til andre former for misbrug. Da Kommissionen ikke fandt at virksomhedens koblingspraksis var begrundet i objektive hensyn, pålagde den derfor Tetra Pak en bøde på 75 mio. ECU for at have overtrådt art. 102.

Også i denne sag opretholdte både Retten og Domstolen efterfølgende Kommissionen afgørelse.³²

4.1.3 Microsoft:

Microsoft-afgørelsen vedrørte blandt andet spørgsmålet om, hvorvidt Microsofts både kontraktmæssige og tekniske tying af multimedieafspilleren Windows Media Player (herefter WMP) til styresystemet Windows udgjorde et misbrug af dominerende stilling efter art. 102. Kommissionen konkluderede at det var tilfældet, idet man fandt at Microsoft ved at koble WMP til Windows, der fandtes på mere end 90 % af alle pc'er, sikrede afspilleren en status som standardplatform, uden at dette havde forbindelse med dennes kvalitet. Idet markedet også var præget af indirekte netværksvirkninger, fandt Kommissionen at markedet for multimedieafspillere med streamingfunktion inden for en nær fremtid risikerede at tippe endeligt til fordel for WMP, som følge af Microsofts praksis. Man pålagde derfor virksomheden en bøde på over 497 mio. euro³³ og blandt andet en pligt til at udbyde Windows i en ikke-koblet version uden WMP. Microsoft bevarede dog retten til fortsat også at sælge en koblet version af Windows.³⁴ Den ikke-koblede version af Windows sælges i dag under navnet Windows N.³⁵

Retten gav efterfølgende Kommissionen medhold i blandt andet spørgsmålet om misbrug af dominerende stilling.³⁶ Microsoft valgte ikke at anke Rettens afgørelse til Domstolen.

Microsoft-sagen er af en række grunde blevet fremhævet som en af de mest bemærkelsesværdige konkurrencesager fra EU. Det skyldes naturligvis først og fremmest Microsofts superdominerende stilling og den historisk store bøde, som virksomheden blev pålagt. Men sagen er derudover også blevet fremhævet som værende af afgørende betydning for den fremtidige udvikling af markedet for multimedieafspillere, blandt

³² Rettens dom af 6. okt. 1994 i sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen (herefter Tetra Pak II-dommen), og Domstolens dom 14. nov. 1996 i sag C-333/94 P, Tetra Pak mod Kommissionen.

³³ Bøden blev dog pålagt for Microsofts samlede misbrug, der også omfattede leveringsnægtelse af interoperabilitetsinformation.

³⁴ Betragtning 1011, 2. pkt.

³⁵ News Press Release: *Microsoft to Release Windows XP Home Edition N and Windows XP Professional N in Europe*.

³⁶ Rettens dom af 17. sep. 2007 i sag T-201/04, Microsoft (herefter Microsoft-dommen).

andet fordi den teknologiske udvikling har betydet, at operativsystemer ikke længere er noget der kun findes på pc'er, men også i for eksempel mobiltelefoner.³⁷ Ud fra en juridisk synsvinkel er Microsoft-sagen særlig interessant af tre grunde: *For det første* var det den første sag om tying og bundling, hvor Kommissionen anvendte en effektbaseret tilgang og således foretog en særskilt analyse af de konkurrencemæssige virkninger af Microsofts praksis. *Dernæst* var der ikke tale om tying i klassisk forstand, idet WMP tilsyneladende fulgte gratis med Windows, og forbrugerne kunne downloade konkurrerende multimediaefspillere fra internettet, i mange tilfælde gratis, hvilket de reelt gjorde. Det var derfor ikke umiddelbart givet, at Microsofts koblingspraksis havde konkurrenceskadelige virkninger på markedet for multimediaefspillere, hvilket netop var Kommissionens begrundelse for at fravige sin sædvanlige opfattelse af tying og bundling som per se konkurrenceskadeligt.³⁸ *Endelig* var det også den første sag, hvor Kommissionen formulerede en egentlig test for hvornår tying og bundling anses for at være omfattet af art. 102.³⁹ Testen indeholdt de 4 betingelser om hhv. dominerende stilling, særskilte produkter, købetvang og konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger, som vil blive analyseret nedenfor i afsnit 4.3.

Microsoft-sagen har dog ikke kun tiltrukket sig positiv opmærksomhed, men er også af flere grunde blevet kraftigt *kritiseret* i både den juridiske og den økonomiske teori.

Det er blandt andet blevet kritiseret, at Kommissionen valgte at behandle en sag om teknisk tying på et højteknologisk marked med en dynamisk konkurrencestruktur, hvor innovation var af afgørende betydning, med udgangspunkt i Hilti-dommen og Tetra Pak II-dommen, der omhandlede klassisk tying af komplementære produkter.⁴⁰ Kommissionen tilkendegav netop udtrykkeligt i sin afgørelse, at der ikke var tale om klassisk tying.⁴¹ Der er blevet argumenteret for at Kommissionen dermed pålagde Microsoft en nærmest uoverstigelig bevismæssig byrde med hensyn til at bevise, at teknisk integration af nye funktioner i en eksisterende "platform" indebærer konkurrencefremmende effektivitetsgevinster.⁴² Andre forfattere har til denne argumentation yderligere tilføjet, at Kommissionens tilgang dermed ikke havde karakter af en rule of reason-tilgang, som den ellers selv påstod⁴³, men at der i stedet var tale om en modificeret per se-tilgang.⁴⁴ Samme forfattere har også stillet spørgsmålstegn ved, om Microsofts adfærd overhovedet burde have været behandlet som et spørgsmål om tying.⁴⁵ I tråd hermed er der også blevet argumenteret for at Kommissionen i stedet burde have behandlet Microsofts integration af WMP i Windows som en leve-

³⁷ Ayres & Nalebuff, 2005, s. 1, og Langer, 2007, s. 320 og 322.

³⁸ Betragtning 841.

³⁹ Betragtning 794.

⁴⁰ Andreangeli, 2008, s. 886 ff., og Evans & Padilla, 2004, s. 505 f.

⁴¹ Betragtning 841.

⁴² Andreangeli, 2008, s. 890.

⁴³ News Release nr. 47/04 af 24. mar. 2004: *Microsoft: Statement by EU Commissioner Mario Monti*.

⁴⁴ Evans & Padilla, 2004, s. 508-510.

⁴⁵ *Ibid.*, s. 505.

ringsnægtelse.⁴⁶ Endelig er der blevet argumenteret for at markedet for multimedieafspillere, i modsætning til hvad både Kommissionen og Retten konkluderede, er konkurrencepræget og uden indirekte netværksvirkninger, og dermed ikke i fare for at tippe.⁴⁷

Det må dog holdes for øje, at megen af den fremsatte kritik stammer fra jurister og økonomer, der i en eller form har, eller har haft, et interessefællesskab med Microsoft, hvilket naturligvis svækker kildeværdien af de pågældende artikler.

Explorerer-sagen, som Kommissionen efterfølgende indledte i 2007, lå indholdsmæssigt tæt op ad Microsoft-afgørelsen. Uanset at sagen blev løst ved beslutning om bindende tilsagn, og der således aldrig er blevet truffet en formel afgørelse, er Kommissionens tilkendegivelser i sagen derfor alligevel af betydning i relation til den kritik, der er blevet fremsat af Microsoft-afgørelsen. Kommissionen gentog nemlig i denne sag den test man havde opstillet i Microsoft-sagen, og meddelte ligeledes, at uanset at man iht. retspraksis normalt kunne formode at tying af et specifikt produkt med et dominerende produkt i sig selv var konkurrenceskadeligt, så havde man i den pågældende sag undersøgt sådanne virkninger nærmere.⁴⁸ Heraf kan det udledes at Kommissionen tilsyneladende ikke har taget kritikken af Microsoft-afgørelsen til sig, idet man igen valgte at behandle teknisk tying på grundlag af retspraksis om traditionel, kontraktmæssig tying, og i øvrigt pålagde Microsoft den samme bevismæssige byrde.

Ud over Kommissionens tilgang til Microsofts koblingspraksis, er også dennes *valg af løsningsmodel*, der hurtigt viste sig ikke at være nogen succes, blevet kritiseret. Windows N er aldrig slået igennem over for hverken computerproducenterne eller slutbrugerne, hvilket visse kritikere af Microsoft-afgørelsen forudså allerede inden virkningerne af pålægget havde vist sig.⁴⁹ Den manglende succes for Windows N må antages at hænge sammen med, at Kommissionen ikke pålagde Microsoft at udbyde den ikke-koblede version af Windows til en *lavere* pris en den koblede version.⁵⁰ Kommissionen forbød alene Microsoft at anvende nogen former for tekniske, kommercielle eller kontraktuelle midler med virkninger svarende til tying af WMP til Windows, herunder blandt andet at yde rabat til forbrugere, der køber WMP sammen Windows.⁵¹ Windows N sælges derfor naturligt nok i dag til *samme* pris som den koblede version af Windows.

Som det er blevet påpeget, så havde Kommissionen nok reelt ikke nogen mulighed for at pålægge Microsoft at sælge den ikke-koblede version af Windows til en lavere pris end den koblede version, da WMP ligesom mange andre multimedieafspillere blev udbudt gratis. Havde Kommissionen pålagt Microsoft at

⁴⁶ Art & McCurdy, 2004, s. 700 ff.

⁴⁷ Evans & Padilla, 2004, s. 506-508.

⁴⁸ Betragtning 33-34.

⁴⁹ Evans & Padilla, 2004, s. 505, note 19.

⁵⁰ Microsoft fremførte tilsyneladende under Microsoft-dommen bevis for den manglende succes for Windows N, jf. dommens præmis 943.

⁵¹ Betragtning 1012-1013.

sælge Windows N til en lavere pris end den koblede version, ville det sandsynligvis blot have medført, at forbrugerne ville købe Windows N for derefter at erhverve og installere WMP særskilt og gratis.⁵² På den måde ville forbrugerne have kunnet købe den samlede ”pakke” til en billigere pris, end hvad Microsoft udbød den koblede version til.

Den manglende succes for Windows N skal naturligvis også ses i sammenhæng med at der normalt ikke er noget til hinder for at forbrugerne kan have to eller flere multimedieafspillere installeret på pc'en, idet sådanne ikke optager nævneværdig plads på harddisken på en almindelig pc. Uanset at man køber den koblede version af Windows, er der således ikke noget til hinder for at downloade og installere konkurrerende afspillere. Måske oplever forbrugerne at én afspiller er bedre til visse opgaver end andre, og der derfor er en fordel forbundet med at have flere installeret.⁵³

Visse kilder har argumenteret for at Kommissionen burde have suppleret kravet om udbud af en ikke-koblet version af Windows med en såkaldt ”*must carry*”-forpligtelse, dvs. en pligt til at inkludere et vist antal konkurrerende multimedieafspillere i den koblede version af Windows.⁵⁴ Et nærmere bestemt antal af disse skulle så udvælges af Kommissionen, mens de resterende skulle udvælges af en computerproducent, for eksempel Dell. Kommissionen forhandlede da også med Microsoft om en sådan løsning under sagen, men dog kun som et alternativ til et udbud af en ikke-koblet version af Windows.⁵⁵ Men som bekendt valgte Kommissionen ikke denne løsning. Som påpeget af de pågældende forfattere, ville en ”*must carry*”-forpligtelse nok heller ikke i sig selv have formået at bryde WMP's status som standardplatform, idet denne fortsat ”ville være den afspiller, som altid ville være installeret”, mens de øvrige ville variere. Indholdsudbydere og softwareudviklere ville således stadig have et incitament til kun at kode til WMP. En mulighed kunne have været, at Kommissionen havde pålagt Microsoft *både* en pligt til at udbyde en ikke-koblet version af Windows *og* en ”*must carry*”-forpligtelse for den koblede version. På den måde ville konkurrerende afspillere blive markedsført sammen med WMP og man ville samtidig have sikret, at i hvert fald *nogle* forbrugere ikke ville have WMP installeret, men en eller flere konkurrerende afspillere, og samlet set ville det måske på sigt have kunnet bryde WMP's status som standardplatform. Om det reelt ville have været en mere effektiv løsning, kan der dog naturligvis kun gættes om.

Kommissionen anvendte i Explorer-sagen, som ovenfor nævnt, nok den samme ramme for vurderingen af Microsofts praksis, men ifølge Microsoft anerkendte Kommissionen dog, at den løsningsmodel, man hav-

⁵² Ahlborn & Evans, 2004, s. 922.

⁵³ Evans & Padilla, s. 505, note 19.

⁵⁴ Ayres & Nalebuff, 2005, s. 4 ff.

⁵⁵ IP/03/1150 af 6. aug. 2003, s. 2.

de valgt i Microsoft-afgørelsen, set i bakspejlet ikke var effektiv pga. af manglende forbrugerefterspørgsel efter en ikke-koblet version af Windows.⁵⁶

Kommissionen lagde da også denne gang særlig vægt på at man ønskede en løsning, som ville genetablere konkurrence på lige vilkår og skabe en reel valgmulighed mellem IE og konkurrerende browsere, for effektivt at kunne stoppe misbruget.⁵⁷ Kommissionen var derfor heller ikke tilfreds, da Microsoft under sagens forløb besluttede at udbyde Windows 7 og Internet Explorer særskilt i EU, frem for at integrere browseren i Windows som hidtil gjort.⁵⁸

Da Kommissionen i december 2009 iht. forordning 1/2003 traf *beslutning om at gøre Microsofts tilsagn bindende*, forpligtede Microsoft sig således ikke til at udbyde en ikke-koblet version af Windows uden Internet Explorer, men i stedet til via Windows Update at udbyde et særligt ”vindue” (en såkaldt ”choice screen”) til de brugere af Windows inden for EØS, der anvendte Internet Explorer som standardbrowser.⁵⁹ Denne ”choice screen” skulle oplyse slutbrugerne om muligheden for at installere en eller flere konkurrerende browsere og give dem muligheden herfor. Derudover forpligtede Microsoft sig til fremover at indføre en funktion i Windows 7, som gjorde det muligt at slå Internet Explorer til og fra. Endelig skulle computerproducenterne have fri adgang til at præinstallere en eller flere browsere efter eget valg og til frit at vælge en standardbrowser. Microsoft lancerede sin ”choice screen” i begyndelsen af marts 2010.⁶⁰

I øvrigt må det også formodes at en pligt til at sælge en ”browserløs” udgave af Windows ville have været en endnu mindre succesfuld løsning, end den man valgte i Microsoft-afgørelsen fra 2004, da man dermed ville have afskåret slutbrugerne fra at downloade konkurrerende browsere.

Forpligtelsen til at udsende den såkaldte ”choice screen” har væsentlige ligheder med den ”must carry”-forpligtelse, som der blev forhandlet om under Microsoft-afgørelsen. Da Kommissionens beslutning i denne sag dog fortsat er ny og Microsoft først i marts i år udsendte vinduet, er det endnu ikke muligt at konkludere noget om de konkurrencemæssige virkninger på browsermarkedet af denne løsningsmodel i forhold til virkningerne af den forpligtelse, som Microsoft blev pålagt i Microsoft-afgørelsen.

⁵⁶ http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2009/06/11/working-to-fulfill-our-legal-obligations-in-europe-for-windows-7.aspx, 2. afsnit fra neden.

⁵⁷ MEMO/09/272 af 12. juni 2009, særligt s. 2.

⁵⁸ Ibid. sammenholdt med Heiners tilkendegivelser om Microsofts beslutning om at udbyde Internet Explorer og Windows 7 særskilt i EU: http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2009/06/11/working-to-fulfill-our-legal-obligations-in-europe-for-windows-7.aspx, særligt afsnit 4.

⁵⁹ Explorer-sagen, Annex, The Commitments, pkt. pkt. 2(7) og 1(1)-1(2) og IP/09/1941 af 16. dec. 2009.

⁶⁰ IP/10/216 af 2 mar. 2010. Vinduets endelige udformning kan ses på <http://www.browserchoice.eu>, hvor det også er tilgængeligt (sidst besøgt 1. aug. 2010).

4.2 Kommissionens moderniseringsproces for art. 102:

Efter tidligere at have gennemført lignende moderniseringer af både traktatens art. 101 og reglerne om fusionskontrol påbegyndte Kommissionen i 2003 også en moderniseringsproces for art. 102. Processen var dog foreløbigt kun rettet mod ekskluderende misbrug, der traditionelt er blevet betragtet som den mest alvorlige form for misbrug.⁶¹ I december 2008 offentliggjorde Kommissionen resultatet af moderniseringen i form af Vejledningen. Forinden havde man blandt andet i 2005 offentliggjort et diskussionsoplæg, der opfordrede til offentlig debat om moderniseringsprocessen.⁶² Diskussionsoplægget havde alene karakter af et sådant, og det fremgik udtrykkeligt heraf af, at det ikke havde nogen retskraft.⁶³ Oplægget vil dog blive inddraget i denne opgave i det omfang det tjener til at belyse indholdet af Kommissionens nye effektbaserede tilgang i relation til koblingssalg under art. 102.

Med Vejledningen har Kommissionen foretaget et *paradigmeskifte* fra en formbaserede tilgang, hvor en række af de hyppigst forekommende former for ekskluderende adfærd i sig selv blev betragtet som et misbrug af dominerende stilling, til en effektbaseret tilgang, der i højere grad er baseret på økonomisk analyse.⁶⁴ Det indebærer at Kommissionen nu som udgangspunkt vil foretage en særskilt vurdering af hvorvidt den foreliggende adfærd har aktuelle eller potentielle konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger, og hvorvidt disse opvejes af eventuelle effektivitetsgevinster, jf. Vejledningens pkt. 21 og 28.

Man må dog være opmærksom på at Kommissionen i Vejledningens pkt. 22 har taget forbehold for, at der kan være tilfælde, hvor det ikke vil være nødvendigt at foretage "*en detaljeret vurdering*" for at kunne konkludere, at den pågældende adfærd vil kunne skade forbrugerne. Kommissionen har dermed tilsyneladende holdt døren åben for lejlighedsvist også fremover at kunne anvende en formbaseret tilgang.

Moderniseringsprocessen var på det mere overordnede plan et opgør med den hidtidige vægtning af de traditionelle mål om økonomisk frihed, markedsintegration og økonomisk effektivitet som middel til forbrugervelfærd i relation til art 102.⁶⁵ På tidspunktet for etableringen af EU's konkurrencepolitik var fokus hovedsageligt rettet mod målet om økonomisk frihed for virksomhederne. Fokuset har imidlertid med tiden flyttet sig til i højere grad at være på målet om økonomisk effektivitet og forbrugervelfærd.⁶⁶ Økonomisk frihed for virksomhederne er på den måde gået fra at være et mål i sig selv til i højere grad at blive

⁶¹ Cfr. Vejledningens pkt. 7. Kommissionens intention var at man i 2006, som det sidste led i moderniseringen af konkurrencereglerne, også ville tage fat på de udnyttende former for misbrug, jf. IP/05/1626, s. 1. Kommissionen har dog på nuværende tidspunkt (august 2010) endnu ikke offentliggjort skridt hertil.

⁶² *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, dec. 2005 (herefter Diskussionsoplægget).

⁶³ Diskussionsoplægget, s. 1

⁶⁴ IP/08/1877 af 3. dec. 2008, s. 1.

⁶⁵ Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 542 ff.; Monti, 2007, s. 20 f. og Mosso, et al., s. 315 ff. En detaljeret gennemgang af indholdet af hver af disse målsætninger falder uden for denne opgaves formål, og vil derfor ikke blive foretaget.

⁶⁶ SPEECH/05/537 af 23. sep. 2005, s. 3.

betragtet som et *middel* til økonomisk effektivitet og forbrugervelfærd. Kommissionen ønske er derfor nu at beskytte *konkurrencen* frem for *konkurrenterne*, jf. Vejledningens pkt. 6, 2. pkt. Man sonderer således mellem bevarelse af hhv. *konkurrenceprocessen* og *konkurrencestrukturen*. Neelie Kroes, der var kommissær for konkurrence på tidspunktet for offentliggørelsen af Vejledningen, har udtrykt det således: ”*I like aggressive competition – including by dominant companies - and I don’t care if it may hurt competitors – as long as it ultimately benefits consumers.*”⁶⁷

Efter at Kommissionen havde reformeret sin tilgang til både art. 101 og reglerne om fusionskontrol, var der ikke længere konvergens mellem disse regler og art. 102, idet art. 101 og reglerne om fusionskontrol nu baserede sig på økonomisk analyse. Som det fremgik ovenfor af afsnit 3, havde mange økonomer således også argumenteret for anvendelse af en *rule of reason*-tilgang under art. 102.

Et paradigmeskifte til en effektbaseret tilgang var dog ikke Kommissionens eneste mål med moderniseringsprocessen, og derfor blev resultatet heller ikke indførelse af ren *rule of reason*-tilgang. Ønsket var også indførelse af regler, der var klare og let tilgængelige for både virksomheder og nationale konkurrencemyndigheder.⁶⁸ Dette ønske er kommet til udtryk i Vejledningens pkt. 2, 2. pkt.

De nationale konkurrencemyndigheder havde med forordning 1/2003 fået adgang til en parallel anvendelse af konkurrencereglerne, hvilket øgede behovet for at sikre en konsekvent anvendelse af konkurrencereglerne, både i forholdet mellem EU og medlemsstaterne og mellem de enkelte medlemsstater.⁶⁹

EAGCP påpegede således også i sin rapport til Kommissionen fra 2005, at Kommissionen uden et fælles fundament af underliggende principper risikerede, at formodningen for hvad udgjorde hhv. lovlig og ulovlig adfærd ville variere fra jurisdiktion til jurisdiktion alt afhængig af retspraksis i den enkelte medlemsstat. Uden et sæt underliggende principper for vurderingen i den enkelte sag, kunne resultatet derfor blive en forringelse af konkurrencereglernes gennemsigtighed på tværs af landegrænser, og særligt risikerede man at skabe gnidninger i anvendelsen af den nye forordning 01/2003.⁷⁰

Fordelen ved den formbaserede tilgang var netop, at reglerne var klare og gennemsigtige og gjorde det muligt at træffe hurtige afgørelser. Kommissionen ønskede ikke dette erstattet med en langsommelig og måske mangelfuld sagsbehandling, som yderligere risikerede af skabe usikkerhed hos virksomhederne om hvorvidt en given adfærd var lovlig eller ulovlig, hvilket i sidste ende kunne resultere i en forringelse af konkurrencen. Som udtrykt af Peepkorn var det en afvejning “*(...) between legal certainty/predictability and ‘getting it right’, as well as between ‘getting it right’ and getting things done in a timely way.*”⁷¹ I stedet for en ren *rule of reason*-tilgang blev resultatet af moderniseringsprocessen derfor hvad der kan

⁶⁷ Ibid., s. 3.

⁶⁸ Ibid., s. 2 og 6.

⁶⁹ Speech delivered by Philip Lowe at the Fordham Antitrust Conference in Washington, 23. okt. 2003, s. 2.

⁷⁰ EAGCP-rapporten, s. 17.

⁷¹ Peepkorn, 2006, s. 4, 2. spalte.

betegnes som en *modificeret eller struktureret rule of reason-tilgang*⁷², hvor Kommissionen forsøgte at balancere mellem at sikre materielt rigtige afgørelser og samtidig formulere praktisk anvendelige regler. For så vidt angår tying og bundling har Kommissionen således for blandet bundling meddelt at man fremover vil anvende en "lige så effektiv som"-test som led i vurderingen af virksomhedens adfærd. Kommissionen har dermed opstillet en per se-regel for denne form for koblingssalg, men den står dog ikke alene i vurderingen.

Vejledningen er opbygget således at der først angives en række generelle principper, der gælder for alle former for ekskluderende misbrug, og herefter suppleres disse af en række principper for hver af de hyppigst forekommende former for ekskluderende adfærd, herunder tying og bundling.

For så vidt angår tying og bundling, så har Kommissionen i Vejledningens afsnit herom gentaget de 4 betingelser, som Kommissionen opstillede i Microsoft-afgørelsen, og som Retten efterfølgende bekræftede rigtigheden af. Men uanset at der umiddelbart blot er tale om en gentagelse af praksis, så var det, som Kommissionen også har givet udtryk for, først med Vejledningen, at der forelå en skriftlig og sammenhængende vejledning om hvordan Kommissionen anvendte den effektbaserede tilgang.⁷³

Mere generelt har moderniseringsprocessen for tying og bundling betydet, at Kommissionen nu udtrykkeligt har anerkendt, at koblingssalg er en *allestedsnærværende forretningspraksis*, som kan have konkurrencefremmende virkninger.⁷⁴ Kommissionen har dermed, som også ønsket, i højere grad bragt sig i overensstemmelse med økonomisk teori om tying og bundling.

4.3 Betingelserne for at anse tying og bundling for omfattet af art. 102:

4.3.1 Dominerende stilling:

Som den første betingelse for at anse tying og bundling for omfattet af art. 102 kræves naturligvis at virksomheden har en dominerende stilling. Det følger af praksis, at der alene kræves en dominerende stilling på det primære marked men ikke nødvendigvis på det sekundære marked.⁷⁵ Der ses ikke at have været rejst tvivl herom. Risikoen for leveraging opstår netop hvor virksomheden har en dominerende stilling på det primære marked, men ikke på det sekundære. Kommissionen har således også i overensstemmelse med hidtidig praksis i Vejledningen i note 3 til pkt. 50 meddelt, at der ved tying kun kræves dominans på det bindende marked og ved bundling blot dominans på et af markederne.

EAGCP anbefalede i sin rapport til Kommissionen, at denne under en effektbaseret tilgang integrerede dominansvurderingen i misbrugsvurderingen, i stedet for at foretage en særskilt vurdering heraf, som

⁷² Papandropoulos, 2008, s. 2.

⁷³ IP/08/1877 af 3. dec. 2008, s. 1, og MEMO 08/761 af 3. dec. 2008, pkt. 1.

⁷⁴ Vejledningens pkt. 49.

⁷⁵ Microsoft-dommen, præmis 856 sammenholdt med præmis 859.

Kommissionen hidtil havde gjort.⁷⁶ Udvalgets begrundelse herfor var, at når Kommissionen har bevist at adfærden har konkurrenceskadelige virkninger, så vil det i sig selv være et bevis også for en dominerende stilling. Det er netop per definition ikke muligt for en ikke-dominerende virksomhed at handle uden for hvad der udgør competition on the merits. Kommissionen har dog ikke noget sted i Vejledningen givet udtryk for at ville integrere dominansvurderingen i misbrugsvurderingen eller på anden vis nedtone denne, og har således tilsyneladende ikke taget EAGCP's anbefalinger på dette punkt til sig.

4.3.2 Særskilte produkter:

Som den anden betingelse for at anse koblingssalg for omfattet af art. 102, kræves det at der er tale om særskilte produkter. Kravet udledes sædvanligvis af ordlyden af art. 102, stk. 2, litra d, der omtaler: "... *tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.*" Betingelsen kan umiddelbart forekomme selvfølgelig og ligetil. Kobles salget af identiske produkter, vil der evt. kunne være tale om en ulovlig loyalitetsrabat, hvis virksomheden yder en pakkerabat, men der vil ikke være tale om tying eller bundling.⁷⁷ Alligevel har betingelsen vist sig at være ganske kompleks, og særligt i forbindelse med teknisk tying har spørgsmålet om hvornår der er tale om hhv. koblingssalg eller et integreret produkt givet anledning til uenighed.

Indledningsvis skal det nævnes at Retten i Microsoft-dommen slog fast, at det er den faktiske og tekniske situation, som den forelå på det tidspunkt, hvor den pågældende adfærd blev skadelig, der er afgørende for hvorvidt der er tale om særskilte produkter.⁷⁸

Holder man sig strengt til ordlyden af art. 102, stk. 2, litra d, så følger det heraf at kobling af produkter, som er forbundet i kraft af deres natur eller ifølge handelssædvane, ikke vil være omfattet af art. 102. Man må imidlertid være opmærksom på, at da opregningen i art. 102, litra a-d udelukkende er en *eksemplifikation*, udelukker ordlyden af stk. 2, litra d ikke, at sådanne produkter alligevel kan have karakter af tying eller bundling. Det slog Retten indirekte fast i Hilti-dommen, og efterfølgende har Domstolen udtrykkeligt bekræftet dette i Tetra Pak II-sagen.⁷⁹ Da begge sager omhandlede tying af *komplementære* produkter, var disse per definition forbundet via natur eller handelssædvane, idet forbrugerne i begge sager nødvendigvis altid ville købe både det primære og sekundære produkt. Efter ordlyden af art. 102, stk. 2, litra d ville hverken Hiltis eller Tetra Paks praksis således være omfattet af art. 102, eller for så vidt nogen anden virksomheds koblingssalg af komplementære produkter. Men Domstolen har altså slået fast, at da opregningen

⁷⁶ EAGCP-rapporten, s. 14 f.

⁷⁷ Kommissionen bemærkede i Diskussionsoplægget, at to produkter, der befinder sig på samme marked godt kan være særskilte, når blot de tilstrækkeligt differentierede, jf. pkt. 185.

⁷⁸ Præmis 914.

⁷⁹ Hilti-dommen, præmis 68, og Domstolens dom i Tetra Pak II, se note 32 ovenfor, præmis 37.

i art. 102, stk. 2 ikke er udtømmende, er det ikke udelukket, at tying også i andre tilfælde kan være omfattet af art. 102. Kommissionen har således heller ikke i Vejledningen omtalt handelssædvane eller natur i forbindelse med betingelsen om særskilte produkter.

Senest har kritikere i forbindelse med Microsoft-sagen argumenteret for at Microsofts koblingspraksis slet ikke havde karakter af tying, idet WMP og Windows var stærkt forbundet i kraft af både natur og handels-sædvane.⁸⁰ Men da det altså følger af retspraksis fra Domstolen, at det ikke udelukker, at der kan være tale om særskilte produkt, kan denne argumentation ikke tiltrædes.

Spørgsmålet er herefter hvordan Kommissionen og Domstolen i praksis har vurderet hvorvidt der var tale om særskilte produkter.

Efter Kommissionens praksis er *forbrugernes efterspørgsel* det afgørende parameter i denne forbindelse. Det følger af Microsoft-afgørelsen, og Retten bekræftede efterfølgende rigtigheden heraf i Microsoft-dommen.⁸¹ Ifølge retspraksis er det afgørende, om der er en selvstændig efterspørgsel efter det *bundne* produkt.⁸²

Kommissionen har i Vejledningens pkt. 51, 1. og 2. pkt., med henvisning til Microsoft-sagen gentaget praksis på dette område.

Visse forfattere har argumenteret for at Kommissionen med Vejledningen skulle have ændret sin test for hvornår der er tale om særskilte produkter, idet man i pkt. 51, 2. pkt. har meddelt, at "*To produkter betragtes som særskilte, når et betydeligt antal kunder i en situation uden kombinationssalg ville købe eller ville have købt det primære produkt uden også at købe det sekundære produkt hos samme leverandør (...).*" [min fremhævnings].⁸³ Dermed skulle Kommissionen have meddelt, at man i vurderingen af spørgsmålet om særskilte produkter nu vil finde det afgørende, om der er en særskilt efterspørgsel efter det *bindende* produkt og ikke det *bundne* produkt som hidtil. Det ville være ensbetydende med, at Kommissionen har erklæret sig enig med Microsofts anbringender i Microsoft-afgørelsen, der også efterfølgende blev forkastet af Retten.⁸⁴ Denne argumentation kan ikke tiltrædes. Ifølge retspraksis er det afgørende, om der er en særskilt efterspørgsel efter det *bundne* produkt, og Vejledningens ordlyd kan ikke ses at ændre på dette. Afgørende er fortsat om forbrugerne, hvis produkterne ikke havde været koblet, ville have købt

⁸⁰ Art & McCurdy, 2004, s. 697 f. Det må holdes for øje, at artiklens forfattere på tidspunktet for artiklens offentliggørelse begge var ansat i Microsoft, hvilket naturligvis svækker artiklens kildeværdi.

⁸¹ Microsoft-afgørelsen, betragtning 803, og Microsoft-dommen, præmis 917.

⁸² Microsoft-dommen, præmis 918-920, hvor Retten også henviste til sin afgørelse i Hilti-dommen og Tetra Pak II-dommen.

⁸³ Ahlborn & Evans, 2004, s. 917 ff. I relation til artiklens kildeværdi, må holdes for øje, at Ahlborn på tidspunktet for artiklens offentliggørelse var juridisk rådgiver for Microsoft, mens Evans tidligere var økonomisk rådgiver for Microsoft og spillede en aktiv rolle i Microsoft-dommen. Microsoft har derudover ydet finansiel støtte til forfatterne, jf. artiklens s. 887.

⁸⁴ Microsoft-afgørelsen, betragtning 809, og Microsoft-dommen, præmis 919.

det bundne produkt hos en konkurrerende virksomhed, hvilket også understøttes af at Kommissionen i note 5 til pkt. 51 henviser til Microsoft-dommen.

I vurderingen af hvorvidt der er tale om særskilte produkter, er det vigtigt at have for øje, at opfattelsen af hvad der udgør sådanne og hvad der ikke gør, kan ændre sig i takt med den almindelige udvikling i både handelssædvaner og forbrugerpræferencer.⁸⁵ Problemstillingen er især relevant i forhold til teknisk tying, hvor der kan argumenteres for, at Kommissionen i visse tilfælde bør handle med forsigtighed for ikke at gribe unødigt ind i den teknologiske udvikling.⁸⁶ Både Kommissionen og Retten anerkendte da også i Microsoft-sagen, at produkter som oprindeligt har fremtrådt som særskilte, som følge af it- og kommunikationssektorens konstante og hurtige udvikling, ud fra både et teknologisk og et konkurrencemæssigt synspunkt i kraft af koblingen senere kan blive betragtet som ét produkt. Alligevel afviste både Kommissionen og Retten i den konkrete sag, at WMP og Windows udgjorde et integreret produkt.⁸⁷ IBM-sagen illustrerer problemstillingen, idet det kort tid efter sagens afslutning blev almindelig praksis i computerindustrien at koble hukommelsen med processoren.⁸⁸

Der er dog omvendt også blevet argumenteret for at det er lige så sandsynligt, at forbrugerefterspørgslen efter det bundne produkt *ikke* vil forsvinde, hvis der er fordele for forbrugerne ved at købe dette særskilt.⁸⁹ Ifølge forfatterne bør det derfor være op til markedet og dermed forbrugerne at bestemme markedsudviklingen uden indgriben fra den dominerende virksomhed i form af koblingssalg. De argumenter derfor for at virksomheden ikke bør kunne nægte forbrugerne også at kunne købe produkterne særskilt. Herover kan der dog også argumenteres for, at en sådan tilgang til tying på højteknologiske markedet ville kunne betyde tab af stordriftsfordele og synergieffekter, som ville kunne være til forbrugernes fordel.

Når det kommer til *beviset* for at der eksisterer en særskilt efterspørgsel efter det bundne produkt, og der derfor er tale om særskilte produkter, så har praksis anerkendt såvel direkte som indirekte beviser. Et *direkte* bevis foreligger hvor det er konstateret, at forbrugerne rent faktisk køber produkterne hos særskilte virksomheder, når de har muligheden herfor, mens et *indirekte* bevis vil foreligge, hvor der eksisterer konkurrenter, som kun udbyder det *bundne* produkt.

Kommissionen lagde således også i Microsoft-afgørelsen blandt andet vægt eksistensen af uafhængige producenter af multimedieafspillere, og Retten anvendte også i både Hilti- og Tetra Pak II- og Microsoft-

⁸⁵ Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 695.

⁸⁶ Mosso, et al., 2007, s. 370.

⁸⁷ Microsoft-afgørelsen, betragtning 808, og Microsoft-dommen, præmis 913.

⁸⁸ Mosso, et al., 2007, s. 370.

⁸⁹ Dolmans & Graf, 2004, s. 228.

dommen dette som et bevis for særskilte produkter.⁹⁰ I Hilti-dommen slog Retten udtrykkeligt fast, at det i sig selv udgjorde ”et væsentligt indicium for, at der [fandtes] et særskilt marked for Hilti-kompatible bolte.”⁹¹

Microsoft argumenterede i Microsoft-dommen for at Kommissionen, i stedet for at have set på om der eksisterede særskilte udbydere af multimedieafspillere, burde have lagt vægt om styresystemer regelmæssigt blev markedsført uden multimedieafspillere installeret.⁹² Argumentet blev dog forkastet af Retten med den begrundelse, at komplementære produkter i så fald aldrig kunne udgøre særskilte produkter og henviste herefter til både Hilti-dommen og Tetra Pak II-dommen.⁹³ I Hilti-dommen havde Retten forkastet Hiltis påstand om at pistoler, magasiner og bolte udgjorde et uadskilleligt hele i form af et ”skudmontagesystem” med den begrundelse, at en sådan antagelse ville indebære, at producenter af boltepistoler kunne forhindre anvendelse af kompatible forbrugsgoder produceret af konkurrerende virksomheder.⁹⁴

Retten slog i Microsoft-dommen derudover fast, at der rent faktisk var en selvstændig efterspørgsel efter pc'er uden multimedieafspillere fra blandt andet virksomheder, der frygtede at deres ansatte ville anvende afspillerne til ikke-arbejdsrelaterede formål.⁹⁵

Kommissionen har i Vejledningens pkt. 51 med henvisning til Microsoft-dommen gentaget praksis vedrørende bevis for særskilte produkter.

Muligheden for at tillægge det bevismæssig betydning, at der eksisterer konkurrenter, som særskilt udbyder det bundne produkt, er blevet *kritiseret* fra teoretisk side.

Kritikken har først og fremmest været rettet mod at praksis ved at konkludere, at der er tale om særskilte produkter alene fordi findes konkurrenter på det sekundære marked, som kun producerer det bundne produkt, lader art. 102 omfatte tilfælde af koblingspraksis, som klart ikke er misbrug af dominerende stilling.⁹⁶ Ifølge forfatterne burde praksis i stedet se på, om der er særskilt efterspørgsel efter *både* det bindende *og* det bundne produkt.

Problemstillingen kan illustreres med et simpelt eksempel i form af tying af sko og snørebånd. Følger man praksis strengt, så er sko og snørebånd særskilte produkter, idet der findes virksomheder, som producerer snørebånd, men ikke sko. Men koblingen af disse to produkter vil naturligvis aldrig blive betragtet som kobling af særskilte produkter, uanset at virksomheden er dominerende. Så man i stedet på, om der var en særskilt efterspørgsel efter *både* sko *og* snørebånd, så ville man kunne styre udenom denne faldgrube, da

⁹⁰ Microsoft-afgørelsen, betragtning 804; Hilti-dommen, præmis 67; Tetra Pak II-dommen, præmis 82 og Microsoft-dommen, præmis 927.

⁹¹ Præmis 67.

⁹² Microsoft-dommen, præmis 887.

⁹³ Ibid., præmis 919-921.

⁹⁴ Hilti-dommen, præmis 68.

⁹⁵ Præmis 924.

⁹⁶ O'donoghue & Padilla, 2006, s. 494.

nok ingen ville ønske at købe sko uden snørebånd. Argumentationen kan dog ikke tiltrædes, idet betingelsen om særskilte produkter ikke står alene i Kommissionens vurdering af hvorvidt et koblingssalg er omfattet af art. 102. Koblingssalg af sko og snørebånd eller salg af andre lignende, klart integrerede produkter vil derfor naturligvis aldrig udgøre ulovlig tying efter art. 102. Afgørende for hvornår en koblingspraksis er omfattet af art. 102 er ikke hvorvidt der er tale om tying eller bundling, men om der er tale om at en dominerende virksomhed ved en sådan adfærd *skader konkurrencen*. Efter Kommissionens paradigmeskifte til den effektbaserede tilgang må forfatterens argumentation i endnu højere grad formodes for at være uden betydning i praksis.

Samme forfattere har også argumenteret for, at praksis med sin fremgangsmåde risikerer heller ikke at gribe de koblingssalg, som reelt er konkurrenceskadelige. Kritikken er på dette punkt blevet begrundet med, at hvis der ikke nogen selvstændig efterspørgsel efter det *bindende* produkt, så kan koblingssalget per definition ikke have konkurrenceskadelige virkninger, idet forbrugerne ikke pålægges nogen tvang. Man må dog her være opmærksom på, at uanset at forbrugerne altid vil ønske at købe både det primære og det sekundære produkt, som det for eksempel vil være tilfældet for komplementære produkter, er det ikke ensbetydende med at de nødvendigvis også ønsker at købe begge produkter hos netop den dominerende virksomhed. Det slog Retten også fast i Microsoft-dommen.⁹⁷ Heller ikke denne argumentation kan derfor tiltrædes.

Det kan være vanskelig at tale om særskilte produkter, hvor der er tale om kobling af *nye produkter*, som ikke tidligere har været på markedet. De beviser, som praksis normalt gør brug af vil ganske enkelt ikke være til stede i sådanne sager. Der eksisterer hverken forbrugere, som køber eller har købt produkterne hos særskilte virksomheder, eller virksomheder som kun producerer det bundne produkt. Flere forfattere har derfor foreslået forskellige vurderingsalternativer.

Whish har foreslået at praksis i disse situationer i stedet burde se på hvilke konkurrencemæssige virkninger, der kan forventes af koblingssalget, og om det er objektivt begrundet at sælge produkterne sammen, frem for at se på om der i første omgang er tale om særskilte produkter.⁹⁸

Mosso, et al. har ligeledes foreslået at lægge vægten over på hvorvidt koblingen er objektivt begrundet, men har derudover også foreslået, at praksis burde vurdere hvorvidt det vil være sandsynligt, at væsentligt alle virksomheder på de pågældende markeder fremadrettet vil sælge produkterne koblet.⁹⁹

I stedet for at se på om der er tale om særskilte produkter, vil forfatterne således i stedet lægge vægten over på de konkurrencemæssige *virkninger* af koblingssalget.

⁹⁷ Præmis 922.

⁹⁸ *Whish*, 2009, s. 683.

⁹⁹ *Mosso et al.*, 2007 s. 370.

Igen er det en problemstilling der særligt har sin relevans i forbindelse med teknisk tying, hvor markederne ofte er præget af innovation og en hurtig udvikling.

Kommissionen har ikke i Vejledningen taget stilling til denne problemstilling, og det er derfor fortsat uafklaret hvordan Kommissionen vil forholde sig til et evt. koblingssalg af sådanne produkter.

4.3.3 Købetvang:

Som den tredje betingelse for at anse koblingssalg for omfattet af art. 102, kræves det at forbrugerne tvinges til at købe det bundne produkt sammen med det bindende. Foreligger der ikke købetvang, så vil der naturligvis heller ikke kunne foreligge konkurrenceskadelige virkninger, da forbrugerne i så fald frit ville kunne købe produkterne hos den virksomhed hvor det er mest fordelagtigt.

Tvangen kan være enten direkte eller indirekte. Det må anses for afgørende om forbrugeren har en *reel* mulighed for at anskaffe det bindende produkt uden det bundne produkt.¹⁰⁰ Tying og ren bundling er udtryk for direkte tvang, mens blandet bundling har karakter af indirekte tvang. I sidstnævnte tilfælde består tvangen i at pakkerabatten skaber et økonomisk incitament for forbrugeren til at købe både det primære og det sekundære produkt hos den dominerende virksomhed og ikke hos en konkurrerende virksomhed.

Tvangen kan derudover være såvel finansiel som ikke-finansiel. Ikke-finansiel tvang forelå for eksempel i Novo Nordisk-sagen, der blev omtalt ovenfor i afsnit 2, hvor tvangen bestod i at Novo Nordisk betingede garantien for virksomhedens insulinpenneprodukter samt ansvaret, hvor disse ikke virkede, af at det bindende produkt ikke blev anvendt sammen med konkurrerende komponenter.

Betingelsen om tvang spillede en særlig rolle i Microsoft-afgørelsen, som følge af sagens specielle karakter. Det var uomtvistet at Microsoft tvang computerproducenterne til at præinstallere WMP sammen med Windows, og det var ikke muligt for hverken disse eller slutbrugerne at afinstallere WMP. Alligevel var tvangen på ingen måde klar. WMP fulgte nemlig tilsyneladende gratis med Windows, forbrugerne kunne downloade og installere konkurrerende medieafspillere, endda i mange tilfælde gratis, og endelig var forbrugerne heller ikke tvunget til at anvende WMP. Kommissionen afviste dog samtlige af Microsofts argumenter om at virksomhedens praksis ikke indebar købetvang, idet man henviste til at art. 102 ikke stiller krav om hverken betaling for den sekundære ydelse eller ”brugstvang”. Kommissionen henviste i den forbindelse også til, at Hilti heller ikke forpligtede forbrugerne til at anvende virksomhedens bolte i Hilti-afgørelsen. Endelig fandt Kommissionen, at så længe virksomhedens adfærd havde ekskluderende virk-

¹⁰⁰ Dolmans & Graf, 2004, s. 231.

ninger, så var det uden betydning om forbrugerne blev tvunget til at købe eller bruge WMP. På baggrund heraf konkluderede Kommissionen at betingelsen om købetvang var opfyldt.¹⁰¹

Retten gav efterfølgende Kommissionen medhold heri, og slog derudover også fast, at det at Microsoft ikke opkrævede en separat pris for WMP ikke var ensbetydende med, at afspilleren var gratis. WMP var ifølge Retten blot omfattet af den samlede pris for Windows.¹⁰²

Kommissionen opremser ikke i Vejledningens punkt 50 købetvang som en betingelse, men kravet kan udledes af pkt. 48, 1. pkt, hvor koblingssalg begrebsmæssigt defineres. Offentliggørelsen af Vejledningen kan således ikke antages at have medført ændringer i Kommissionens praksis for så vidt angår kravet om købetvang.

4.3.4 Konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger:

Som den fjerde og sidste betingelse for at anse tying og bundling for omfattet af art. 102, kræves det at den dominerende virksomheds adfærd har konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger på det bundne eller det bindende marked eller begge.

Som det fremgik af afsnit 4.2 ovenfor, har Kommissionen med offentliggørelsen af Vejledningen ændret sin tilgang til kravet herom. Kommissionen vil nu som udgangspunkt foretage en selvstændig vurdering af hvorvidt virksomhedens koblingspraksis har konkurrenceskadelige virkninger.¹⁰³ I tidligere praksis har Kommissionen blot formodet at koblingssalg af særskilte produkter udøvet af en dominerende virksomhed, der fratog forbrugeren retten til at købe det sekundære produkt hos en konkurrerende virksomhed, i sig selv var konkurrenceskadeligt.

Den hidtidige per se formodning for tilstedeværelse af konkurrenceskadelige virkninger kom blandt andet til udtryk i Hilti-afgørelsen, hvor Kommissionen i betragtning 75 kort konstaterede at det udgjorde et misbrug af dominerende stilling at gøre salget af magasiner betinget af køb af en tilsvarende mængde bolte, og det samme gjaldt blandt andet de rabatnedsættelser, som Hilti havde foretaget, idet forbrugeren dermed ikke havde noget valg med hensyn til sin forsyningskilde for bolte, og at disse former for praksis tillige havde til formål eller virkning at udelukke uafhængige fabrikanter af bolte, som ville kunne true Hiltis dominerende stilling.

Efterfølgende slog Retten fast, at Kommissionen i Hilti-afgørelsen havde bevist, at Hilti førte en selektiv og diskriminerende politik over for sine konkurrenter, at dette ikke var et *"lovligt middel i konkurrencen"*,

¹⁰¹ Betragtning 826-834.

¹⁰² Microsoft-dommen, præmis 960-975.

¹⁰³ Vejledningen, pkt. 21, og bl.a. MEMO/08/761 af 3. dec. 2008, pkt. 4.

når der var tale om en dominerende virksomhed, og at Kommissionen havde grundlag for at fastslå, at Hiltis adfærd var udtryk for misbrug, da ”*en selektiv og diskriminerende politik som den, Hilti har ført, svækker konkurrencen, idet den kan afholde andre virksomheder fra at etablere sig på markedet.*”¹⁰⁴ Kommissionens formbaserede tilgang til misbrug af dominerende stilling efter art. 102 var således i overensstemmelse med retspraksis og opfyldte kravene til bevis.

Ifølge Vejledningen skal der ved konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger, der i den danske udgave af Vejledningen betegnes som ”konkurrenceskadelige afskærmning”, forstås:

”(...) *en situation, hvor faktiske eller potentielle konkurrenter helt eller delvis hindres adgang til leverancer eller markeder som følge af den dominerende virksomheds adfærd, hvorved den dominerende virksomhed kan blive i stand til at forhøje priserne med fortjeneste til skade for forbrugerne.*”¹⁰⁵

[mine fremhævninger]

Ifølge Kommissionen kræver konstateringen af konkurrenceskadelige virkninger altså opfyldelse af 2 led: *For det første* skal den dominerende virksomhed ved sin praksis have hindret faktiske eller potentielle konkurrenter i helt eller delvist at få adgang til markedet, og *for det andet* skal adfærden have gjort virksomheden i stand til at hæve sine priser til skade for forbrugerne.¹⁰⁶ Det følger dog af Vejledningens pkt. 11 in fine og pkt. 19, 1. pkt. in fine, at forbrugervelfærden også kan være skadet på anden måde end ved prisforhøjelser, for eksempel ved kvalitetsforringelser eller ved færre valgmuligheder. Som det er blevet påpeget, så vil det dog være vanskeligt at vurdere sådanne ikke-prismæssige virkninger, idet de blandt andet ikke kan kvantificeres.¹⁰⁷ Kommissionen har i Vejledningens pkt. 21 opremset en række faktorer, der kan have betydning i Kommissionens vurdering af spørgsmålet om ekskluderende virkninger, blandt andet graden af den dominerende stilling og forholdene på markedet, herunder for eksempel tilstedeværelsen af stordriftsfordele og netværksvirkninger.

Vedrørende *det første led* i vurderingen, påvisning af ekskluderende virkninger, må man være opmærksom på at *potentielle* konkurrenter ikke er lig med *hypotetiske* konkurrenter. Der skal være en vis sandsynlighed for at der er konkurrenter, som ønsker at trænge ind på markedet. Den rent hypotetiske mulighed herfor vil ikke være tilstrækkelig. Det hænger sammen med at Kommissionen med Vejledningen ønskede, at håndhævelsen af art. 102 kom til at koncentrere sig om de reelle konkurrenceproblemer, dvs. hvor der var klare beviser for at konkurrenceprocessen ikke fungerede ordentligt.¹⁰⁸

Vedrørende *andet led* i vurderingen, må man være opmærksom på at Kommissionen ikke kræver at virksomheden ved sin adfærd rent faktisk *har* skadet forbrugervelfærden, men blot at den i kraft af sin praksis

¹⁰⁴ Hilti-dommen, præmis 100.

¹⁰⁵ Vejledningen, pkt. 19.

¹⁰⁶ Petit, 2009, s. 4.

¹⁰⁷ Ibid., s. 8.

¹⁰⁸ SPEECH/05/537 af 23. sep. 2005, s. 2.

vil være *i stand til* hertil.¹⁰⁹ Der kræves altså ikke nødvendigvis konstatering af ekskluderende *virkninger*, men blot et ekskluderende *formål*, hvilket også stemmer overens med praksis fra *Michelin II-dommen*¹¹⁰. Retten slog her fast, at det under art. 102 er tilstrækkeligt at bevise, at den dominerende virksomhed med sin adfærd har til hensigt at begrænse konkurrencen, og at adfærdens konkurrencebegrænsende formål og virkning således falder sammen under art. 82.¹¹¹ Som udtrykt af Neelie Kroes, så kan man ikke ”genoplive et lig”, og Kommissionen har derfor anset det for afgørende at kunne gribe ind før de måske permanente konkurrenceskadelige virkninger foreligger.¹¹²

Ligeledes kræves det heller ikke at *al* konkurrence udelukkes på markedet, men blot at der er en vis sandsynlighed for at en del af denne påvirkes negativt som følge af virksomhedens adfærd. Det kan udledes af ordlyden ”*helt eller delvis*”. Hvor stor en del af konkurrencen, der skal være udelukket, fremgår dog ikke af Vejledningen.

Som det tidligere er blevet nævnt, havde Kommissionen forinden offentliggørelsen af Vejledningen anvendt den effektbaserede tilgang i Microsoft-afgørelsen, og således foretaget en særskilt og detaljeret vurdering af hvorvidt Microsofts koblingspraksis rent faktisk havde ekskluderende virkninger. Først herefter konkluderede Kommissionen, at det var sandsynligt at Microsofts koblingspraksis ville skade konkurrencen, så bibeholdelsen af en effektiv konkurrence ikke ville være garanteret i den nærmere fremtid, og at Microsofts praksis derfor var af art. 102, særligt dennes stk. 2, litra d.¹¹³

I sin undersøgelse nåede Kommissionen frem til, at Microsoft ved at koble WMP til salget af Windows sikrede multimedieafspilleren en status som standardplatform, idet den derved opnåede en allestedsnærværelse på lige fod med Windows, der fandtes på mere end 90 % af alle verdens pc'er.¹¹⁴ Der var andre distributionskanaler for multimedieafspillere, for eksempel download fra internettet, men ingen af disse havde Microsofts distributionsmæssige fordel ved præinstallering sammen med Windows.¹¹⁵ WMP's distributionsmæssige fordel blev yderligere forstærket af de betydelige *indirekte netværksvirkninger*, der var til stede på markedet for multimedieafspillere, jf. straks nedenfor.¹¹⁶ Derudover fandt Kommissionen, at Microsofts adfærd havde en afsmittende virkning på både tilstødende markeder, for eksempel på markedet for mobilt it-udstyr, og markedet for styresystemer til pc'er og servere.¹¹⁷ Endelig konstaterede Kommissionen på baggrund af en række markedsundersøgelser, at Microsofts praksis allerede havde haft konkur-

¹⁰⁹ Kommissionen har flere gange understreget dette, jf. SPEECH/08/457 af 25. sep. 2008, s. 3, og IP/08/1877 af 3. dec. 2008, s. 3.

¹¹⁰ Rettens dom af 30. sep. 2003 i sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen.

¹¹¹ Præmis 239-241.

¹¹² SPEECH/08/457 af 25. sep. 2008, s. 3.

¹¹³ Særligt betragtning 984.

¹¹⁴ Betragtning 833 og 843-848.

¹¹⁵ Betragtning 849-877.

¹¹⁶ Betragtning 879-896.

¹¹⁷ Betragtning 897-899.

renceskadelige virkninger, idet der syntes at være en tendens til WMP og Windows Media-formater blev anvendt på bekostning af de vigtigste konkurrerende multimedieafspillere og de dermed forbundne teknologier.¹¹⁸

Ved *netværksvirkninger* forstås markeder hvor antallet af forbrugere, der erhverver et produkt, påvirker den fremtidige efterspørgsel herefter.¹¹⁹ Jo mere af produktet der sælges, jo flere forbrugere vil ønske at købe det. *Indirekte netværksvirkninger* betegner den situation hvor efterspørgslen efter det primære produkt påvirkes af hvor mange kompatible produkter der findes dertil. Er markedet præget af stærke netværksvirkninger kan det skabe markedsbarrierer, som vil kunne hindre aktuelle og potentielle konkurrenter i at konkurrere effektivt med den dominerende virksomhed. I Microsoft-afgørelsen var markedet for multimedieafspillere præget af indirekte netværksvirkninger, idet indholdsudbydere og softwareudviklere, når de skulle vælge hvilke afspillere de ville udvikle deres komplementære produkter til, så på udbredelsen og anvendelsen af multimedieafspillere. I kraft af at WMP fandtes på ca. 90 % af alle klient-pc ville indholdsudbydere og softwareudviklere primært ville designe deres produkter til WMP, da de derved ville kunne nå en tilsvarende andel af forbrugerne, og det var omkostningstungt at kode til flere forskellige multimedieafspillere. Jo mere kompatibelt software, jo mere populær ville WMP så igen blive hos forbrugerne, osv. Kommissionen frygtede derfor at *konkurrencen på markedet for multimedieafspillere inden for at en nær fremtid risikerede at tippe endeligt til fordel for WMP og dermed Microsoft*. Kommissionen har efterfølgende om sin afgørelse udtrykt det således, at *"Det vedvarende misbrug virker bremsende på innovationen og er til skade for konkurrenceprocessen og for forbrugerne, der i sidste instans får færre valgmuligheder og højere priser."*¹²⁰

Retten slog efterfølgende fast i Microsoft-dommen, at første led i Kommissionens undersøgelse, hvor den havde påvist, at WMP i kraft af koblingen, der ikke kunne brydes af forbrugeren, drog fordel af Windows' allestedsnærværelse på klient-pc'er, hvilket andre distributionskanaler for multimedieafspillere ikke kunne opveje, i sig selv var nok til at fastslå at der var tale om ulovlig tying.¹²¹ Microsoft opnåede ved sin praksis en fordel uden sidestykke. Retten foretog derfor kun en kort behandling af de øvrige led i Kommissionens undersøgelse, og slog fast at også her var Kommissionens konklusioner korrekte. På baggrund heraf konkluderede Retten, at Kommissionens konklusion om konkurrenceskadelige virkninger var korrekt.¹²²

4.3.5 Særligt om blandet bundling:

Blandet bundling adskiller sig fra de øvrige former for koblingssalg på en række punkter.

¹¹⁸ Betragtning 900-954.

¹¹⁹ Dolmans og Graf, 2004, s. 234.

¹²⁰ IP/04/382 af 24. mar. 2004.

¹²¹ Præmis 1036 og 1058.

¹²² Præmis 1088-1089.

Først og fremmest er der tale om en *prisbaseret adfærd* på samme måde som for eksempel predation, hvor tying og ren bundling har karakter af ikke-prisbaseret adfærd. Derudover er blandet bundling kendetegnet ved at de konkurrenceskadelige virkninger ikke fremtræder så umiddelbare, som ved de øvrige former for koblingssalg, hvilket Kommissionen også tilkendegav i pkt. 189 i Diskussionsoplægget. Hvor tying og ren bundling per definition udnytter forbrugerne, idet de kontraktmæssigt, teknisk eller de facto fratages muligheden for at købe det sekundære produkt hos en konkurrerende virksomhed, så vil blandet bundling *på kort sigt* være til fordel for forbrugerne, idet produkterne sælges til en lavere pris.¹²³ Som påpeget af EAGCP i rapporten til Kommissionen, kan blandet bundling yderligere indebære den fordel at det giver virksomheden mulighed for at prisdiskriminere og dermed imødekomme behovet hos forskellige forbrugergrupper. De forbrugere, der kun ønsker det primære produkt kan vælge at købe kun dette, mens de der ønsker hele pakken, kan købe denne til en lavere pris.¹²⁴

På længere sigt kan blandet bundling dog ligesom de øvrige former for koblingssalg have *konkurrenceskadelige virkninger* på det bundne og/eller det bindende marked, idet den dominerende virksomhed med sin praksis skaber et incitament hos forbrugerne til ikke at købe det bundne produkt hos en konkurrerende virksomhed. Også blandet bundling indebærer derfor en risiko for konkurrenceskadelig *leveraging*, hvor resultatet i sidste ende kan blive højere priser og dårligere produkter til skade for forbrugerne.¹²⁵

På trods af at blandet bundling adskiller sig fra tying og bundling på en række punkter, så har Kommissionen og Domstolen dog i hidtidig praksis behandlet blandet bundling på lige fod med de øvrige former for koblingssalg, dvs. uden at foretage en nærmere undersøgelse af hvorvidt adfærden reelt havde konkurrenceskadelige virkninger.¹²⁶ Men med offentliggørelsen af Vejledningen har Kommissionen nu tilkendegivet, at man fremover vil behandle blandet bundling som prisbaseret adfærd og anvende en "*lige så effektiv som*"-test i vurderingen af adfærdens virkninger. Kommissionens behandling af blandet bundling under art. 102 må derfor forventes fremover at komme til at adskille sig fra behandlingen af tying og ren bundling i et vist omfang.

Kommissionen har i Vejledningen først og fremmest vedrørende prisbaseret adfærd generelt, meddelt at man betragter skarp priskonkurrence som noget positivt og derfor normalt kun vil gribe ind, hvor den virksomhedens prisadfærd afskærmer konkurrenter, der er *lige så effektive som* den dominerende virk-

¹²³ Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 701.

¹²⁴ EAGCP-rapporten, s. 38 f.

¹²⁵ Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 701 f.

¹²⁶ Hilti-afgørelsen, betragtning 75; Hilti-dommen, præmis 100; Tetra Pak II-afgørelsen, betragtning 111-114, og Tetra Pak II-dommen, præmis 135.

somhed.¹²⁷ For blandet bundling betyder det, at Kommissionen i sager herom fremover vil vurdere om ”pakkerabatten” er så stor, at en lige så effektiv konkurrent, som kun udbyder nogle af de koblede produkter, ikke kan konkurrere med ”pakken”.¹²⁸

Princippet om den lige så effektive virksomhed harmonerer med Kommissionens ønske om at beskytte konkurrencen frem for konkurrenterne, som blev omtalt ovenfor i afsnit 4.2, idet man således som udgangspunkt ikke vil forbyde en adfærd, der alene ekskluderer konkurrerende virksomheder, der er mindre effektive. Beskyttede man mindre effektive konkurrenter kunne det resultere i en mindre aggressiv konkurrence, idet virksomhederne ville have mindre incitament til at effektivisere.¹²⁹

Kommissionen har dog i Vejledningens pkt. 24 modificeret sit udgangspunkt ved at anerkende, at en mindre effektiv konkurrent *i visse tilfælde* vil kunne disciplinere den dominerende virksomhed, og at det bør inddrages i vurderingen. Det må formodes at Kommissionen sigter på situationer, hvor den dominerende virksomhed ikke er effektiv, og hvor mindre effektive virksomheders indtrængen på markedet vil kunne presse den dominerende virksomhed til at blive mere effektiv, i kraft af at den risikerer at den konkurrerende virksomhed på et tidspunkt vil blive så effektiv, at virksomhedens markedsposition vil blive udfordret.¹³⁰

For blandet bundling indebærer ”lige så effektiv som”-testen nærmere bestemt, at Kommissionen vil beregne, om merprisen for hvert af produkterne i pakken dækker virksomhedens langsigtede, gennemsnitlige meromkostninger (LRAIC) ved at medtage dette produkt i pakken.¹³¹ LRAIC betegner gennemsnittet af alle de omkostninger, som den dominerende virksomhed afholder for at fremstille et bestemt produkt, både de variable og de faste.¹³²

Kommissionen har i Vejledningens pkt. 60 anerkendt at det ville være mest ideelt at beregne om virksomhedens ekstra indtægter dækker de ekstra omkostninger ved at medtage hvert produkt i pakken, men at det i praksis er vanskeligt, hvorfor man i stedet i de fleste tilfælde vil anvende merprisen i sin vurdering.

Hvad der skal forstås som merprisen har Kommissionen ikke omtalt i Vejledningen, men ifølge Diskussionsoplægget er merprisen lig med prisen for den samlede pakke fratrukket ”stand alone”-prisen for de øvrige produkter i pakken.¹³³ Det kan illustreres med et simpelt eksempel: Udbyder den dominerende virksomhed pakken AB til 8 kr., og er stand alone prisen for hhv. A og B 4 kr. og 6 kr., så er merprisen for produkt A lig med pakkeprisen for AB fratrukket stand alone prisen for B, dvs. 2 kr., mens merprisen for produkt B er 4 kr. Afgørende herefter er om merprisen for hhv. produkt B og produkt A er højere en virk-

¹²⁷ Vejledningen, pkt. 23.

¹²⁸ Ibid., pkt. 59.

¹²⁹ Fletcher, 2005, s. 5.

¹³⁰ Petit, 2009, s. 7.

¹³¹ Vejledningen, pkt. 60.

¹³² Ibid., pkt. 26, note 2.

¹³³ Diskussionsoplægget, pkt. 192.

somhedens langsigtede gennemsnitlige omkostninger ved at inkludere hhv. produkt B og produkt A i pakken.

Er det tilfældet, vil Kommissionen normalt ikke gribe ind over for virksomhedens koblingspraksis, idet man i så fald vil antage, at en lige så effektiv konkurrent vil være i stand til at konkurrere med den dominerende virksomheds ”pakke”. Som udgangspunkt vil der altså være tale om *competition on the merits*.¹³⁴

Ligger merprisen omvendt *under* LRAIC, er det udtryk for at virksomheden ikke får dækket alle sine faste omkostninger ved at producere produkterne, og at virksomheden således ikke på sigt vil være i stand til at overleve sin egen praksis. Kommissionen vil derfor formode, at den dominerende virksomhed ved sin adfærd vil kunne udelukke en lige så effektiv konkurrent fra at ekspandere eller trænge i på markedet, og Kommissionen vil *inddrage dette som et element* i sin samlede vurdering af hvorvidt virksomhedens adfærd har ekskluderende virkninger.¹³⁵

Man må være opmærksom på, at Kommissionen således aldrig vil anvende ”lige så effektiv”-testen som hverken det eneste eller det afgørende mål for hvorvidt den dominerende virksomheds koblingspraksis har aktuelle eller potentielle ekskluderende konkurrenceskadelige virkninger på det bindende og/eller det bundne marked. Der er alene tale om et led i Kommissionens samlede vurdering heraf.

4.4 Fritagelse fra forbuddet i art. 102:

4.4.1 Generelt:

Ovenfor blev de 4 betingelser, som Kommissionen og Domstolen har opstillet for at anse tying og bundling som misbrug af dominerende stilling efter art. 102, behandlet. Art. 102 indeholder ikke en bestemmelse svarende til art. 101, stk. 3. Retspraksis har dog alligevel anerkendt en mulighed for at begrunde et misbrug af dominerende stilling i objektive hensyn. Derudover har Kommissionen med offentliggørelsen af Vejledningen meddelt, at man fremover vil undersøge om de konkurrenceskadelige virkninger af en dominerende virksomheds adfærd opvejes af konkurrencefremmende effektivitetsgevinster. Disse to fritagelsesmuligheder vil i dette afsnit blive nærmere analyseret i relation til misbrug i form af tying og bundling.

Indledningsvis skal det nævntes, at da art. 102 ikke indeholder en bestemmelse svarende til art. 101, stk. 3, så har den adfærd som findes at være objektivt begrundet, *formelt* slet ikke karakter af et misbrug af dominerende stilling. I praksis har vurderingen af en given adfærd dog ofte været grebet an som en 2-leddet analyse, hvor det først er blevet undersøgt, hvorvidt der var tale om misbrug af dominerende stilling, og herefter om denne misbrugsadfærd var objektivt begrundet. Reelt er muligheden for at begrunde en adfærd

¹³⁴ Vejledningen, pkt. 27 og 60.

¹³⁵ Ibid., pkt. 60 og 27.

objektivt derfor i praksis blevet betragtet som en fritagelsesmulighed.¹³⁶ Både objektive begrundelser og effektivitetsgevinster vil derfor i denne opgave blive behandlet som fritagelsesmuligheder for adfærd, som er omfattet af art. 102. Denne tilgangsvinkel understøttes også af, at det efter praksis er den dominerende virksomhed, der har bevisbyrden for at den pågældende er adfærd er enten objektivt nødvendig eller skaber effektivitetsgevinster, jf. straks nedenfor.

Kommissionen har ikke taget stilling spørgsmålet herom i Vejledningen.¹³⁷

Bevisbyrden for at adfærd er objektivt nødvendig eller begrundet i effektivitetsgevinster ligger hos virksomheden. Det slog Retten fast i Microsoft-dommen og Kommissionen har gentaget praksis herom i Vejledningens pkt. 31.¹³⁸ Kommissionens procedure forløber således som en 3-leddet proces: Kommissionen har i første omgang bevisbyrden for at den dominerende virksomhed adfærd har karakter af misbrug af dominerende stilling. Finder Kommissionen at det er tilfældet, er det op til virksomheden at påvise at adfærd enten er objektivt nødvendig, eller at de konkurrenceskadelige virkninger opvejes af effektivitetsgevinster. Endelig er det op til Kommissionen at foretage den endelige vurdering og modbevise at virksomhedens praksis er enten objektivt begrundet eller opvejes af effektivitetsgevinster.

4.4.2 Objektiv nødvendighed:

Uanset at retspraksis har anerkendt, at et misbrug af dominerende stilling kan fritages fra art. 102, hvor adfærd er objektivt nødvendig, så har Domstolen aldrig præcist defineret hvad der kan udgøre en objektiv begrundelse. Spørgsmålet om hvornår tyng eller bundling vil kunne fritages med henvisning til objektive hensyn, må derfor forsøges besvaret ud fra Kommissionens og Domstolens praksis, hvor disse har behandlet spørgsmålet om tilstedeværelsen heraf.

Indledningsvis må man være opmærksom på, at muligheden for at påberåbe sig objektive hensyn er begrænset af et almindeligt *proportionalitetsprincip*. Kommissionen henviste hertil i Tetra Pak II-afgørelsen: ”*The proportionality rule excludes the use of restrictive practices where these are not indispensable.*”¹³⁹. Kommissionen har nu også i Vejledningens pkt. 28 meddelt at man vil ”(...) undersøge, om den pågældende adfærd er absolut nødvendig og står i forhold til den dominerende virksomheds påståede målsætning.”

Proportionalitetsprincippet under art. 102 fortolkes almindeligvis som et krav om at adfærd skal være både *egnet til* og *nødvendig* for at opnå hvad praksis betragter som et anerkendelsesværdigt formål, og at

¹³⁶ Problemstillingen er diskuteret i Heide-Jørgensen et al., 2009, s. 631, og Jones & Sufrin, 2008, s. 331 f. og 337 f.

¹³⁷ Cfr. pkt. 28-31.

¹³⁸ Microsoft-dommen, præmis 688 og 1144.

¹³⁹ Betragtning 119, 5. afs.

der derudover skal være *forholdsmæssighed* mellem adfærden og det forfulgte mål.¹⁴⁰ Kommissionen har i Vejledningens pkt. 29 angivet sundheds- og sikkerhedsmæssige hensyn som eksempler på anerkendelsesværdige formål. Generelt kan det siges, at jo mere begrænset konkurrencen er på det pågældende marked, jo større krav stilles der til de objektive hensyn, som virksomheden påberåber sig. Det følger af Tetra Pak II-afgørelsen, hvor Kommissionen bemærkede at proportionalitetsgrundsætningen var så meget desto mere bindende, når konkurrencebegrænsningerne, som det var tilfældet i den foreliggende sag, var særligt alvorlige og gjorde sig gældende på markeder, hvor der selv uden sådanne begrænsninger var en særdeles begrænset konkurrence.¹⁴¹

I både Hilti- og Tetra Pak II-afgørelsen begrundede virksomheden sin adfærd med objektive hensyn, men hverken Kommissionen eller Retten fandt i nogen af sagerne at proportionalitetsprincippet var opfyldt, og fritagelse fra forbuddet i art. 102 blev derfor afvist. I begge sager fandtes der andre måder at varetage de påberåbte hensyn på.

I Hilti-afgørelsen begrundede Hilti sin praksis med *sikkerhedsmæssige hensyn*.

Hilti henviste til, at det særligt for at hindre ulykker var nødvendigt, at brugere af boltepistoler var ordentligt oplært i brugen af boltepistoler og forbrugsgods, at patroner af ringere kvalitet kunne give problemer i forbindelse med affyringen, at brugen af bolte af ringere kvalitet kunne skabe farlige situationer for brugeren eller gøre fastgørelsen upålidelig, at kun fabrikanten af skudmontagesystemer *som helhed* og ikke fabrikanten af enkelte artikler kunne stå inde for sikkerheden og pålideligheden af *systemet*, og endelig at konkurrerende bolte var af ringere kvalitet og farlige.¹⁴²

Kommissionen afviste samtlige af disse hensyn, idet man blandt andet henviste til at der inden for EU fandtes passende sikkerhedskontrol eller -normer.¹⁴³ Kommissionen fandt derudover ikke at virksomhedens handelspraksis udelukkende var begrundet i hensynet til sikkerhed og pålidelighed, men at den i stedet afspejlede en handelsmæssig interesse i at blokere adgangen til markedet for forbrugsgods fremstillet af andre virksomheder end Hilti, eftersom det største udbytte i forbindelse med skudmontagesystemer stammede fra salget af forbrugsgods og ikke salget af boltepistoler. Endelig påpegede Kommissionen også, at hvor at en virksomhed var bekymret for sikkerheden omkring dens produkter, så var det ikke en adgang til at gribe til metoder, som var omfattet af art. 102. Hilti burde i stedet have søgt de øvrige legitime og normalt mere effektive måder hvorpå sådanne bekymringer kunne håndteres på.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Rousseva, 2007, s. 383, og Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 631 f.

¹⁴¹ Betragtning 119, 5. afs.

¹⁴² Betragtning 87.

¹⁴³ Betragtning 93.

¹⁴⁴ Betragtning 90.

I Tetra Pak II-afgørelsen påberåbte Tetra Pak sig både *sundheds- og sikkerhedsmæssige hensyn* og hensyn til *produktansvar og virksomhedens omdømme*.¹⁴⁵

Kommissionen afviste dog også i denne sag samtlige de af Tetra Pak påberåbte hensyn, idet man blandt andet henviste til at der var tale om problemer som opstod i enhver produktion, hvor der anvendtes udstyr og tilbehør fra forskellige producenter, og som generelt havde konsekvenser for den offentlige sundhed, når fødevarer eller produkter, der kunne berøre den offentlige sundhed, var involveret. Der fandtes igen ifølge Kommissionen både de fornødne tekniske løsninger til løsning af sådanne problemer og en lovgivningsmæssig ramme.¹⁴⁶

Retten gav Kommissionen medhold i begge sager.

I Hilti-dommen lagde Retten blandt andet lagde vægt på, at Hilti "(...) *ikke på noget tidspunkt i løbet af den relevante periode henvendte sig til Det Forenede Kongeriges myndigheder med anmodning om at få fastslået, at det var farligt at anvende intervenienternes bolte i Hilti's produkter.*"¹⁴⁷, og at det eneste argument Hilti havde anført som forklaring på herpå var, at det i højere grad ville have skadet klagernes interesser end den adfærd, som Hilti faktisk havde udvist. Retten slog derefter fast, at når der fandtes de fornødne lovbestemmelser samt myndigheder med kompetence til at håndhæve disse, så tilkom det klart ikke en virksomhed med en dominerende stilling at træffe foranstaltninger på eget initiativ med henblik på at udelukke produkter, som virksomhedens anså for farlige eller blot en ringere kvalitet end virksomhedens egne produkter. Endelig påpegede Retten, at gennemslagskraften af EU's konkurrenceregler ville blive bragt i fare, såfremt man gav en virksomheds egen fortolkning af nationale produktansvarsregler forrang for fællesskabsbestemmelser.¹⁴⁸

I Tetra Pak II-dommen gentog Retten med henvisning til præmis 118 i Hilti-dommen, at det klart ikke tilkom en dominerende virksomhed på eget initiativ at træffe foranstaltninger med henblik på at udelukke produkter, som virksomheden anså for farlige eller i hvert fald for at være af en ringere kvalitet end virksomhedens egne produkter, hvad enten det var med rette eller urette.¹⁴⁹ Herefter slog Retten fast, at Tetra Pak både kunne varetage driftssikkerheden og overholde sundhedsmæssige normer ved at meddele brugerne af maskinerne alle tekniske specifikationer vedrørende de kartoner, der skulle anvendes i maskinerne, uden at det ville berøre Tetra Paks industrielle og kommercielle ejendomsret, og at "*Såfremt det måtte antages, at selve brugen af kartoner af et andet mærke på Tetra Paks maskiner ville kunne udgøre en fare,*

¹⁴⁵ Betragtning 118.

¹⁴⁶ Betragtning 119, 5. afs.

¹⁴⁷ Præmis 115.

¹⁴⁸ Præmis 115-119.

¹⁴⁹ Præmis 83, 84 og 138.

ville det påhvile sagsøgeren at benytte de muligheder, som de forskellige medlemsstaters nationale lovgivning giver herom.”¹⁵⁰

På baggrund heraf kan det konkluderes, at uanset at praksis har anerkendt en mulighed for fritagelse på grundlag af sundheds- og sikkerhedsmæssige hensyn, så har det reelt været nærmest umuligt for den dominerende virksomhed at løfte bevisbyrden herfor. Det er derfor tvivlsomt om sådanne hensyn reelt nogensinde vil kunne begrunde en fritagelse fra art. 102, og i så fald hvornår.¹⁵¹

Kommissionens har i Vejledningens pkt. 29 henvist til praksis fra Hilti-dommen og Tetra Pak II-dommen vedrørende muligheden for at påberåbe sig sikkerheds- og sundhedsmæssige hensyn. Intet tyder således på at Kommissionen med offentliggørelsen af Vejledningen har lempet mulighederne for at opnå fritagelse på grundlag af sådanne hensyn.

Det er blevet kritiseret at Kommissionen i Vejledningen ikke valgte at uddybe mulighederne for at opnå fritagelse på grundlag af sundheds- og sikkerhedsmæssige hensyn, men alene gentog retspraksis.¹⁵² Ved at henvise til praksis fra Hilti- og Tetra Pak II-dommen, valgte Kommissionen at holde døren åben for at ekskluderende misbrug kan begrundes med henvisning til sundheds- og sikkerhedsmæssige hensyn, men samtidig anerkendte man også, at det påhviler de offentlige myndigheder at fastsætte og håndhæve offentlige standarder på dette område. Hvorvidt det er ensbetydende med, at det i intet tilfælde tilkommer den dominerende virksomhed at varetage sundheds- og sikkerhedsmæssige hensyn, eller det blot er udelukket at henvise hertil, hvor der er de *fornødne* offentlige standarder på området, er dermed fortsat uklart. Kommissionen har på ingen måde gjort sin politik klar i dette spørgsmål, uanset at det blandt andet var intentionen med moderniseringsprocessen for art. 102, at skabe klare og gennemsigtige regler for både virksomheder og konkurrencemyndigheder.

4.4.3 Effektivitetsgevinster:

Tetra Pak henviste i Tetra Pak II-afgørelsen til at virksomhedens koblingspraksis var begrundet i blandt andet stordriftsfordele og omkostningsreduktioner på både råvare- og distributionssiden.¹⁵³ Kommissionen undlod dog at tage stilling hertil, og efterfølgende påberåbte Tetra Pak sig ikke effektivitetsgevinster over for Retten.

Men i Microsoft-afgørelsen foretog Kommissionen for første gang i en sag om tying og bundling en særskilt vurdering af hvorvidt Microsofts integration af WMP i Windows indebærer effektivitetsgevinster, som opvejede adfærdens ekskluderende virkninger på markedet for multimedieafspillere.

¹⁵⁰ Præmis 139.

¹⁵¹ Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 703.

¹⁵² Rouseva, 2007, s. 418.

¹⁵³ Betragtning 118, 3 afs.

Microsoft henviste over for Kommissionen til en række effektivitetsgevinster, som man mente var forbundet med at koble WMP til Windows. Microsoft gjorde i hovedtræk gældende, at koblingen medførte færre transaktionsomkostninger for forbrugerne, idet det sparede dem for både tid og forvirring, at der på forhånd var installeret et sæt standardløsninger på pc'en, og derudover at koblingen af WMP til Windows skabte en attraktiv platform for indholdsudbydere og softwareudviklere.¹⁵⁴

Kommissionen afviste dog samtlige de af Microsoft påberåbe effektivitetsgevinster og konkluderede i betragtning 970, at Microsoft ikke i tilstrækkeligt omfang havde påvist, at koblingen af Windows og WMP var objektivt begrundet i konkurrencefremmende virkninger, som ville opveje de konkurrenceskadelige virkninger. Afvisningen var hovedsageligt begrundet i, at koblingssalg ikke var en nødvendig forudsætning for at høste de af Microsoft nævnte effektivitetsfordele.

Retten bekræftede efterfølgende i Microsoft-dommen muligheden for at inddrage effektivitetsgevinster i Kommissionens vurdering efter art. 102, men slog fast, at Microsoft ikke havde godtgjort, at virksomhedens adfærd var begrundet i objektive hensyn i form af effektivitetsgevinster.¹⁵⁵

Kommissionen har efterfølgende i Vejledningens pkt. 30 udtrykkeligt anerkendt, at en dominerende virksomhed kan ”*begrunde en adfærd, der medfører en afskærmning af markedet for konkurrenter, med henvisning til effektivitetsgevinster, som er tilstrækkeligt store til at sikre, at forbrugerne ikke vil lide nogen skade.*”

Ifølge Vejledningens pkt. 30, 2. pkt., kræves 4 betingelser opfyldt:

Virksomheden skal bevise, at de påståede effektivitetsgevinster er opnået eller ville kunne opnås som følge af virksomhedens adfærd, at virksomhedens adfærd er nødvendig og det mindst konkurrenceskadelige middel for at opnå effektivitetsgevinsterne, at effektivitetsgevinsterne opvejer de skadelige virkninger på konkurrencen og forbrugernes velfærd, og endelig at adfærden ikke udelukker den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste faktiske eller potentielle konkurrenter. For så vidt angår den sidste betingelse har Kommissionen meddelt, at ekskluderende adfærd, som opretholder, skaber eller styrker en markedsstilling, som nærmer sig et monopol, normalt ikke vil kunne begrundes i effektivitetsgevinster. Det illustrerer at uanset at hovedmålsætningen for art. 102 og konkurrencereglerne generelt i dag er at sikre forbrugervelfærd, så betragtes økonomisk frihed for virksomhederne fortsat som kilden hertil.

Det fremgår klart at de 4 betingelser, som Vejledningens opstiller, er direkte overført fra *art. 101, stk. 3*. Kommissionen har begrundet dette med hensynet til at skabe konvergens mellem art. 101, 102 og reglerne om fusionskontrol.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Betragtning 956-969.

¹⁵⁵ Præmis 859 og 1157.

¹⁵⁶ SPEECH/05/537 af 23. sep. 2005.

Det synes at kunne udledes af ordlyden af Vejledningens pkt. 26 sammenholdt med ordlyden i Diskussionsoplæggets pkt. 77-79, at Kommissionen betragter muligheden for at begrunde en adfærd i hhv. objektive hensyn og effektivitetsgevinster som *to særskilte fritagelsesmuligheder*. Hvor objektive begrundelser er kendetegnet ved at være forhold uden for virksomhedens kontrol, som gælder ens for alle virksomheder, så er effektivitetsgevinster netop ikke objektive, men vedrører kun den pågældende virksomhed.¹⁵⁷ Dermed har Kommissionen valgt ikke at udvide området for objektive begrundelser til også at omfatte effektivitetsgevinster, men har i stedet skabt en *selvstændig fritagelsesmulighed* baseret på art. 101, stk. 3.

Kommissionen har derved tilsyneladende fraveget retspraksis, der tidligere har afvist at art. 101, stk. 3 kunne finde anvendelse på aftaler, der udgjorde et misbrug af dominerende stilling, jf. Tetra Pak I-dommen¹⁵⁸ og Atlantic Container Line-dommen¹⁵⁹. Kommissionen har også i pkt. 106 i retningslinjerne for art. 81, stk. 3¹⁶⁰ med henvisning til retspraksis også meddelt, at ”*Eftersom både artikel [101] og artikel [102] tager sigte på at bevare en effektiv konkurrence på markedet, er det logisk, at bestemmelserne i artikel [101], stk. 3, skal fortolkes således, at de udelukker anvendelse af undtagelsesbestemmelsen på konkurrencebegrænsende aftaler, der udgør et misbrug af dominerende stilling.*” I *Decca Navigator-afgørelsen*¹⁶¹ afviste Kommissionen således også at de pågældende aftaler kunne fritages efter art. 101, stk. 1, da de udgjorde et misbrug af dominerende stilling efter art. 102.¹⁶² Det skal dog bemærkes at spørgsmålet aldrig har været prøvet af Domstolen for så vidt angår rent ensidig adfærd, der ikke er omfattet af art. 101.

Kommissionen har givet udtryk for, at uanset at art. 102 ikke ligesom art. 101 indeholder en udtrykkelig mulighed for at fritage misbrugsadfærd med henvisning til effektivitetsgevinster, så har man fundet det nødvendigt at kunne inkludere en sådan i vurderingen efter art. 102.¹⁶³

Der kan argumenteres for både fordele og ulemper ved en ”art. 102, stk. 3”. Anerkender man ikke en sådan mulighed i praksis, så vil der, som udtrykt af Kommissionen, opstå divergens mellem art. 101 og art. 102. Omvendt må man også holde sig for øje at art. 102 i modsætning til art. 101, stk. 3 netop ikke indeholder en fritagelsesmulighed.¹⁶⁴

Hvorvidt retspraksis vil acceptere muligheden for et efficiensforsvar under art. 102 bygget på art. 101, stk. 3, er det endnu ikke muligt at sige noget om. Som ovenfor nævnt, anerkendte Retten i Microsoft-dommen muligheden for at inddrage konkurrencefremmende effektivitetsgevinster i Kommissionens vurdering,

¹⁵⁷ Rouseva, 2007, s. 421 f.

¹⁵⁸ Rettens dom af 10. juli 1990 i sag T-51/89, Tetra Pak Rausing SA mod Kommissionen, præmis 28.

¹⁵⁹ Rettens dom af 30. sep. 2003 i de forenede sager T-191/98, T-212/98 og T-214/98, Atlantic Container m.fl., præmis 1456.

¹⁶⁰ Meddelelse fra Kommissionen: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3.*

¹⁶¹ Kommissionens beslutning af 21. dec. 1988 i sag IV/30.979 og 31.394, Decca Navigator System.

¹⁶² Betragtning 122.

¹⁶³ SPEECH/05/537 af 23. sep. 2005, s. 5.

¹⁶⁴ Rouseva, 2007, s. 382.

men behandlede dog disse som objektive hensyn. Der kan derfor ikke konkluderes noget ud fra denne dom, om hvordan retspraksis fremover vil forholde sig til spørgsmålet om en ”art. 102, stk. 3”.

For så vidt angår misbrug af dominerende stilling i form af tying eller bundling har Kommissionen i Vejledningens pkt. 62 meddelt, at Kommissionen vil undersøge om virksomhedens praksis indebærer lavere produktions-, distributions- eller transaktionsomkostninger til gavn for forbrugerne. For så vidt angår teknisk tying har Kommissionen meddelt, at man evt. også vil undersøge om adfærden forbedrer virksomhedens muligheder for at markedsføre det integrerede produkt til gavn for forbrugerne. Endelig har Kommissionen meddelt, at man evt. vil undersøge om koblingssalget giver virksomheden mulighed for at lade stordriftsfordele komme forbrugerne til gode.

I Diskussionsoplæggets pkt. 205 tilkendegav Kommissionen, at man anså det som mere sandsynligt at teknisk tying ville kunne opfylde betingelserne for et efficiensforsvar end kontraktuel tying og bundling, men dette synspunkt er ikke overført til Vejledningen.

5. Kommissions tilgang til tying og bundling under art. 102 fremover:

Der er ovenfor blevet redegjort for hvornår tying og bundling efter Kommissionens og Domstolens praksis er blevet anset for omfattet af art. 102, og hvilke ændringer Microsoft-afgørelsen og offentliggørelsen af Vejledningen har medført for Kommissionens tilgang til en sådan adfærd. I dette afsnit vil det nærmere blive diskuteret hvordan Kommissionens tilgang til tying og bundling vil kunne forventes at udforme sig *fremover*.

Indledningsvis skal det nævnes, at da Microsoft-afgørelsen fortsat er den eneste sag om koblingssalg under art. 102, hvor Kommissionen har truffet en formel afgørelse på grundlag af anvendelse af den effektbaserede tilgang, er grundlaget for en vurdering af Kommissionens anvendelse af den effektbaserede tilgang i forhold til tying og bundling fortsat ganske begrænset. Idet Explorer-sagen blev afsluttet forligsmæssigt uden en formel afgørelse, er det begrænset hvad der kan udledes af denne sag om Kommissionens anvendelse af den effektbaserede tilgang i forhold til koblingssalg.

Når Vejledningens fremtidige betydning for Kommissionens håndhævelsespolitik skal vurderes, må man først og fremmest være opmærksom på, at Vejledningen alene er udtryk for Kommissionens *prioriteringer* mht. hvornår man vil indlede anvende art. 102.¹⁶⁵ Der er altså ikke tale om egentlige retningslinjer. Det skal naturligvis ses i sammenhæng med, at det er Domstolen og ikke Kommissionen, der fastlægger rets-

¹⁶⁵ Jf. Vejledningens pkt. 2.

praksis i EU. Kommissionen har ikke nogen mulighed for at pålægge virksomheder eller nationale konkurrencemyndigheder og domstole at efterleve Vejledningen. Det kom også til udtryk i Generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i British Airways-sagen, hvor generaladvokaten i pkt. 28 udtalte, at enhver ændring i Kommissionen tilgang til artikel [102] kun kan have fremadrettede virkninger, samt at uanset at Kommissionen ændrer sin praksis, så vil den fortsat skulle udøve sin kompetence inden for de rammer, der er sat for den af artikel [102], som denne fortolkes af Domstolen.¹⁶⁶ Det er værd at bemærke, at generaladvokatens forslag blev afgivet 23. februar 2006, dvs. efter at Kommissionen havde påbegyndt moderniseringsprocessen og i december 2005 offentliggjort Diskussionsoplægget.

Det følger således også udtrykkeligt af Vejledningens pkt. 3, at den *ikke* fastlægger gældende ret, og at de retningslinjer som gives, fortsat er underlagt Domstolens fortolkning af art. 102. Kommissionens tilkendegav også undervejs i moderniseringsprocessen, at intentionen med denne ikke var at foretage et radikalt skifte i håndhævespolitikken, men alene at *udvikle og forklare* de allerede eksisterende teorier om konkurrenceskadelige virkninger for de hyppigst forekommende former for misbrug efter art. 102.¹⁶⁷

For succesfuldt at kunne gennemføre det ønskede paradigmeskifte, var det ganske enkelt nødvendigt at Kommissionen ikke foretog sådanne radikale skift i sin håndhævespolitik, for efterfølgende at kunne få Domstolens accept af de foretagne ændringer.

Om Retten og Domstolen vil vælge at tage den effektbaserede tilgang til sig, er endnu ikke afklaret. Microsoft-dommen kan dog antyde noget herom.

Retten havde i Microsoft-dommen anledning til at tage stilling til den effektbaserede tilgang, som Kommissionen havde anvendt til Microsofts koblingspraksis. Det må derfor nærmere vurderes, om Retten tog den effektbaserede tilgang til sig, eller om man valgte at holde fast i en per se-tilgang. Tilsyneladende valgte Retten det sidste.

I forbindelse med behandlingen af spørgsmålet om tilstedeværelse af konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger slog Retten fast, at det *i sig selv var tilstrækkeligt* for at anse kravet herom for opfyldt, at Kommissionen havde godtgjort, at Microsoft med sin adfærd sikrede WMP en allestedsnærværelse på højde med Windows og dermed en konkurrencemæssig fordel, som ikke kunne opvejes af andre mulige distributionskanaler.¹⁶⁸ Det var derfor ifølge Retten ikke nødvendigt nærmere at undersøge, hvorvidt Microsoft ved at sikre WMP denne konkurrencemæssige fordel udelukkede konkurrencen på markedet for multimedieafspillere. Det endda selv om Retten anerkendte, at flere computerproducenter fortsatte med at præinstallere konkurrerende multimedieafspillere, og at antallet af multimedieafspillere og det omfang

¹⁶⁶ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Juliane Kokott, fremsat 23. feb. 2006 i sag C-95/04 P, British Airways plc mod Kommissionen.

¹⁶⁷ SPEECH/05/537 af 23. sep. 2005, s. 2.

¹⁶⁸ Præmis 1054-1058.

hvori forbrugerne anvendte mere end én af sådanne var stigende.¹⁶⁹ Retten foretog dog alligevel en kort undersøgelse af de øvrige to led i Kommissionens vurdering af udelukkelsesvirkninger, der vedrørte tilstedeværelsen af indirekte netværksvirkninger samt konstateringen af aktuelle konkurrenceskadelige virkninger.

Dermed afveg Retten tilsyneladende fra at anvende en effektbaseret tilgang i den konkrete sag, og lagde i stedet i overensstemmelse med den traditionelle formbaserede tilgang afgørende vægt på, at Microsofts praksis påvirkede konkurrencestrukturen og ikke på hvorvidt konkurrenceprocessen var skadet.¹⁷⁰ I præmis 1054 slog Retten således også fast, at: "(...) Kommissionen i vurderingen (...) i fornødent har godtgjort at koblingssalget af Windows og Windows Media Player (...) uundgåeligt havde betydelige følger for konkurrencestrukturen." [min fremhævnings]. Konkurrerende producenter af multimedieafspillere havde ikke som WMP mulighed for at være eneste installerede afspiller, og Microsofts praksis havde derfor konkurrenceskadelige udelukkelsesvirkninger på markedet for multimedieafspillere.

I det Kommissionen er bundet af Domstolens praksis, er der i hvert fald en *sandsynlighed* for at Retten ved tilsyneladende at have afvejet fra at anvende en effektbaseret tilgang i den konkrete sag, vil have påvirket omfanget af Kommissionens anvendelse af den effektbaserede tilgang fremover i negativ retning.¹⁷¹ Flere forfattere har dog omvendt også ytret en forventning om, at Retten med tiden vil vælge at tiltræde Kommissionens ønske om en modernisering af art. 102, og dermed tage den effektbaserede tilgang til sig.¹⁷²

Det er dog ikke kun retspraksis, der vil kunne påvirke succesen af Vejledningen negativt. Det vil Kommissionens egen praksis naturligvis også.

Den effektbaserede tilgang må forventes at være mere *ressourcekrævende* end den formbaserede, og det kan muligvis medføre en risiko for, at Kommissionen lejlighedsvis vil falde for fristelsen til ikke at foretage en særskilt analyse af virkningerne af den foreliggende praksis, men alene formode at betingelsen om konkurrenceskadelige virkninger er opfyldt.¹⁷³ Det taler herfor, at Kommissionen i Vejledningens pkt. 22 udtrykkeligt forbeholdt sig retten til i visse tilfælde ikke at foretage en detaljeret vurdering af hvorvidt den pågældende adfærd vil have skadelige virkninger for forbrugervelfærden.

Det er i den forbindelse også blevet påpeget, at den effektbaserede tilgang går langt ud over hvad Domstolen bevismæssigt kræver for at anse en adfærd for omfattet af art. 102.¹⁷⁴ Domstolen har netop kun krævet

¹⁶⁹ Præmis 1055.

¹⁷⁰ Ahlborn & Evans, 2004, særligt s. 905 ff.

¹⁷¹ Ibid., s. 928.

¹⁷² Ibid., s. 929, og Heide-Jørgensen, et al., 2009, s. 539.

¹⁷³ Petit, 2009, s. 15

¹⁷⁴ Ibid., s. 16.

anvendelse af en formbaseret tilgang. Samme forfatter har dog også argumenteret for, at det også må forventes at Kommissionen som følge af forordning 1/2003 vil udvise forsigtighed med i for vidt omfang at anvende den formbaserede tilgang, idet det eventuelt vil kunne kun starte en ”snebold-effekt” hos de nationale konkurrencemyndigheder og domstole.¹⁷⁵ Uanset at Kommissionen har forbeholdt sig retten til i et vist omfang at kunne formode, at den pågældende virksomheds adfærd har konkurrenceskadelige virkninger, så kan der altså argumenteres for at mulighederne herfor i praksis er begrænsede.

Endelig er det blevet påpeget, at Kommissionen ikke har haft mulighed for at ”prøvekøre” den effektbaserede tilgang inden man offentliggjorde Vejledningen, på samme måde som man ville have kunnet markedsføre en vare eller en tjenesteydelse. Godt nok havde man forinden anvendt tilgangen i Wanadoo-¹⁷⁶, Microsoft- og Telefónica-afgørelsen¹⁷⁷, men dermed også kun i et ganske begrænset omfang og vedrørende forskellige former for adfærd. Man vil nok vanskeligt kunne udlede noget generelt om hensigtsmæssigheden af den effektbaserede tilgang på baggrund af et så snævert grundlag.¹⁷⁸ Hvor hensigtsmæssig den effektbaserede tilgang egentlig er, må forventes først at vise i fremtidig kommissionspraksis.

6. Konklusion:

Tying og bundling er en allestedsnærværende forretningspraksis, som udøves af såvel dominerende som ikke-dominerende virksomheder.

Hvor adfærd udøves af en dominerende virksomhed, vil det ifølge Kommissionens og Domstolens praksis udgøre et misbrug efter art. 102, hvis virksomheden direkte eller indirekte tvinger forbrugerne til at erhverve hvad der kan betegnes som særskilte produkter, og adfærd har aktuelle eller potentielle konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger på det bundne eller det bindende marked eller begge markeder.

Særligt betingelsen om særskilte produkter har været omdiskuteret, og den har i relation til teknisk tying på højteknologiske markeder vist sig at være vanskeligt at anvende, som følge af den ofte hurtige og innovative udvikling på disse markeder.

Uanset at art. 102 ikke indeholder en fritagelsesmulighed svarende til art. 101, stk. 3, har praksis dog anerkendt en mulighed for fritagelse, hvor virksomheden har kunnet påvise, at adfærd er objektivt begrundet. Der er dog ingen eksempler fra praksis på fritagelse af en koblingspraksis, og Kommissionen har ikke i Vejledningen tilkendegivet at ville udvide mulighederne for fritagelse på grundlag af objektive hensyn.

¹⁷⁵ Ibid., s. 18 f.

¹⁷⁶ Kommissionens beslutning af 16. juli 2003 i sag COMP/38.233, Wanadoo Interactive.

¹⁷⁷ Kommissionens beslutning af 4. juli 2007 i sag COMP/38.784, Wanadoo España mod Telefónica.

¹⁷⁸ Petit, 2009, s. 15.

Kommissionen og Domstolen har hidtil anset tying og bundling for at udgøre et misbrug af dominerende stilling i sig selv, og har derfor ikke nærmere vurderet de reelle konkurrencemæssige virkninger af den pågældende praksis.

En sådan tilgang er ikke i overensstemmelse med den herskende økonomiske teori om tying og bundling, der har påvist at koblingssalg ofte indebærer effektivitetsgevinster til fordel for forbrugerne. Den økonomiske teori har dog ikke afvist, at tying og bundling i visse tilfælde kan have konkurrenceskadelige virkninger, og der er derfor blevet argumenteret for anvendelse af en rule of reason tilgang, hvor virkningerne af den pågældende adfærd særskilt vurderes.

Da Kommissionen i det nye årtusinde påbegyndte sin modernisering af art. 102 var målet hermed blandt andet i højere grad at bringe Kommissionens håndhævelsespolitik for art. 102 i overensstemmelse med økonomisk teori. Man foretog derfor med Vejledningen et paradigmeskifte fra en formbaseret tilgang til en effektbaseret tilgang og meddelte, at man fremover særskilt ville vurdere virkningerne af den foreliggende adfærd.

For tying og bundling har paradigmeskiftet betydet, at Kommissionen nu anerkender at en sådan adfærd udgør en allestedsnærværende forretningspraksis, som kan indebære effektivitetsgevinster til fordel for forbrugerne.

For så vidt angår blandet bundling, fremgår det af Vejledningen, at Kommissionen fremover vil behandle denne form for koblingssalg som en prisbaseret adfærd, og derfor vil anvende en omkostningsbaseret test, som led i vurderingen af adfærdens konkurrencemæssige virkninger. Kommissionens håndhævelsesprincipper fremstår dermed nu klarere for blandet bundling end for de øvrige former for koblingssalg. ”Lige så effektiv”-testen har dog endnu ikke været anvendt i praksis i forhold til blandet bundling, men det må forventes at Kommissionens behandling heraf fremover vil komme til at adskille sig fra behandlingen af tying og ren bundling i et vist omfang.

Med Vejledningen har Kommissionen endelig også givet virksomhederne mulighed for at kunne opnå fritagelse fra forbuddet i art. 102 på grundlag af et efficiensforsvar baseret på art. 101, stk. 3. Kommissionen har dermed tilsyneladende foretaget en egentlig nyskabelse, da retspraksis ikke tidligere har anerkendt en mulighed for et efficiensforsvar under art. 102 baseret på art. 101, stk. 3.

Kommissionen havde allerede forinden offentliggørelsen af Vejledningen anvendt den effektbaserede tilgang i Microsoft-afgørelsen fra 2004, og havde således i sagen både undersøgt om Microsofts praksis reelt havde aktuelle eller potentielle konkurrenceskadelige ekskluderende virkninger, og om disse blev opvejet af effektivitetsgevinster. Kommissionen fandt på baggrund af sin undersøgelse, at Microsofts ad-

færd havde konkurrenceskadelige virkninger, som ikke blev opvejet af konkurrencefremmende effektivitetsgevinster, og Retten fastholdt efterfølgende denne afgørelse.

Microsoft-afgørelsen er efterfølgende blevet kraftigt kritiseret af en række jurister og økonomer, både for så vidt angik Kommissionens tilgang til Microsofts praksis og valget af løsningsmodel. Kommissionen har dog tilsyneladende ikke taget kritikken af den anvendte tilgang til sig, idet man efterfølgende anvendte den samme tilgang i Explorerer-sagen, der indholdsmæssigt lå tæt op ad Microsoft-afgørelsen. Men for så vidt angik valget af løsningsmodel, så har Kommissionen tilsyneladende anerkendt, at den forpligtelse man pålagde Microsoft i Microsoft-afgørelsen ikke var hensigtsmæssig, og man valgte derfor en anden løsningsmodel i Explorerer-sagen.

Idet Microsoft-sagen fortsat er den eneste sag om koblingssalg under art. 102, hvor Kommissionen har truffet en formel afgørelse efter at have anvendt den effektbaserede tilgang, er det ikke muligt at drage nogen konklusioner herudfra, om i hvilket omfang Kommissionen vil kunne forventes at anvende den effektbaserede tilgang fremover. Hvorvidt Vejledningen, og dermed den effektbaserede tilgang, vil blive en succes fremover afhænger både af i hvilket omfang Retten og Domstolen vælger at tage denne tilgang til sig og anvende den, og ikke mindst i hvilket omfang Kommissionen selv vil anvende den. Svaret vil altså afhænge af både Kommissionens og Domstolens fremtidige praksis.

Retten afholdte sig tilsyneladende fra at anvende den effektbaserede tilgang i Microsoft-dommen og anvendte i stedet den traditionelle formbaserede tilgang. Det vil måske kunne påvirke Kommissionens fremtidige anvendelse af den effektbaserede tilgang i negativ retning.

Det samme vil Kommissionens egen praksis dog også kunne gøre, som følge af at den effektbaserede tilgang må formodes at være mere ressourcekrævende samt det udtrykkelige forbehold, Kommissionen har taget i Vejledningens pkt. 22 for i visse tilfælde også fremover at kunne anvende en formbaseret tilgang. I modsat retning trækker dog hensynet til at skabe overensstemmelse mellem Kommissionens praksis og national konkurrenceret.

Kommissionen offentliggjorde 26. juli 2010, at man nu har indledt en formel procedure mod IBM om misbrug af dominerende stilling efter art. 102 i form af teknisk tying af "mainframe"-hardware til virksomhedens dominerende "mainframe"-operativsystem. Derved frygtes det at IBM til skade for konkurrencen har udelukket leverandører af ikke-IBM hardware fra markedet.¹⁷⁹ Denne sag vil måske kunne medvirke til at belyse i hvilket omfang Kommissionen fremover vil anvende den effektbaserede tilgang i relation til tying og bundling, og hvorvidt Domstolen vil tage denne tilgang til sig.

¹⁷⁹ IP/10/1006 af 26. juli 2010.

LITTERATURLISTE:

Bøger:

- Bishop & Walker: Bishop, Simon & Walker, Mike: *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2. ed, London: Sweet & Maxwell Ltd, 2002.
- Mosso, et al: Mosso, Carles Estava; et al. I: Faull, Jonathan & Nikpay, Ali (eds.): *The EC Law of Competition*, 2. ed, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Heide-Jørgensen, et al: Heide-Jørgensen, Caroline; et al: *Konkurrenceretten i EU*, 3. udg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009.
- Jones & Sufrin: Jones, Alison & Sufrin, Brenda: *EC Competition Law – Text, Cases, and Materials*, 3. ed, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Langer: Langer, Jurian: A Four-step Test to Assess the Exclusionary Effects of Bundling under Article 82 EC. I: Amato, Giuliano & Ehlermann, Claus Dieter (eds.): *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.
- Monti: Monti, Giorgio: *EC Competition Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- O'Donoghue & Padilla: O'Donoghue, Robert & Padilla, A. Jorge: *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.
- Rousseva: Rousseva, Ekatarina: Objective Justification and Article 82 EC in the Era of Modernisation. I: Amato, Giuliano & Ehlermann, Claus Dieter (eds.): *EC Competition Law – A Critical Assessment*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.
- Whish: Whish, Richard: *Competition Law*, 6. ed, Oxford: Oxford University Press, 2009.

Artikler:

- Ahlborn & Evans: Ahlborn, Christian & Evans, David S.: The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe, *Anti-trust Law Journal*, Volume 75, 2008-2009, p. 887. Tilgængelig på www.heinonline.org.
- Ahlborn, Evans & Padilla: Ahlborn, Christian; S. Evans, David & Padilla, Jorge: The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality, *The Antitrust Bulletin*, Volume 49, Issue 1/2, Spring-Summer 2004, p. 287. Tilgængelig på www.heinonline.org.

- Andreangeli: Andreangeli, Arianna: Case T-201/04, Microsoft v. Commission, Judgment of the Grand Chamber of the Court of First Instance of 17 September 2007, *Common Market Law Review*, Volume 45, Issue 3, 2008, p. 863. Tilgængelig på www.kluwerlawonline.com.
- Art & McCurdy: Art, Jean-Yves & v. S. McCurdy, Gregory: The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure, *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell Ltd., 2004, p. 694.
- Ayres & Nalebuff: Ayres, Ian & Nalebuff, Barry: Going Soft on Microsoft? The EU's Antitrust Case and Remedy, *The Economists' Voice*, Volume 2, issue 2, Article 4, 2005. Tilgængelig på: www.bepress.com/ev/vol2/iss2/art4.
- Dolmans & Graf: Dolmans, Maurits & Graf, Thomas: Analysis of Tying under Article 82 EC: The European Commission's Microsoft Decision in Perspective, *World Competition*, Volume 27, issue 2, 2004, p. 225. Tilgængelig på: www.kluwerlawonline.com.
- Evans & Padilla: Evans, David S. & Jorge A. Padilla: Tying under Article 82 EC and the Microsoft Decision – A Comment on Dolmans and Graf, *World Competition*, Volume 27, issue 4, 2004, Kluwer Law International, p. 503. Tilgængelig på: www.kluwerlawonline.com.
- Evans, Padilla og Polo: Evans, David S.; Padilla, Jorge A. & Polo, Michele: Tying in Platform Software: Reasons for a Rule-of-Reason Standard in European Competition Law, *World Competition*, Volume 25, Issue 4, 2002, Kluwer Law International, p. 509. Tilgængelig på www.kluwerlawonline.com.
- Papandropoulos: Papandropoulos, Penelope: Implementing an Effects-based Approach under Article 82, *Concurrences*, N° 1-2008. Tilgængelig på: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/publications.html> (sidst besøgt 1. august 2010).
- Peeperkorn: Peepkorn, Luc: Commission publishes Discussion Paper on Abuse of Dominance, *Competition Policy Newsletter*, Issue 1, 2006, p. 4. Tilgængelig på www.kluwerlawonline.com.
- Petit: Petit, Nicolas: From Formalism to Effects? – The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, July 8, 2009, *World Competition: Law and Economics Review*, Forthcoming. Tilgængelig på: <http://ssrn.com/abstract=1476082> (sidst besøgt 1. august 2010).

Taler:

Fletcher: Speech at the Competition Law Forum in Brussels by Dr. Amelia Fletcher, Chief Economist, Office of Fair Trading: *The reform of Article 82: recommendations on key policy objectives*, 15 March 2005, Office of Fair Trading. Tilgængelig på: <http://www.oft.gov.uk/news-and-updates/speeches/2005/0205> (sidst besøgt 1. august 2010).

Internetartikler:

Heiner: *Microsoft on the Issues: Working to Fulfill our Legal Obligations in Europe for Windows 7*, June 11 2009. Tilgængelig på http://blogs.technet.com/b/microsoft_on_the_issues/archive/2009/06/11/working-to-fulfill-our-legal-obligations-in-europe-for-windows-7.aspx (sidst besøgt 1. august 2010).

Pressemeddelelser:

News Press Release: *Microsoft to Release Windows XP Home Edition N and Windows XP Professional N in Europe*, June 8 2005. Tilgængelig på: <http://www.microsoft.com/presspass/press/2005/jun05/06-08XPNEuropePR.msp> (sidst besøgt 1. august 2010).

OFFENTLIGGJORT MATERIALE FRA KOMMISSIONEN:

Pressemeddelelser:

- IP/08/1877 af 3. december 2008: *Antitrust: Consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings.*
- IP/03/1150 af 6. august 2003: *Kommissionen giver Microsoft en sidste mulighed for at fremsætte sine bemærkninger, før den afslutter sin antitrust-undersøgelse.*
- IP/09/1941 af 16. december 2009: *Konkurrence: Kommissionen accepterer Microsofts tilsagn om at give pc-brugerne frit browservalg.*
- IP/10/216 af 2 marts 2010: *Antitrust: Commission welcomes Microsoft's roll-out of web browser choice.*
- IP/10/1006 af 26. juli 2010: *Antitrust: Commission initiates formal investigations against IBM in two cases of suspected abuse of dominant market position.*

Alle Kommissionens pressemeddelelser er tilgængelig på: www.europa.eu/rapid (sidst besøgt 1. august 2010).

Taler:

- News Release nr. 47/04 af 24. marts 2004: *Microsoft: Statement by EU Commissioner Mario Monti*. Tilgængelig på: www.eurunion.org/news/press/2004/20040047.htm. (sidst besøgt 1. august 2010).
- Fordham Corporate Law Institute, Thirtieth annual conference on international antitrust law and policy: *Speech delivered by Philip Lowe at the Fordham antitrust conference in Washington, 23. oktober 2003*. Tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_2003.html (sidst besøgt 1. august 2010).
- SPEECH/05/537 af 23. September 2005: Neelie Kroes: *Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82*. www.europa.eu/rapid (sidst besøgt 1. august 2010).
- SPEECH/08/457 af 25. September 2008: Neelie Kroes: *Exclusionary abuses of dominance – the European Commission’s enforcement Priorities*. Tilgængelig på: www.europa.eu/rapid (sidst besøgt 1. august 2010).

Uofficielle meddelelser:

- MEMO/08/761 af 3. december 2008: *Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions*.
- MEMO/09/272 af 12. juni 2009: *Antitrust: Commission statement on Microsoft Internet Explorer announcement*.

Alle er tilgængelige på www.europa.eu/rapid (sidst besøgt 1. august 2010).

Rapporter:

EAGCP-rapporten: Report by the EAGCP: *An economic approach to Article 82*, juli 2005.
Tilgængelig på:
http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf
(sidst besøgt 1. august 2010).

Andet:

Diskussionsoplægget: *DG Competition Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*, December 2005. Tilgængelig på:
<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (sidst besøgt 1. august 2010).

LOVGIVNING:

Primær lovgivning:

EUFT: Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde (2010/C 83/01).

Sekundær lovgivning:

Retningslinjerne for art. 81, stk. 3:

Meddelelse fra Kommissionen: *Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3* (2004/C 101/08).

Vejledningen:

Meddelelse fra Kommissionen: *Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens artikel 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd* (2009/C 45/02). Tilgængelig på: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/> (sidst besøgt 1. august 2010).

SAGER FRA KOMMISSIONEN OG DOMSTOLEN:

Afgørelser fra Kommissionen:

Hilti-afgørelsen: Kommissionens beslutning af 22. december 1987 i sag IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mod Hilti.

British Sugar-afgørelsen: Kommissionens beslutning af 18. juli 1988 i sag IV/30.178, Napier Brown – British Sugar.

Decca Navigator-afgørelsen:

Kommissionens beslutning af 21. december 1988 i sag IV/30.979 og 31.394, Decca Navigator System

Tetra Pak II-afgørelsen: Kommissionens beslutning af 24. juli 1991 i sag IV/31.043, Tetra Pak II.

Wanadoo-afgørelsen: Kommissionens beslutning af 16. juli 2003 i sag COMP/38.233, Wanadoo Interactive.

Microsoft-afgørelsen: Kommissionens beslutning af 24. marts 2004 i sag COMP/C-3/37.792, Microsoft.

Telefónica-afgørelsen: Kommissionens beslutning af 4. juli 2007 i sag COMP/38.784, Wanadoo España mod Telefónica.

Sager fra Kommissionen afsluttet uden formel afgørelse:

- IBM-sagen: Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber: *Fjortende Beretning om Konkurrencepolitikken (Beretning udgivet i tilslutning til »Attende Almindelige Beretning om De europæiske Fællesskabers Virksomhed, 1984«)*, Luxembourg: Kontoret for De europæiske Fællesskabers officielle Publikationer, 1985. Tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html (sidst besøgt 19. juli 2010).
- Coca Cola Italia-sagen: Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber: *Nittende Beretning om Konkurrencepolitikken (Beretning udgivet i tilslutning til »XXIII Almindelige Beretning om De Europæiske Fællesskabers Virksomhed, 1989«)*, Luxembourg: Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, 1990.
Tilgængelig på:
http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html (sidst besøgt 31. juli 2010).
- Novo Nordisk-sagen: Europa-Kommissionen: *XXVI Beretning om Konkurrencepolitikken, (udgivet i tilslutning til »Almindelige beretning om Den Europæiske Unions virksomhed — 1996«)*, Luxembourg: Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, 1997. Tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html (sidst besøgt 19. juli 2010).
- Explorerer-sagen: Kommissionens beslutning af 16. december 2009 i sag COMP/C-3/39.530, Microsoft (tying). Tilgængelig på: http://ec.europa.eu/competition/anti-trust/cases/dec_docs/39530/39530_2671_3.pdf (sidst besøgt 19. juli 2010).

Domme fra Retten:

- Tetra Pak I-dommen: Rettens dom af 10. juli 1990 i sag T-51/89, Tetra Pak Rausing SA mod Kommissionen.
- Hilti-dommen: Rettens dom af 12. december 1991 i sag T-30/89, Hilti AG mod Kommissionen.
- Tetra Pak II-dommen: Rettens dom af 6. oktober 1994 i sag T-83/91, Tetra Pak International SA mod Kommissionen.
- Atlantic Container
Line-dommen: Rettens af 30. september 2003 i forenede sager T-191/98, T-212/98 og T-214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mod Kommissionen

Michelin II-dommen: Rettens dom af 30. september 2003 i sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen.

Microsoft-dommen: Rettens dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft Corp. mod Kommissionen.

Domme fra Domstolen:

- Domstolens dom af 2. marts 1994 i sag C-53/92 P, Hilti AG mod Kommissionen.
- Domstolens dom af 14. november 1996 i sag C-333/94 P, Tetra Pak International SA mod Kommissionen.

Forslag til afgørelse fra generaladvokaten:

- *Forslag til afgørelse fra generaladvokat Juliane Kokott*, fremsat 23. februar 2006 i sag C-95/04 P, British Airways plc mod Kommissionen.