

Konkurrenceretlig analyse af tying og bundling på baggrund af EU-praksis

Analysis of tying and bundling based on EC competition law

af KRISTIAN PEDERSEN

Specialet skildrer tilgangen til tying og bundling, og indeholder en gennemgang af teoretiske tilgange, incitamenterne bag tying og bundling, de enkelte betingelser herfor samt relevant EU-praksis på området.

Kommissionens vejledning markerer overgangen til en effekt-baseret tilgang i vurderingen af ekskluderende misbrug, herunder tying og bundling, og er derfor en central del af specialet. Der findes dog enkelte levn fra den form-baserede tilgang, og det anbefales derfor, at effektivitetsgevinster behandles i en samlet misbrugsvurdering, frem for at udgøre en begrundelse for et formodet misbrug.

Desuden konkluderes, at Kommissionens mulighed for at undlade en detaljeret vurdering, hvor kombinationssalg udelukkende antages at hindre konkurrencen, må begrænses mest muligt.

Med Vejledningen slås fast, at den relevante omkostningsdækningsstandard for tying og bundling, med enkelte undtagelser, er LRAIC. Undtagelserne medfører imidlertid væsentlige usikkerhedsmomenter, og må suppleres med konkrete retningslinjer.

Microsoft-sagen er ligesom Kommissionens vejledning udtryk for en effekt-baseret tilgang. Dommen tager dog ikke stilling til, om der gælder en særlig tilgang til teknisk tying på innovative markeder. Specialet anbefaler en regel om modificeret per-se lovlighed som middel til ikke at hæmme konkurrencen på sådanne markeder.

The thesis describes the approach to tying and bundling, and includes a review of theoretical approaches, the incentives behind and the requirements related to tying and bundling, and relevant EU case law.

The Commission's Guidance Paper marks the transition to an effect-based approach to the assessment of exclusionary abuses, including tying and bundling, and is therefore a central part of the thesis. However, a few traces from the form-based approach remain, and it is therefore recommended that efficiency motivations are included in a single overall assessment, rather than being a defence for a presumed illegal conduct.

It is also concluded that the Commission's option to make a truncated assessment when tying and bundling is only likely to hinder competition, must be minimized.

The Guidance Paper makes clear that the appropriate cost benchmark for tying and bundling is LRAIC. The exceptions from this, however, add considerable uncertainty and must be supplemented with specific guidelines

The Microsoft case also reflects the effect-based approach. However, the case is no guideline as to whether technological tying in innovative markets should be assessed differently than traditional tying cases. This thesis recommends a modified per-se legality approach as a means to not "chilling" competition in such markets.

1.	Indledning	3
1.1	Problemformulering og specialets struktur.....	4
1.2	Emneafgrænsning.....	4
1.3	Begrebsafgrænsning.....	5
2.	Misbrug af dominerende stilling – art. 102 EU	5
2.1	Afgrænsning af det relevante marked.....	6
2.1.1	Særlige problemstillinger – tying, bundling og eftermarkeder.....	7
2.2	Dominerende stilling.....	8
2.3	Misbrugsbegrebet.....	9
2.4	Samhandelspåvirkning.....	9
3.	Konkurrencelovens § 11	9
4.	De teoretiske tilgangsvinkler	10
5.	Incitamenter for tying og bundling	11
5.1	Effektivitetsgevinster.....	11
5.1.1	Produktions- og distributionsomkostninger.....	11
5.1.2	Transaktionsomkostninger.....	12
5.1.3	Kvalitet og sikkerhed.....	12
5.1.4	Undgå "double marginalisation"	13
5.1.5	Prisdiskrimination.....	14
5.1.6	Opsummering.....	15
5.2	Strategiske begrundelser.....	16
5.2.1	Leveraging.....	16
5.2.2	Beskyttelse af det eksisterende monopol og netværkseffekters betydning for konkurrencen.....	18
6.	Betingelserne for misbrug	19
6.1	Tvang.....	20
6.2	Særskilte produkter.....	20
6.3	Konkurrenceskadelig afskærmning.....	22
6.3.1	De generelle faktorer.....	22
6.3.2	De specifikke faktorer.....	24
6.3.3	Kommentarer.....	25
6.3.4	Prisbaseret ekskluderende misbrug – blandet bundling.....	25
6.4	Objektive begrundelser.....	29
6.4.1	Objektiv nødvendighed.....	29
6.4.2	Beskyttelse af egne handelsmæssige interesser.....	30
6.4.3	Effektivitetsgevinster.....	30
7.	Kommissions- og retspraksis	32
7.1	Ren bundling.....	33
7.2	Aftalebaseret tying.....	33
7.3	Teknisk tying.....	35
7.3.1	Microsoft.....	36
7.4	Blandet bundling.....	39
8.	Konklusion	41
	Litteratur	42
	Forordninger og meddelelser	44
	Retspraksis og administrativ praksis	44

1. Indledning

Forbrugere er dagligt mål for mange og mangeartede tilbud. Nogle af disse tilbud er baseret på selvstændigt fungerende produkter, mens andre kan udgøre en kombination af flere produkter.

Kombinationssalg er en del af virksomheders normale forretningsførelse, og er ofte så almindeligt, at forbrugerne ikke bemærker det. Når en forbruger underskriver købsaftalen på sin nye bil, er det ganske naturligt, at der medfølger et hjulsæt, og måske ligeledes aircondition og andet ekstraudstyr. Restaurantbesøgende er bekendt med, at en samlet bestilling af flere retter udløser en rabat, som er fordelagtig i forhold til at købe retterne isoleret. Nyere mobiltelefoner anvendes ikke kun til opkald, men indeholder en enorm mængde forskellige produkter i form af musikafspillere, kameraer, kalendere og forskellige varianter af GPS-, internet- og computerfunktioner.

For at hindre kombinationssalg, som skader konkurrencen, forbyder EU-traktatens art. 102 visse former for tying og bundling, og nærværende speciales fokus ligger på kombinationssalgs potentielt ekskluderende virkning over for konkurrenterne. Ekskluderende misbrug har de seneste år været genstand for stigende opmærksomhed. I 2005 offentliggjorde Europa-Kommissionen (herefter Kommissionen) sit diskussionsoplæg om ekskluderende adfærd (herefter Kommissionens diskussionsoplæg eller Diskussionsoplægget¹), som i 2008 udmundede i en vejledning om ekskluderende adfærd (herefter Kommissionens vejledning eller Vejledningen²). Vejledningen udgør et prioriteringsredskab, og viser, under hvilke omstændigheder Kommissionen anser deres indgriben for nødvendig.

Ofte er tying og bundling gavnligt for forbrugerne. Faktisk langt hyppigere end hidtil antaget. Nye økonomiske teorier anerkender, at de allestedsnærværende kombinationssalg må være udtryk for andet, end dominerende virksomheders forsøg på at påvirke konkurrencestrukturen til egen fordel, og når kombinationssalg både udøves af store og små virksomheder, kan kombinationssalg definitorisk ikke udelukkende være et udtryk for misbrug af dominerende stilling.

Allerede før tilblivelsen af Diskussionsoplægget og Vejledningen havde *Microsoft-sagen*³ givet ophav til betydelig debat vedrørende innovative markeder. En nyskabende kombination af to hidtil særskilte produkter kan vise sig at tilvejebringe nye og bedre produkter og ændrede forbrugerpræferencer. Vurderer Kommissionen eller fællesskabsdomstolene fejlagtigt, at kombinationen udgør ulovlig tying, risikeres en hindring af innovationen og et fald i forbrugervelfærden. Dette er et af de vanskeligste og mest omdiskuterede emner inden for misbrugskategorien tying.

De økonomiske tankestrømme har i udpræget grad påvirket tilgangen til tying og bundling. Der er dog tale om en overgangsfase, som stadig træder sine spæde skridt i retningen væk fra formodningsregler om ulovlighed og hen imod mere nuancerede, økonomisk prægede vurderinger af kombinationssalgets egentlige effekt på konkurrencen. Tying og bundling bibeholder imidlertid sit potentiale til at skade konkurrencen, da sammenkoblingen af to særskilte produkter kan bruges strategisk til at skabe eller styrke en virksomheds dominerende position. Med Vejledningen er rammerne nu lagt for en grundig afvejning af kombinationssalgs skadelige og gavnlige virkninger på konkurrencen.

¹ DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses.

² Vejledning i, hvordan Kommissionen prioriterer sin håndhævelse af EF-traktatens artikel 82 i forbindelse med virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd.

³ Kommissionens beslutning af 24. marts 2004 i sag COMP/C-3/37.792, Microsoft, efterfulgt af Rettens dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen (herefter "Microsoft").

1.1 Problemformulering og specialets struktur

Specialet er en analyse af tying og bundling med fokus på EU-praksis. Indledningsvis gennemgås de generelle betingelser i art. 102 EU og Konkurrencelovens § 11, hvorefter udviklingen i teorien gennemgås i *afsnit 4*.

Dernæst beskrives i *afsnit 5* hvilke incitamenter der ligger bag virksomheders kombinationssalg, og herunder illustreres de markedsmekanismer, som følger af kombinationssalget.

Vejledningen er af afgørende betydning for tilgangen til tying og bundling, og udgør derfor en central del af nærværende speciale. I *afsnit 6* omtales de betingelser i misbrugsvurderingen som Vejledningen foreskriver samt hensigtsmæssigheden heraf. Herunder skal bl.a. undersøges hvilken standard der anvendes ved vurderingen af den konkurrenceskadelige afskærmning samt relevansen af objektive begrundelser i vurderingen.

I *afsnit 7* behandles den Kommissions- og EU-retspraksis som findes på området for de forskellige typer kombinationssalg. Særligt *Microsoft-sagen* er central, da den antages at være udtryk for samme effektbaserede tilgang, som Kommissionen anlægger i Vejledningen. Ligeledes behandles og kommenteres en del af den omfattende kritik, som sagen har givet ophav til, herunder hvorvidt tying på innovative markeder skal behandles efter samme kriterier som "klassiske" kombinationssalg.

Til sidst vil *afsnit 8* indeholde en opsummerende konklusion på de i specialet gennemgåede problemstillinger.

1.2 Emneafgrænsning

Specialet analyserer tying og bundling som ekskluderende misbrug, og gennemgår derfor ikke den potentielt udnyttende effekt, som kombinationssalg kan have. Fokus ligger på misbrug af dominerende stilling efter art. 102, og kombinationssalgs relevans i forbindelse med konkurrencebegrænsende aftaler og i fusionsøjemed behandles derfor ikke.

Specialet indeholder kun en overordnet gennemgang af de generelle betingelser i art. 102, mens fokus herefter fastholdes på betingelserne for kombinationssalg specifikt. Den eksisterende konsensus mellem art. 102 og KL § 11 overflødiggør en særskilt behandling, hvorfor sidstnævnte kun nævnes overfladisk.

Specialet gennemgår EU-praksis, og de enkelte medlemslandes og øvrige landes praksis indgår ikke i analysen. Kun i det omfang, det er nødvendigt for forståelsen, gennemgås sagerne faktiske omstændigheder.

Amerikansk teori har traditionelt stor indvirkningen på EU-konkurrenceretten, og inddrages derfor i relevant omfang.

Kun i nødvendigt omfang vil økonomiske begreber og mekanismer blive illustreret, men behandlingen af økonomiske problemstillinger ligger uden for specialets rammer, og behandles derfor ikke.

Et kombinationssalg kan indeholde en sammenkobling af adskillige særskilte produkter, men af hensyn til specialets overblik og omfang fokuseres på kombinationen af to produkter.

Slutteligt skal nævnes, at fokus ligger på den materielle behandling af tying og bundling, hvorfor håndhævelsen og sanktionsmulighederne ikke gennemgås.

1.3 Begrebsafgrænsning⁴

Begreberne *tying* og *bundling* er kendetegnet ved, at to eller flere særskilte produkter sælges sammen. Generelt kan der opstilles tre forskellige typer kombinationssalg:

1. Ved *tying* betinger virksomheden købet af et produkt eller en tjenesteydelse af, at forbrugeren samtidig aftager et andet produkt eller en anden tjenesteydelse. Købet af produkt A (det *bindende/primære produkt*) er altså betinget af, at forbrugeren samtidig aftager produkt B (det *bundne/sekundære produkt*). Det bundne produkt kan dog ligeledes købes separat, hvorfor de udbudte produkter udgør AB og B. I praksis ses *tying* enten som en aftale, hvor kunden forpligter sig til at aftage det bundne produkt, eller som teknisk integration, hvor produkterne er fysisk eller teknisk sammenkoblet.
2. *Ren bundling* er kendetegnet ved, at de udbudte produkter kun kan købes sammen, og kun i et fastsat mængdeforhold. Produkt A kan ikke købes uden samtidig at aftage B, så det eneste udbudte produkt er derfor pakken AB. *Ren bundling* er almindeligt i erhvervslivet: Biler sælges med hjul, sko med snørebånd, og flyrejser inkluderer ofte bespisning ombord. I nogle tilfælde udgør pakken dog en mindre sædvanlig kombination, og konkurrencemyndighedernes fokus vil derfor ligge på at adskille de lovlige tilfælde af *bundling* fra de ulovlige tilfælde.
3. *Blandet bundling*⁵ foreligger, når virksomheden både udbyder produkterne A og B separat og som en samlet pakke. Incitamentet for at købe produkterne samlet ligger i pakkens pris, som er lavere end hvis produkterne skulle købes særskilt. Virksomheden udbyder i denne situation tre produkter: Produkterne A og B separat og pakken AB. Når pakken består af produkter fra samme marked, betegnes forholdet som *variationsbundling*. En sådan pakke kunne eksempelvis være et skiliftkort til flere skiområder eller et turpas til flere forlystelser. *Blandet bundling* er ligeledes almindeligt forekommende i erhvervslivet, ikke mindst pga. de forbundne effektivitetsgevinster. Eksempler er restauranters rabat ved kundernes køb af flere retter eller flyselskabers rabat ved køb af en returbillet frem for en enkeltbillet.

I mange tilfælde vil *tying* eller *bundling* blot være én blandt flere misbrugsformer i en virksomheds adfærd, og mange misbrugsformer ligger tæt op ad hinanden, hvilket vanskeliggør en præcis "begrebssubsumption". Afgørende for misbrugsvurderingen er imidlertid adfærdens konkurrencemæssige virkning, og ikke den konkrete kategorisering af adfærden.

2. Misbrug af dominerende stilling – art. 102 EU⁶

De generelle betingelser, som gælder for alle typer art. 102-misbrug, gennemgås i de følgende afsnit. Betingelserne fremgår eksplicit af art. 102:

"En eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på det indre marked eller en væsentlig del heraf er uforenelig med det indre marked og forbudt, i den udstrækning samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes."

⁴ Der findes i litteraturen divergerende opfattelser af begreberne *tying* og *bundling*. De i nærværende speciale anvendte definitioner er i overensstemmelse med bl.a. O'Donoghue og Padilla (s. 477-478) og Vejledningen (pkt. 47). I specialet anvendes udtrykket kombinationssalg som en samlebetegnelse for *tying* og *bundling*.

⁵ Også betegnet indirekte *bundling*, *mixed bundling*, *multiproduktrabatter* og *pakkerabatter*.

⁶ Lissabon-traktatens ikrafttræden d. 1. december 2009 betød, at EF-traktatens art. 82 nu findes i EU-traktatens art. 102. Desuden betegnes den tidligere EF-domstol nu "EU-domstolen" (herefter Domstolen).

Det skal understreges, at forbuddet ikke rammer dominerende stilling i sig selv, hvorfor opnåelse, opretholdelse og styrkelse af en dominerende position ikke er forbudt.⁷ Dette er understreget i flere afgørelser.⁸

Forbuddet mod tying og bundling findes i art. 102, stk. 2, litra d EU, hvorefter der foreligger misbrug, hvis:

"[...] det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender til-lægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand."

Efter sin ordlyd udelukkes fra forbuddet produkter, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane har forbindelse med aftalens genstand. Det er imidlertid slået fast af Fællesskabsdomstolene, at art. 102 ikke er udtømmende, hvorfor tying og bundling af produkter som efter deres natur eller handelssædvane *har* forbindelse med aftalens genstand, ligeledes kan udgøre et misbrug.⁹

Art. 102 EF er en forbudsregel, hvilket indebærer, at adfærd som strider imod bestemmelsen er forbudt, uden at det er nødvendigt at træffe nogen forudgående beslutning derom.¹⁰

2.1 Afgrænsning af det relevante marked

Som det fremgår af art. 102, kan kun adfærd udøvet af en dominerende virksomhed udgøre et misbrug. Derfor må markedsafgrænsningen foretages med størst mulig præcision for at afspejle virksomhedens faktiske markedsstyrke.¹¹

Ved markedsdefinitionen skal der både afgrænses et produktmarked og et geografisk marked. Formålet hermed er, at *"[...] fastslå, hvilke egentlige konkurrenter, der er i stand til at begrænse de involverede virksomheders adfærd og hindre dem i at handle uafhængigt af et effektivt konkurrencemæssigt pres."*¹²

Produktmarkedet består af produkter med et sådant særpræg, som gør dem egnede til at tilfredsstille en vedvarende efterspørgsel og kun vanskeligt kan ombyttes med andre varer.¹³ Alle produkter og/eller tjenesteydelser, som forbrugeren anser for indbyrdes substituerbare på grund af deres egenskaber, pris og anvendelsesformål, vil således udgøre det relevante produktmarked.¹⁴ Af afgørende betydning er efterspørgselssubstitutionen og udbudssubstitutionen.¹⁵

Afgrænsningen af det geografiske marked giver et billede af det område, på hvilket virksomhedens markedsstyrke har indvirkning. Det geografiske marked er *"[...] det område, hvor de delta-gende virksomheder er involveret i udbud af og efterspørgsel efter produkter eller tjenesteydelser,*

⁷ Heide-Jørgensen m.fl., s. 534.

⁸ Se bl.a. Microsoft, præmis 229.

⁹ Se bl.a. Domstolens dom af 14. november 1996 i sag C-333/94 P, Tetra Pak International SA mod Kommissionen (Tetra Pak II), præmis 37 og Microsoft, præmis 942.

¹⁰ Rådets Forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, art. 1, stk. 3 (herefter RF 01/03).

¹¹ Ved markedsafgrænsningen må der tages højde for det undersøgte markeds specifikke karakteristika. Eksempelvis er *The Cellophane Fallacy* et udtryk for, at anvendelsen af SSNIP-testen på markeder, hvor virksomheder er dominerende vil kunne give et fejlagtigt billede af en høj substitutionsgrad, fordi dominerende virksomheder i forvejen kræver en høj pris for produktet. Se også note 22.

¹² Kommissionens meddelelse om afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, EF-Tidende 97C 372/03, pkt. 2 sammenholdt med pkt. 9.

¹³ Domstolens dom af 21. februar 1973 i sag 6/72, Continental Can mod Kommissionen, præmis 32.

¹⁴ Supra, note 12, pkt. 7, 2. led.

¹⁵ Ibid., pkt. 13-24.

og som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår og kan skelnes fra de tilstødende områder, fordi konkurrencevilkårene der er meget anderledes.”¹⁶

2.1.1 Særlige problemstillinger – tying, bundling og eftermarkeder

I relation til tying og ren bundling, skal der udvises påpasselighed ved markedsafgrænsningen. Ud fra forbrugernes efterspørgsel må det konstateres, om der findes et særskilt marked for de givne produkter.¹⁷ Findes der eksempelvis ingen selvstændig efterspørgsel efter A, vil produktmarkederne være markedet for AB og B.¹⁸

Når sager om blandet bundling skal vurderes, kan pakken og de separate produkter være en del af det samme marked. Dette vil være tilfældet, hvis en anvendelse af SSNIP-testen¹⁹ fører til, at forbrugerne vælger at købe produkterne separat. Alternativt vil pakken og de separate produkter udgøre forskellige markeder, hvis forbrugerne på trods af prisstigningen vil fortsætte med at købe pakken. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis pakken bibringer en stor besparelse eller høj kvalitet.²⁰

Når der findes et eftermarked for det primære produkt, må det ligeledes vurderes nøje, hvor mange særskilte markeder, der skal defineres, hvilket kan illustreres via salget af jet-motorer (det primære produkt) og service og reservedele (eftermarkedet).²¹

Hvis reservedele og service for hver motorproducent er kompatibel med reservedele og service for andre mærker, vil forbrugerne ikke være ”låst” via købet af et bestemt motormærke. De kan frit skifte til en anden aktør på eftermarkedet. I denne situation vil markederne skulle defineres som et marked for jet-motorer og et for reservedele og service for alle motormærker.²²

Er reservedele og service for de enkelte motormærker ikke kompatible, vil markedsafgrænsningen være anderledes. I dette tilfælde, vil forbrugerne være ”låst” og tvunget til at bruge service og reservedele som er kompatibel med motormærket. I så fald kan der ud fra SSNIP-testen udledes to forskellige markedskonfigurationer:

Hvis en prisforhøjelse på eftermarkedet fører til substitution på det primære marked, vil eftermarkedet ikke udgøre et særskilt marked, og udfaldet af en korrekt markedsafgrænsning vil være et samlet marked for jet-motorer inklusiv disse kompatible reservedele og serviceydelser.

Medfører en prisforhøjelse derimod ikke substitution, vil de relevante markeder være et primært marked for jet-motorer og flere mærkespecifikke eftermarkeder.

De sidstnævnte markedsafgrænsninger afhænger blandt andet af, om forbrugerne ved købet af det primære produkt overvejer de samlede omkostninger for produktets levetid. Som illustreret er dette afgørende for, om forbrugerne ignorerer en prisforhøjelse på eftermarkedet, eller om de vælger en alternativ udbyder af det primære produkt.²³

¹⁶ Ibid., pkt. 8. Se for en lignende definition Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal B.V. mod Kommissionen, præmis 10-11.

¹⁷ Kravet om særskilte produkter behandles i afsnit 6.2.

¹⁸ O'donoghue og Padilla, s. 101-102.

¹⁹ **Small but Significant Non-transitory Increase in Price**. Efter testen er det afgørende, om en lille, varig stigning på 5-10% i priserne medfører, at forbrugerne skifter til andre produkter.

²⁰ Europe Economics: "Market Definition in the Media Sector – Economic Issues" Report for the European Commission, *DG Competition (2002)*, s. 24-26 samt O'donoghue og Padilla, s. 102.

²¹ O'donoghue og Padilla, s. 102-104.

²² Diskussionsoplægget, pkt. 248.

²³ Se Kommissionens meddelelse af 28. maj 2010 om retningslinjer for vertikale begrænsninger i aftaler om salg og reparation af motorkøretøjer og omdistribution af reservedele til motorkøretøjer, punkt 57, note 1.

2.2 Dominerende stilling

Dominerende stilling defineres traditionelt som det tilfælde, hvor:

*" [...] en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne."*²⁴

I mest ekstrem grad udgør stillingen et monopol. I simplificeret form kan det tab i forbrugervelfærd, som monopollet medfører ("*The dead-weight welfare loss of monopoly*") illustreres således:

*Redaktionen har fjernet en figur med en utilstrækkelig kildeangivelse.
Den angivne kilde var "Asien Development Bank".*

P_m og P_c udgør prisen under henholdsvis monopol og konkurrence, mens Q_m og Q_c udgør den producerede mængde under henholdsvis monopol og konkurrence. Den manglende konkurrence medfører det velfærdstab, som ligger i området A-B-C.

Dominansvurderingen må foretages ud fra markedets og dets aktørers specifikke karakteristika, hvor bl.a. modstående købermagt og mulighed for ekspansion og markedstilgang spiller ind.²⁵

Virksomhedens markedsandel har en nævneværdig betydning for dominansvurderingen. Kommissionen antager, at dominerende stilling ikke er sandsynlig ved en markedsandel på under 40%.^{26,27} Dette er i overensstemmelse med fællesskabsdomstolens praksis, som viser, at markedsandele under 25-40% kun undtagelsesvist er udtryk for dominerende stilling. Er markedsandelen mere end 40%, kan konkrete forhold medføre, at virksomheden er dominerende, og er markedsandelen over 50%, vil der være en stærk formodning for dominans.²⁸ Konkrete omstændigheder kan dog medføre, at selv virksomheder med en høj markedsandel ikke anses for at være dominerende, og det omvendte kan ligeledes være tilfældet. Virksomheden²⁹ skal desuden være dominerende på en væsentlig del af fællesmarkedet, for at forholdet er omfattet af art. 102.

I sager om tying, skal virksomheden være dominerende på det primære marked, men ikke nødvendigvis også på det sekundære marked. Ved tying på eftersalgsmarkeder, gælder dog, at virksomheden skal være dominerende på det primære og/eller det sekundære eftersalgsmarked. I

²⁴ Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal B.V. mod Kommissionen, præmis 65 og tilsvarende i Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 38 og dom 2. april 2009 i sag C-202/07 P, France Télécom SA mod Kommissionen, præmis 103.

²⁵ Vejledningen, pkt. 12-18.

²⁶ Ibid., pkt. 14.

²⁷ Lang og Renda argumenterer for at hæve dette benchmark til 50%.

²⁸ Heide-Jørgensen m.fl., s. 568-579.

²⁹ Hvor flere virksomheder tilsammen har en dominerende stilling, vil der være tale om kollektiv dominans.

bundling-sager (ren bundling og blandet bundling) skal virksomheden blot være dominerende på ét af markederne.³⁰

2.3 Misbrugsbegrebet

Traditionelt opdeles misbrug i udnyttende, ekskluderende, og strukturelt misbrug. Derudover argumenterer nogle forfattere for, at bl.a. diskriminerende misbrugsadfærd³¹ og gengældelsesmisbrug³² udgør selvstændige kategorier. Kombinationsalg udgør generelt et ekskluderende misbrug, men kan i nogle tilfælde også være udtryk for et udnyttende misbrug. Ekskluderende strategier kan endvidere opdeles i henholdsvis prisbaserede og ikke-prisbaserede misbrug. Tying og ren bundling falder ind under den sidstnævnte kategori, mens blandet bundling udgør et prisbaseret ekskluderende misbrug. Tying og bundling kan have konkurrenceskadelige udelukkelsesvirkninger både på det sekundære (bundne) og det primære (bindende) marked.

2.4 Samhandelspåvirkning

Anvendelse af art. 102 kræver en vis grænseoverskridende aktivitet, og med kravet om samhandelspåvirkning afgrænses art. 102s anvendelsesområde. Er samhandelen mellem medlemsstaterne ikke påvirket, vil virksomhedens adfærd være et nationalt anliggende, som falder under det pågældende medlemslands jurisdiktion.³³ Kommissionen har i overensstemmelse med domspraksis præciseret, at betingelsen er opfyldt, når der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt øves indflydelse på samhandelen mellem medlemslandene.³⁴

3. Konkurrencelovens § 11

Når samhandelskriteriet er opfyldt, er medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole forpligtet til – udover den nationale lovgivning – at anvende art. 102 i misbrugssager, jf. RF 01/03, art. 3, stk. 1, 2. pkt. Denne pligt til direkte anvendelse er med til at sikre ensartet og effektiv anvendelse konkurrencereglerne i hele EU,³⁵ og herudover sikrer art. 3, stk. 2 ligeledes den materielle ensartethed, men tillader dog national lovgivning at være mere restriktiv end EU-traktatens art. 102.

I tilfælde, hvor samhandelskriteriet ikke er opfyldt, gælder national lovgivning. For Danmarks vedkommende reguleres virksomheders misbrug af dominerende stilling af KL § 11. Art. 102 og KL § 11 er dog stort set identiske, og derfor ses ofte en simultan anvendelse af de danske og EUs konkurrenceregler, uden stillingtagen til samhandelspåvirkningen.^{36, 37}

På baggrund af den indholdsmæssige sammenhæng mellem KL § 11 og art. 102 EF, samt pligten til EU-konform fortolkning i øvrigt, henvises der til den ovenstående gennemgang af EU-traktatens art. 102, og i det følgende findes det af samme grund ikke relevant at analysere KL § 11 særskilt.

³⁰ Vejledningen, pkt. 49, note 34.

³¹ Heide-Jørgensen m.fl., s. 535-536.

³² J. T. Lang: "Reprisals and overreaction by dominant companies as an anti-Competitive Abuse under Article 82" i *ECLR 2008* og O'donoghue og Padilla, s. 174.

³³ For Danmarks vedkommende vil KL § 11 finde anvendelse.

³⁴ Kommissionens retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82.

³⁵ *Supra*, note 31, s. 1160.

³⁶ *Ibid.*, s. 1163.

³⁷ En behandling af problemstillingerne forbundet hermed ligger ikke inden for rammerne af dette speciale.

4. De teoretiske tilgangsvinkler

Generelt skal fremhæves tre teoretiske retningslinjer, som hver udgør kvantespring i den økonomiske og juridiske tilgang til tying og bundling. Disses oprindelse kan knyttes til tiden henholdsvis før, under og efter The Chicago School.

The Chicago School udsprang i 1950'erne og vandt efterfølgende stor anerkendelse.³⁸ Før dette tidspunkt havde der eksisteret stor fjendtlighed mod virksomheders brug af tying, som fandtes at "serve hardly any purpose beyond the suppression of competition"³⁹.

Modsat illustrerede Chicago-skolen, hvordan der ingen profit er forbundet med tying. For at opnå maksimal profit, er det tværtimod i virksomhedens interesse, at produkterne sælges separat.⁴⁰ Da der ikke var noget økonomisk incitament for tying og bundling, måtte motivet ifølge skolen findes andetsteds, eksempelvis i effektivitetsgevinster.

I tilfælde hvor virksomheden har monopol på det primære marked, og der samtidig er fuldkommen konkurrence⁴¹ på det sekundære marked, påpegede The Chicago School, at der kun er "one monopoly profit to be earned". Dette kan vises med et simpelt eksempel lånt fra Nablebuff:⁴²

En virksomhed har monopol på markedet for billetter til seværdigheden London Eye (det bindende produkt). Virksomheden sælger ligeledes vand på det konkurrenceprægede marked for vand på flaske (det bundne produkt). Vand sælges til en pris svarende til marginalomkostningen på 10 kr.

Virksomheden vælger nu at udbyde pakken til en samlet pris, P^* . Samtidig ophører virksomheden med at sælge billetter separat.

Forbrugerne vil kun have interesse i at købe pakken, hvis den repræsenterer en værdi, som for dem er højere end ekstraudgiften i forhold til det separate køb af vand, altså $P^* - 10$ kr. Samtidig risikerer virksomheden at miste de kunder, for hvem vandet repræsenterer mindre end den fastsatte værdi på 10 kr. (f.eks. kunder som ikke er tørstige).

Da prisen for flaskevand på grund af konkurrencen på markedet vedbliver at være lav, ville virksomheden være nødsaget til at give afkald på en del af monopolprofiten, for at tilvejebringe en fordelagtig pakkepris for forbrugerne. Monopolprofiten for det bindende produkt A kan altså kun bibeholdes, hvis det sælges separat, og der findes derfor ikke noget direkte økonomisk incitament for at bundle de to produkter.

Ovennævnte princip gør sig ligeledes gældende, hvor der er tale om komplementære produkter (eksempelvis input i en produktionsproces). Også hér ville virksomheden skulle give afkald på en del af monopolprofiten, for at kunne sælge pakken.

I de tilfælde, hvor produkterne kan anvendes i et variabelt forhold, finder teorien dog ikke anvendelse, da forbrugernes reaktion på en høj pris for det primære produkt kan medføre mindre efterspørgsel eller eventuelt substitution.⁴³

³⁸ Af forfattere bag teorien kan nævnes A. Director, E. Levi, W. S. Bowman, R. A. Posner og R. H. Bork.

³⁹ Standard Oil Co. of California v. United States, 337 U.S. 293, 305 (1949)

⁴⁰ af The Chicago School betegnet "the single monopoly profit theorem".

⁴¹ I den engelsksprogede litteratur betegnet som perfect competition. Med begrebet henvises til en konkurrencemæssig idealtilstand, hvor bl.a. gennemsigtighed og manglende adgangsbarrierer på markedet medfører en markedspris, der ikke overstiger virksomhedernes marginalomkostninger. Marginalomkostningen er den for virksomheden forbundne omkostning ved at producere en ekstra enhed af det pågældende produkt.

⁴² Nablebuff (2003), s. 20-22.

⁴³ Som det også fremgår i afsnit 5.1.5, er tying er i disse tilfælde velegnet til effektivt at gennemføre prisdiskrimination i form af metering.

Chicago-teorien beror på meget statiske forudsætninger for de omhandlede markeder. Virksomheden skal have monopol på markedet for det bindende produkt, mens der på markedet for det bundne produkt skal være fuldkommen konkurrence. Teoriens umiddelbart stærke fundament krakelerer i det øjeblik, disse forudsætninger ikke er til stede, og post-Chicago teoretikerne påpegede flere punkter, der kan fælde The Chicago Schools ellers så robuste teori. Disse punkter behandles nærmere under afsnit 5.2.

I tiden efter Chicago-skolen anlagdes en mere moderat linje, som både anerkender de konkurrencefremmende og –begrænsende virkninger af tying og bundling. Anerkendelsen af de nye økonomiske tankestrømme har i EU været længe undervejs, men må med Kommissionens vejledning og introduktionen af en effekt-baseret tilgang anses at have vundet endeligt indpas.⁴⁴

5. Incitament for tying og bundling

Hvorvidt virksomheder finder tying og bundling attraktivt, afhænger af flere parametre, herunder især markedsstrukturen og det indbyrdes forhold mellem produkterne.

I det følgende fremhæves situationer, hvor kombinationssalg kan medføre fordele for den dominerende virksomhed, forbrugerne eller eventuelt begge. Fordelene er opdelt i henholdsvis effektivitetsgevinster og strategiske fordele.

5.1 Effektivitetsgevinster

Som nævnt er tying og bundling velkendt, og er ikke en praksis som er forbeholdt dominerende virksomheder. Mindre virksomheders kombinationssalg udgør en klar indikator for de potentielt positive effekter, da disse virksomheders adfærd netop ikke kan begrundes i en udnyttelse af en stærk markedsposition. Det er altså ikke strategiske overvejelser, men derimod andre fordele for virksomheden selv eller dennes kunder, der udgør bevæggrunden for kombinationssalget. Samme begrundelser bør derfor også kunne påberåbes af dominerende virksomheder, da disses størrelse så meget desto mere giver potentiale for at tilvejebringe gavnlige effekter, eksempelvis via stordrifts- og synergifordele.

Per se-formodningsregler om ulovlighed opstår som produkt af den generelle holdning til en bagvedliggende adfærd, og hvor en misbrugstype generelt anses for skadelig, antages der ikke at være behov for en nuanceret vurdering af den pågældende adfærd. For kombinationssalgs vedkommende er adfærden tidligere blevet anset for generelt skadelig, men nyere økonomisk teori har tilvejebragt større fokus på de konkurrencemæssige fordele, som adfærden kan medføre, og har dermed fjernet grundlaget for en regel om *per se*-ulovlighed.

De mulige effektivitetsgevinster er mange, og flere forfattere i litteraturen gør sig på denne baggrund til fortalere for det standpunkt, at tying og bundling må anses som generelt gavnligt for konkurrencen og forbrugervelfærden⁴⁵. I sidste ende er det dog konkurrencemyndighederne og domstolene, der skal afgøre, om effektivitetsgevinsterne er større end eventuelle konkurrencebegrænsende elementer, og dette findes langt fra altid at være tilfældet. I det følgende opregnes nogle mulige effektivitetsgevinster, hvoraf flere også er nævnt i Kommissionens vejledning.⁴⁶

5.1.1 Produktions- og distributionsomkostninger

Tying og bundling indebærer en enkel måde for virksomheden til at opnå store besparelser i produktions- og distributionsleddene. Begrænsning i anvendelsen af emballage og andre omkostninger ved pakning af varer medfører besparelser, som kan overføres direkte til forbrugerne.

⁴⁴ Den effekt-baserede tilgang behandles i afsnit 6.3.

⁴⁵ Se bl.a. R. Whish, "Competition Law" (6. udg., 2009), s. 680 og C. Alborn, D. S. Evans og J. Padilla: "The Antitrust Economics of Tying: A Farewell To *Per Se* Illegality" (2003), s. 5-6.

⁴⁶ pkt. 61.

De faste omkostninger kan ligeledes nedbringes ved at tilpasse indkøbet af produktionsmateriel. Hvis to produkter kan samles i ét enkelt, vil producenten kunne nedbringe behovet for produktionsfaciliteter i form af maskinel og produktionsplads. Videre medfører dette besparelser ved pakning og opbevaring, som følge af integrationen af de to produkter i ét nyt produkt.

Hvor flere produkter kan leveres via samme distributionsinfrastruktur, kan der ligeledes opnås besparelser. Kombinationen af internet, TV og telefoni i samme pakke medfører en direkte besparelse ved den fælles distribution, og herudover kan der også opnås store besparelser ved en fælles markedsføring af produkterne.

Der kan henvises til enkelte empiriske undersøgelser på området. Bl.a. er det påvist, at der er forbundet store besparelser for forbrugere, der lider af forkølelse, ved at købe kombinationsprodukter frem for separate produkter, da prisen er højere ved de separate køb af produkter, som virker mod henholdsvis forkølelse og hovedpine, end ved købet af et enkelt produkt, som virker mod begge.⁴⁷ Begrundelsen er, at de marginale omkostninger ved at producere kombinationsproduktet er langt mindre end ved at producere særskilte produkter.

5.1.2 Transaktionsomkostninger

Kombinationssalg kan medføre en forenklet transaktionsproces, som kan være til fordel for både virksomheden og forbrugerne. Ved at sammenkoble produkterne forenkles virksomhedens administration ved hvert salg, hvilket fremkalder store besparelser i forhold til administrationen ved salg af to separate produkter. Tilmed minimeres forbrugerens søgeomkostninger og omkostninger forbundet med sammensætningen af produkterne. Besparelserne i administrationen gør det muligt for virksomheden at tilbyde forbrugerne et bedre produkt:⁴⁸

Bilproducenter tilbyder ofte forskellige pakkelsesløsninger, som forbrugerne selv kan sammensætte efter behov. De mange forskellige valg gør dog transaktionen og administrationen kompleks og omkostningsfuld. For bilproducenten betyder dette, at det muligvis er billigere, at tilbyde en større pakke (ABC), end at lade forbrugerne vælge mellem flere mindre pakkelsesløsninger (AB, BC, CA).

Ved ovennævnte praksis tilsidesættes de forbrugere, som ikke efterspørger den store pakke, men samlet set tilgodeses størstedelen af forbrugerne, hvorfor forbrugervelfærden stiger.

Tilmed viser teoretiske værker i økonomisk psykologi, at (for) mange valgmuligheder ikke er til gavn for forbrugerne, idet valget i mange tilfælde da enten udskydes eller helt undlades.⁴⁹

5.1.3 Kvalitet og sikkerhed

Virksomheden selv er i mange tilfælde nærmest til at sikre sig, at produktet i sidste ende indfrier forventninger og krav om kvalitet og sikkerhed. Ved at bundle, kan virksomheden drage fordel af egen viden og ekspertise og dermed sikre sig, at det endelige produkt lever op til den standard, som forbrugerne forbinder med den pågældende producent. Såfremt det endelige produkt skulle samles af andre end virksomheden selv, ville sidstnævnte risikere et tab i omdømme, som den kan undgå ved at bundle. Således kan bundling altså medføre bedre funktionalitet, simpel anvendelse og en bedre brugeroplevelse.

Forbrugervelfærden er et centralt element i vurderingen af effektivitetsgevinster, og det er et krav, at i hvert fald en del af fordelene overvælttes til forbrugerne. Et bundlet produkt kan være "*worth more than the sum of its parts*",⁵⁰ og i nogle tilfælde er der mulighed for direkte at kapitalisere

⁴⁷ D. S. Evans og M. Sallinger: "Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law" i YJoR, vol. 22:37, 2005..

⁴⁸ Nablebuff (2003), s. 31.

⁴⁹ Ibid., s. 32.

⁵⁰ O'donoghue og Padilla, s. 482.

den fordel i bl.a. bekvemmelighed, som forbrugerne opnår ved ikke at skulle samle produktet selv. Dette er illustreret i en økonomisk undersøgelse vedrørende amerikanske morgenmadsprodukter, hvor det konstateredes, at introduktionen af "Apple-Cinnamon Cheerios" (kombinationen af komponenter med æble- og kanelmag) på det amerikanske marked for morgenmad i 1990 bibragte en forøgelse i forbrugervelfærden på ca. 66.8 mio. dollars om året.⁵¹

Ved bundling forenkles også spørgsmålet om produktansvar og reklamation. Hvor et produkt er sammensat af flere forskellige aktører – eller måske forbrugeren selv – kan det være yderst vanskeligt, at fastslå hvem et eventuelt krav skal rettes mod.

I tilfælde, hvor der knytter sig sikkerhedsmæssige overvejelser til produktet, er der snarere tale om en objektiv begrundelse for kombinationssalget⁵². Man kunne forestille sig noget særligt teknisk hospitalsmateriel, hvis optimale funktionalitet er essentiel for patienternes sikkerhed. Her vil andre aktørers reparation og service kunne være fatal for sikkerheden, hvorfor tying af disse ydelser er hensigtsmæssig.

Sundheds- og sikkerhedsmæssige grunde og begrundelser om produktansvar vil dog blive imødekommet med en vis tilbageholdenhed, da dette normalt håndhæves af de offentlige myndigheder⁵³. I det omfang forholdet ikke måtte være reguleret, må kombinationssalget dog kunne begrundes i sundheds- og sikkerhedsmæssige overvejelser.

Nye, integrerede produkter vil også kunne udgøre en effektivitetsgevinst til gavn for forbrugerne, da integrationen af komponenterne kan bibringe nye, innovative produkter, forøget funktionalitet og større bekvemmelighed.⁵⁴

5.1.4 Undgå "double marginalisation"

Essensen bag *double marginalisation* er, at en virksomhed som har monopol på to komplementære produktmarkeder, vil opkræve lavere priser, end hvis to monopolister hver i sær udbyder et af produkterne. Mekanismen udnytter den indbyrdes positive effekt som en prisnedsættelse har på efterspørgslen. Nedsættes prisen på produkt A, opstår der større efterspørgsel efter B og omvendt. Denne effekt overses af separate monopolister, som hver især prissætter produkterne så højt som muligt. Resultatet bliver højere profit for virksomheden (som følge af den forøgede efterspørgsel) og lavere priser til gavn for forbrugerne. Selv om teorien forekommer overbevisende, skal det dog understreges, at den er afhængig af bestemte markedsforhold⁵⁵.

For det første skal der være tale om to stærkt komplementære produkter, for at den indbyrdes produkt efterspørgsel påvirkes, når priserne falder. I Nablebuff (2003) illustreres effekten med skiliftkort og skiudlejning som eksempel.

For det andet skal det naturligvis være fordelagtigt for virksomheden at sætte en fast pris. I de tilfælde hvor virksomheden i stedet har succes med at forhandle om prisen med de enkelte kunder, vil bundling ikke være en fordel.

Endelig må der ikke findes konkurrerende virksomheder på markedet hvis respons på lavere priser kan være en prisnedsættelse eller måske sammensætning af en konkurrerende pakke. I disse tilfælde må virksomheden overveje om efterspørgslen efter produkterne er stærk nok til at "overleve" kombinationssalget.

⁵¹ Jerry A. Hausman: "Valuation of New Goods Under Perfect and Imperfect Competition" i T. F. Bresnahan and R. J. Gordon: "The Economics of New Goods" (1996), s. 234.

⁵² Objektive begrundelser behandles nedenfor i afsnit 6.4.

⁵³ Vejledningen, pkt. 28. Eksempler fra retspraksis er Rettens dom af 12. dec. 1991 i sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, præmis 118-119 samt Rettens dom af 6. okt. 1994, sag T-83/91, Tetra Pak International mod Kommissionen (Tetra Pak II), præmis 83-84 og især 138.

⁵⁴ Vejledningen, pkt. 61.

⁵⁵ Nablebuff (2003), s. 38.

5.1.5 Prisdiskrimination

I litteraturen findes der to forskellige begrundelser for virksomheders prisdiskrimination via kombinationssalg.⁵⁶

For det første muliggør bundling, at virksomheden kan udnytte, at forbrugergrupper vurderer produkternes værdi forskelligt:⁵⁷

100 forbrugere er fordelt på to forbrugergrupper, 1 og 2, og de er villige til at betale forskellige priser for de to forskellige produkter, A og B.

1 er villig til at betale 100 kr. for A og 20 kr. for B. 2 er modsat villig til at betale 20 kr. for A og 100 kr. for B.

Hvis produkterne udbydes separat, vil den optimale prissætning være 100 kr. for hvert produkt, hvilket medfører, at halvdelen af forbrugerne undlader at købe ét af produkterne.

Virksomheden indtjening vil da være:

$$(50 \cdot 100) + (50 \cdot 100) = 10.000 \text{ kr.}$$

Vælger virksomheden i stedet at udbyde en pakke til prisen 119 kr., vil både 1 og 2 købe pakken, og der skabes en fordel for både virksomhed og forbruger. Begge forbrugergrupper opnår en besparelse i forhold til deres respektive reservationspriser. Samtidig udnytter virksomheden den eksisterende efterspørgsel efter begge produkter og opnår samlet en højere profit:

$$119 \cdot 100 = 11.900 \text{ kr.}$$

Ovenstående eksempel viser, at bundling kan være særligt fordelagtigt for virksomheden, når produkternes værdi vurderes forskelligt af forbrugerne, og der er negativ korrelation⁵⁸ mellem værdierne, fordi virksomheden da kan neutralisere en del af den heterogene værdiopfattelse⁵⁹. Denne type bundling er generelt gavnlige for forbrugerne, da begge gruppers efterspørgsel imødekommes.⁶⁰ Dette vil ikke være tilfældet, hvis antallet af forbrugere som tvinges til at aftage et ekstra produkt overstiger antallet af forbrugere, som efterspørger begge produkter. Ovennævnte eksempel omhandler kun sidstnævnte kundefraktion.

De marginale omkostninger spiller en stor rolle for virksomheders mulighed for kombinationssalg.⁶¹ Er der lave marginalomkostninger forbundet med at bundle, vil virksomheden lettere kunne holde pakkeprisen under forbrugernes reservationspriser, og dermed forøge profitten. Omvendt falder incitamentet for at bundle, når marginalomkostningerne er høje. På markedet for TV og navnlig IT har dette relevans, da "[...] since bits are dramatically cheaper to reproduce than atoms, the optimal bundling strategies differ substantially for information goods as compared to physical goods".⁶²

For det andet kan kombinationssalget begrundes i *metering*. Begrebet metering anvendes når virksomheder afkræver en højere pris fra de kunder, som anvender et givent produkt meget, end

⁵⁶ Se bl.a. Nablebuff (2003) samt D. S. Evans og M. Sallinger: "Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law" i *YJoR*, vol. 22:37, 2005., s. 49.

⁵⁷ O'donoghue og Padilla, s. 489.

⁵⁸ Negativ korrelation er et statistisk udtryk for, at én variabel falder i værdi som produkt af en anden variabels stigning. Overført til efterspørgselsforhold vil forbrugernes høje vurdering af ét produkts værdi modsvares af en tilsvarende lav vurdering af et andet.

Modsnævningsvis betyder positiv korrelation mellem produkterne, at forbrugernes høje vurdering af ét produkts værdi modsvares af en tilsvarende høj vurdering af et andet.

⁵⁹ Nablebuff (2003), s. 33-37.

⁶⁰ D. S Evans: "Tying, The Poster Child for Antitrust Modernization" (udkast, nov. 2005), s. 11.

⁶¹ M. Sallinger: "A Graphical Analysis of Bundling" i *JoB*, Vol. 68, No. 1, 1995., Y. Bakos og E. Brynjolfsson: "Bundling Information Goods: Pricing, Profits and Efficiency" i *Management Science*, vol. 45, no. 12, 1999, og Nablebuff (2003), s. 36-37.

⁶² Y. Bakos og E. Brynjolfsson: "Bundling Information Goods: Pricing, Profits and Efficiency" i *Management Science*, vol. 45, no. 12, 1999, s. 6-7.

fra kunder, hvis anvendelsesgrad er mere begrænset. Dette kan enten ske gennem direkte metering eller via tying.

Direkte metering indebærer ikke en sammenkobling af flere produkter. Eksempelvis vil en elektronisk tæller på en kopimaskine som monitorerer antallet af kopier gøre det muligt for leverandøren at opkræve en høj pris hos de kunder, som har anvendt maskinen meget.

Af større interesse for dette speciale er de tilfælde, hvor virksomheden udøver metering via tying af to komplementære produkter, der anvendes i et variabelt forhold. Typeeksempler er sammenkoblingen af printere og printerpatroner eller kameraer og film. Et andet eksempel er sammenkoblingen af det primære produkt med service og reparation.⁶³ Her udgør det sekundære produkt (printerpatron/film) en "tæller-funktion", da kunderne er nødsaget til at købe netop dette produkt hos virksomheden. Jo mere kunden anvender det bindende produkt, desto større mængder af det bundne produkt må kunden købe. Herved opnås samme resultat som ved direkte metering – nemlig en differentieret pris, som afhænger af anvendelsesgraden.

Metering kan have ekskluderende virkning på det bundne marked, da eksisterende og potentielle konkurrenter på grund af kombinationssalg kan få reduceret kundepotentialet.

Omvendt kan metering – og prisdiskrimination i det hele taget – have en gavnlig effekt i tilfælde, hvor flere forbrugere bliver i stand til at købe det bindende produkt.⁶⁴ Tying muliggør dette, da virksomheden kan sænke prisen for det bindende produkt og tage en højere pris for det bundne produkt. Dette kan tilgodese forbrugere med en lav betalingsvillighed for det bindende produkt, og ligeledes de forbrugere som slet ikke efterspørger det bundne produkt.⁶⁵ Placeringen af prisdiskrimination under effektivitetsgevinster retfærdiggøres af den potentielt gavnlige effekt. Den generelle opfattelse af prisdiskrimination er dog meget varierende. Mens den teoretiske litteratur overvejende fremhæver prisdiskriminationens gavnlige virkninger,⁶⁶ synes Kommissionen at være mere tilbageholdende. I Kommissionens Diskussionsoplæg antages prisdiskrimination at være én af de mulige skadelige effekter af kombinationssalg⁶⁷, mens Kommissionen i øvrigt undlader at beskrive eventuelle gavnlige virkninger. Kommissionens vejledning omtaler end ikke prisdiskrimination via tying. Retningslinjerne for vertikale begrænsninger⁶⁸ omtaler metering specifikt, og anser, ligesom Diskussionsoplægget, prisdiskrimination for generelt negativt.⁶⁹

Den potentielt ekskluderende virkning af prisdiskrimination skal ikke overses, men det synes rimeligt, ligeledes at anerkende de positive virkninger. En sådan afbalancering af adfærdens positive og negative effekter opnås med en effekt-baseret tilgang.

5.1.6 Opsummering

Indtil nu er belyst en række faktorer, som hver især kan udgøre mulige begrundelser for virksomheders kombinationssalg. De mulige effektivitetsgevinster er mange, og kan potentielt være gavnlige for både virksomhed og forbruger. Nogle af disse er ganske åbenlyse, mens andre synes mere subtile. Især for sidstnævnte må det påpasseligt vurderes, om det bagvedliggende incita-

⁶³ I Rettens dom af 6. okt. 1994 i sag T-83/91, Tetra Pak International SA mod Kommissionen (Tetra Pak II), havde Tetra Pak ved kontraktsmæssig tying sikret sig eneret til bl.a. vedligeholdelses- og reparationsydelser samt levering af reservedele og kartoner.

⁶⁴ Heide-Jørgensen m.fl., s. 687 og D. S. Evans, A. J. Padilla og M. A. Salinger: "A Pragmatic Approach To Identifying and Analyzing Legitimate Tying Cases" (2004), s. 305.

⁶⁵ J. Tirole: "The Analysis of Tying Cases: A Primer" i CPI, Vol. 1, No. 1, 2004., s. 13.

⁶⁶ Se eksempelvis M. Sallinger: "A Graphical Analysis of Bundling" i *JoB*, Vol. 68, No. 1, 1995., C. Alborn, V. Denicolò, D. Geradin og A. J. Padilla: "DG Comp's Discussion Paper on Article 82: "Implications of the Proposed framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries" (2006)

⁶⁷ Diskussionsoplægget, pkt. 179.

⁶⁸ Meddelelse af 19.05.2010 om retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01), pkt. 217.

⁶⁹ Det skal bemærkes, at Retningslinjerne for vertikale begrænsninger har fokus på art. 101. Ikke desto mindre er meddelelsen udtryk for Kommissionens generelle holdninger.

ment reelt er udnyttelsen af en strategisk fordel, som virksomheden opnår på eksisterende eller potentielle konkurrenters bekostning.

Prisdiskriminerende adfærd er – på trods af udtrykkets negative klang – ikke altid skadelig for konkurrencen og forbrugerne. Vigtigheden af den potentielt ekskluderende virkning må ikke negligeres, men det må anerkendes, at prisdiskrimination kan have en gavnlig effekt, hvor flere forbrugeres betalingsvillighed imødekommes.

I det følgende vurderes, hvilke potentielt konkurrencebegrænsende strategiske motiver, som kan ligge bag en virksomheds kombinationssalg.

5.2 Strategiske begrundelser

5.2.1 Leveraging

Chicago-skolen slog fast, at en virksomhed ikke opnår større profit ved at udvide sit monopol fra det primære til det sekundære marked. Whinston (1990) byggede videre på denne model via anerkendelsen af, at markederne sjældent er statiske. Ved at overføre markedsmagt til et sekundært marked (leveraging), kan virksomheden påvirke markedsdynamikken og -strukturen, og dermed opnå højere profit på længere sigt.

Nablebuff beskriver rammende en virksomheds kombinationssalg som en alliance mellem to lande. Monopolisten bliver i stand til at krydssubsidiere mellem det bindende og det bundne produkt, hvorfor et konkurrencemæssigt angreb på ét land (det bundne produkt) ligeledes vil udgøre et angreb på det andet (det bindende produkt).⁷⁰

Monopolisten har interesse i at fratage konkurrenterne så stort et antal kunder som muligt, hvilket kan opnås via aggressiv prissætning. Konkurrenternes modtræk vil naturligt være, ligeledes at sænke prisen for deres produkt på det sekundære marked, men da disse konkurrenter ikke har mulighed for at krydssubsidiere, idet de ikke er til stede på det primære marked, vil de lave priser have større skadevirkning for dem end for monopolisten. Udfaldet bliver, at eksisterende og potentielle konkurrenter på det bundne marked ekskluderes, da tilstedeværelsen på markedet ikke medfører profit.⁷¹ Krydssubsidiering muliggør sågar monopolistens eksklusion af en mere effektiv konkurrent, som kun er aktiv på det sekundære marked.

Flere parametre kan påvirke adfærdens konkrete indvirkning på konkurrencen. Opnår monopolisten eksempelvis synergieffekter ved kombinationssalget, vil det have særligt stor virkning over for mindre effektive konkurrenter, som ikke kan fremkalde synergieffekter.

Whinstons model er selvsagt afhængig af, at kombinationssalget faktisk medfører eksklusion. I tilfælde, hvor monopolistens konkurrencemæssige fordel ved kombinationssalget ikke er tilstrækkeligt stor, vil den ikke kunne vinde "priskrigen", og er derfor bedre stillet uden kombinationssalget.

På markeder med høje opstartsomkostninger, vil kombinationssalget have særligt stor virkning over for potentielle konkurrenter.⁷² Dette skyldes, at de høje opstartsomkostninger, pga. monopolistens tilstedeværelse på det sekundære marked, ikke opvejes af muligheden for tilstrækkelig høj profit. Kombinationssalget vil udgøre en adgangsbarriere, som kan afholde potentielle konkurrenter fra at indtræde på det sekundære marked. Er der samtidig forbundet høje marginalomkostninger med produktionen, forstærkes effekten. Forbrugere som køber monopolistens pakke vil alene aftage konkurrentens produkt i det omfang det enten er væsentligt bedre, eller i det mindste differencierer sig fra monopolistens sekundære produkt. Er dette ikke tilfældet, vil forbrugerne næppe

⁷⁰ Nablebuff (2003), s. 26.

⁷¹ O'donoghue og Padilla, s. 485.

⁷² Ibid., s. 486.

aftage konkurrentens produkt, da prisen for dette - som følge af marginalomkostningerne - er høj.⁷³ De kunder som vælger at købe konkurrentens produkt er derfor kun dem, som er villige til at betale prisen for produktet og kan undvære det bindende produkt, som kun monopolisten udbyder. Monopolisten kan således drage fordel af sit eksklusive udbud af det bindende produkt.⁷⁴

I det anførte ligger implicit, at kombinationssalget navnlig kan være en strategisk fordel for monopolisten, hvor produkterne er komplementære eller deres indbyrdes værdi har positiv korrelation, idet færre forbrugere da vil have behov for konkurrentens produkt.⁷⁵

Som udtrykt af Nablebuff har produkt A og B forskellige forbrugergrupper ved negativ korrelation, mens det ved positiv korrelation er den samme forbrugergruppe, der køber både A og B.⁷⁶ Når sidstnævnte gruppes efterspørgsel imødekommes via kombinationssalget, fratages konkurrenterne deres kundepotentiale for produkt B.

Hvor de to produkter er stærkt komplementære, vil tabet af et værdifuldt konkurrerende produkt i forbrugernes øjne kunne devaluere værdien af det bindende produkt, og derfor medføre et lavere salg for monopolisten. Derfor har kombinationssalget ikke altid ekskluderende virkning over for konkurrenter på det sekundære marked, hvor produkter eksempelvis skræddersys eller i øvrigt differentierer sig fra monopolistens sekundære produkt.⁷⁷

Kombinationssalg kan være en fordel for monopolisten, selv i tilfælde hvor forbrugerne ikke bruger monopolistens sekundære produkt.⁷⁸ Når to komplementære produkter bindes sammen, nedsættes forbrugernes betalingsvillighed for konkurrentens sekundære produkt, endda selvom dette måtte være bedre end monopolistens. Monopolisten kan via kombinationssalget tvinge forbrugerne til at aftage det bundne produkt, men da konkurrentens sekundære produkt er bedre end monopolistens, vil forbrugerne fortsat købe konkurrentens produkt, og undlade at bruge monopolistens. Herigennem vinder monopolisten en del af forbrugernes samlede betalingsvillighed, og konkurrenten er tvunget til at kræve en lavere pris for sit sekundære produkt.

Det interessante ved denne teori er, at ingen af de traditionelle begrundelser ligger bag kombinationssalget. Hensigten er udelukkende at overtage en del af konkurrentens profit fra det sekundære produkt, og forfatterne selv mener ikke, der er basis for konkurrenceretlig indgriben, da adfærden ikke medfører væsentligt større markedsstyrke eller ekskluderingen af konkurrenter, og forbrugerne bliver ikke tvunget til at betale en højere samlet pris. Tabet i den økonomiske effektivitet – som dog også genkendes af forfatterne – må imidlertid antages at være en faktor, som konkurrencemyndighederne anser som en relevant begrundelse for indgriben. Dette tab består netop monopolistens kobling af et produkt, som forbrugerne ikke anvender.

Et eksempel på bundlings store effekt, kan illustreres ved flyselskabers salg af returbilletter:⁷⁹

Det eksisterende flyselskab (A) har ni afgang om dagen på en given rute, mens en potentiel konkurrent (B) kunne have én. Det antages, at markedsandelene er proportionale med flyselskabernes antal af afgang, hvorfor B ved indtræden ville få en markedsandel på 1/10. Dette er dog kun tilfældet, hvis flybilletterne alene udbydes som enkeltture. Vælger A at bundle sine afgang, har denne nu 81 forskellige kombinationer af returrejser (ni afgang hver vej), mens B kun har én (én hver vej), hvorfor Bs potentielle markedsandel reduceres til 1/81.

⁷³ J. Tirole: "The Analysis of Tying Cases: A Primer" i CPI, Vol. 1, No. 1, 2004., s. 8.

⁷⁴ Nablebuff (2003), s. 43-44.

⁷⁵ Som illustreret ovenfor kan bundling til gengæld være et velegnet redskab til prisdiskrimination, når produkternes værdi er negativt korreleret.

⁷⁶ Nablebuff (2003), s. 44-45.

⁷⁷ J. Tirole: "The Analysis of Tying Cases: A Primer" i CPI, Vol. 1, No. 1, 2004., s. 8-9.

⁷⁸ D. W. Carlton, J. S. Gans og M. Waldman: "Why Tie A Product Consumers Do Not Use?" (2008)

⁷⁹ Nablebuff (2003), s. 46-49.

Dette udgør et effektivt middel til at afskrække potentielle konkurrenter fra at indtræde på markedet.

Som nævnt var Whinstons model afhængig af, at monopolisten vinder "priskrigen". Nablebuff har imidlertid udviklet en teori, som illustrerer styrken ved bundling – både som adgangsbarriere, men også efter at en konkurrent er indtrådt på det sekundære marked.⁸⁰

Ifølge Nablebuff opnår monopolisten højere profit ved bundling end ved separat salg af produkterne. Derfor kan det betale sig at overføre markedsmagt til det sekundære marked og acceptere konkurrencen fra en konkurrent på dette marked, og også hér kan monopolisten udnytte det eksklusive salg af det primære produkt. Konkurrentens kundepotentiale vil alene bestå af dels de forbrugere, som havde et stort behov for B, og derfor var tvunget til at købe pakken, og dels de forbrugere som havde et mindre behov for B, og derfor ikke købte pakken. Da sidstnævnte gruppe ikke købte pakken før konkurrentens indtræden, vil disse forbrugere ikke udgøre et kundetab for monopolisten.

Den højere profit skyldes, at monopolisten tiltrækker forbrugere med en stor betalingsvillighed for A og B, og kræver en høj pris af disse, mens konkurrenten tiltrækker forbrugere som kan undvære A, og kræver en lav pris for sit separate salg af B.⁸¹

Overordnet kan målet med kombinationssalget enten være at monopolisere det bundne marked, eller at beskytte et eksisterende monopol på det bindende marked. I det følgende ser vi nærmere på sidstnævnte situation.

5.2.2 Beskyttelse af det eksisterende monopol og netværkseffektens betydning for konkurrencen

Carlton og Waldman beskriver, hvordan monopolisten kan afholde en potentiel konkurrent fra at indtræde på det primære marked, ved at monopolisere det sekundære marked.⁸² Hvor der er tale om komplementære produkter, og det sekundære produkt kun kan anvendes sammen med det primære produkt, vil konkurrenten afholde sig fra at indtræde på det primære marked, hvis monopolisten da vil være den eneste producent af det sekundære, komplementære produkt.

Sådanne tilfælde er omtalt specifikt i Vejledningen. Heraf fremgår, at hvor det sekundære produkt er et komplementært produkt for aftagerne af det primære produkt, kan et fald i antallet af alternative udbydere af det sekundære produkt og dermed et mindre udbud af dette produkt gøre det vanskeligt kun at komme ind på det primære marked, hvorfor risikoen for faktisk eller sandsynlig konkurrenceskadelig afskærmning forøges.⁸³

Carltons og Waldmans model er afhængig af, at der ikke sker simultan indtræden på begge markeder.⁸⁴ I så fald vil monopolisten ikke længere være den eneste producent af det sekundære produkt. Indtræden på det sekundære marked må derfor være forbundet med høje omkostninger for den potentielle konkurrent. Yderligere må det primære produkt ikke kunne anvendes alene, da dette ville medføre, at monopolistens rolle som eksklusiv producent af det sekundære produkt mister sin relevans.

Er markedet kendetegnet ved netværkseffekter, kan disse udgøre en stor fordel for monopolisten, og kan give denne et forspring i kapløbet om at blive standarden på området.⁸⁵ Er monopolisten i

⁸⁰ Se B. Nablebuff: "Bundling" i *Yale ICF Working Paper no. 99-14, 1999*, B. Nablebuff: "Bundling as an Entry Barrier" i *QJoE*, feb. 2004. og Nablebuff (2003).

⁸¹ O'donoghue og Padilla, s. 486.

⁸² D. W. Carlton og M. Waldman: "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries" i *RJoE*, Vol. 33, 2002.

⁸³ pkt. 57 sammenholdt med pkt. 51.

⁸⁴ O'donoghue og Padilla, s. 487.

⁸⁵ *Ibid.*, s. 487.

stand til at udnytte netværkseffekten på markedet for det sekundære produkt, fjernes konkurrenternes incitament for at indtræde på det primære marked. Dette kan illustreres via Microsofts tying af browseren Internet Explorer (IE) til operativsystemet Windows (OSW).

Netværkseffekten består i, at ny software i form af plug-ins og applikationer vil fokusere på den mest populære browser. Ved at binde IE til OSW sikres bred udbredelse af IE, og der vil således hovedsageligt udvikles software, som er kompatibelt med denne browser. Uden Microsofts tying af IE og OSW, ville softwareudviklere bidrage med kompatibelt indhold til konkurrentens browser, hvilket ville gøre konkurrenter i stand til at udvikle et operativsystem, som er kompatibelt med denne browser. Microsofts tying af IE udgør derfor en adgangsbarriere for potentielle konkurrenter på det primære marked for operativsystemer.⁸⁶

Netværkseffekter er generelt af stor værdi for virksomheden. Paradokset er imidlertid, at netværkseffekter på samme tid er nødvendige og potentielt skadelige for forbrugervelfærden og den økonomiske effektivitet.

På den ene side er nogle produkttypers funktionalitet af natur afhængige af, at et minimum antal forbrugere aftager produktet. Hvor anvendelsen af produktet indebærer interaktion mellem forbrugerne, er dette særligt tydelig. Eksempelvis ville den første køber af en telefon tilskrive sin investering en ringe værdi, hvis ingen andre forbrugere ligeledes valgte at købe et eksemplar.

På den anden side er risikoen, at det afgørende for forbrugernes købsdisposition bliver antallet af andre forbrugere på bekostning af overvejelser om produktets kvalitet.

Netværksvirkningerne kan opdeles i hvad man kan kalde lokale og generelle virkninger. De lokale netværksvirkninger foreligger, hvor en mindre gruppe er afhængig af kompatibilitet. Eksempler kunne være en virksomheds brug af samme software på alle arbejdscomputere eller en vennegrupes valg af indbyrdes kompatible spilkonsoller. Denne type netværksvirkninger er kun udtryk for en afgrænset gruppes præferencer og har derfor en lille indvirkning på konkurrencen.

De generelle netværksvirkninger vedrører det samlede antal brugere, og kan derfor gøre det umådeligt svært for en konkurrent, at trænge ind på det pågældende marked, da meget få forbrugere har interesse i at stå uden for det "interoperable fællesskab", som netværket af forbrugere udgør.

6. Betingelserne for misbrug

Når det er konstateret, at en virksomhed besidder dominerende stilling på et eller flere markeder, skal det videre vurderes, om virksomhedens adfærd udgør et misbrug iht. art. 102. Retspraksis har i generelle bemærkninger udtalt sig om, hvornår der foreligger misbrug. Der må således ikke *"tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser"*.⁸⁷ Denne "normale konkurrence" må udspille sig via konkurrencen på ydelser ("*competition on the merits*"),⁸⁸ men den dominerende virksomhed har dog en særlig forpligtelse til ikke at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence.⁸⁹ Disse vage bemærkninger må dog suppleres med mere konkrete holdepunkter og for ekskluderende misbrugs vedkommende, er Vejledningen derfor et særdeles kærkomment redskab.

⁸⁶ Supra, note 82, s. 17. Mekanismen kaldes også "*applications barrier to entry*".

⁸⁷ Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91, Domstolens dom af 3. juli 1991 i sag C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen, præmis 69 og Retstens dom af 7. oktober 1999 i sag T-228/97, Irish Sugar plc mod Kommissionen, præmis 111.

⁸⁸ Domstolens dom af 3. juli 1991 i sag C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen, præmis 70 og Retstens dom af 7. oktober 1999 i sag T-228/97, Irish Sugar plc mod Kommissionen, præmis 111.

⁸⁹ Domstolens dom af 9. november 1983 i sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, præmis 57 og Domstolens dom af 2. april 2009 i sag C-202/07 P, France Télécom SA mod Kommissionen, præmis 105.

I det følgende skildres de specifikke betingelser og faktorer, som har betydning for udfaldet af misbrugsanalysen i sager om kombinationssalg. Overordnet skal kunderne via kombinationssalget være *tvunget* til at aftage *særskilte produkter*, hvilket medfører *konkurrenceskadelig afskærmning*.

6.1 Tvang

Det fremgår af art. 102, stk. 2, litra d, at misbrug kan bestå i:

"at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som [...] ikke har forbindelse med aftalens genstand"

Implicit indeholder denne passus et krav om et vist tvangselement. Det skal bemærkes, at begrebet tvang ikke vedrører den enkelte forbrugers syn på det bundne produkt. Afgørende er, om forbrugerne overordnet har mulighed for at fravælge det bundne produkt.⁹⁰ Uden tvang ville virksomheden ikke kunne påvirke den almindelige efterspørgselsallokation, og for at kunne påvirke konkurrencen, må tvangselementet derfor betragtes som en iboende og nødvendig betingelse for ulovligt kombinationssalg.

Tvang foreligger ikke kun i tilfælde, hvor forbrugeren måtte være kontraktligt bundet. Også hvor særskilte produkter er sammensat i ét integreret produkt, eller i tilfælde hvor producenten uden objektiv grund gør garantidækningen af det bindende produkt betinget af, at kunderne anvender producentens produkter eller serviceydelser, vil forbrugerne være underlagt tvang.⁹¹

Ved blandet bundling forekommer det unaturligt at tale om tvang over for forbrugeren, da produkterne netop både udbydes som en pakke men også særskilt. Tvangselementet ligger dog i det økonomiske incitament for forbrugeren, og i tilfælde, hvor det vil være økonomisk irrationelt at købe produkterne hver for sig, vil der også være tale om tvang.⁹²

6.2 Særskilte produkter

Efter art. 102, stk. 2, litra d, er der tale om særskilte produkter, når tillægsydelserne *"[...] efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand."* Som nævnt er bestemmelsen ikke udtømmende, og kombinationssalget kan derfor også være forbudt i tilfælde, hvor tillægsydelserne efter sin natur eller ifølge handelssædvane *har* forbindelse med aftalens genstand. Imidlertid *kan* handelssædvaner være et udtryk for virksomhedernes tilpasning til kundernes efterspørgsel, og altså at der ikke er tale om særskilte produkter.

I begrebet særskilte produkter ligger der ikke et krav om, at produkterne skal høre til forskellige produktmarkeder, da produkterne sagtens kan være tilstrækkeligt differentierede til at udgøre særskilte produkter.⁹³ Det er heller ikke et krav, at produkterne åbenlyst fremstår som selvstændige komponenter.⁹⁴ Tilfælde hvor ét produkt er fysisk eller teknisk integreret i et andet, kan derfor ligeledes udgøre et ulovligt kombinationssalg.

Når lovligheden af kombinationssalget skal vurderes, må fokus rettes mod kundernes efterspørgsel. 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 se-*

⁹⁰ Microsoft, præmis 961 og 969-971.

⁹¹ Heide-Jørgensen m.fl., s. 697. Eksempler fra retspraksis vedrørende garantiforpligtelser er bl.a. Rettens dom af 12. December 1991 i sag T-30/89, Hilti AG mod Kommissionen og Domstolens dom af 14. november 1996 i sag C-333/94 P, Tetra Pak International SA mod Kommissionen.

⁹² Heide-Jørgensen m.fl., s. 698.

⁹³ Diskussionsoplægget, pkt. 185.

⁹⁴ Microsoft, præmis 935.

*kundære produkt hos samme leverandør [...]”*⁹⁵ Hvis der omvendt ingen efterspørgsel er efter det ene af produkterne, ville det være urimeligt, at pålægge en virksomhed at opdele salget til enkelte komponenter i stedet for en integreret afsætning af begge produkter.

Efterspørgslen må vurderes for alle produkterne. Hvor det kan slås fast, at der findes selvstændig efterspørgsel efter produkt B, er det afgørende, om der ligeledes er efterspørgsel efter A separat.⁹⁶ Er dette ikke tilfældet, vil der være tale om de to produkter AB og B. Med andre ord, giver det kun mening at forpligte en virksomhed til at opsplitte salget af komponenter, hvis hvert komponent kan sælges særskilt.

Som direkte bevis på, at to produkter er særskilte, nævner Kommissionen situationer, hvor forbrugerne rent faktisk køber produkterne særskilt fra forskellige forsyningskilder. Tilfælde hvor der findes virksomheder på markedet, som er specialiserede i separat produktion og salg af det kundære produkt eller begge produkter, er eksempler på indirekte beviser på, at produkterne er særskilte.⁹⁷ Et sådant bevis kan eventuelt komme fra et andet og mere konkurrencepræget geografisk marked.⁹⁸

Vurderingen af produkterne må foretages nuanceret og på baggrund af de faktiske omstændigheder. Hvor det kan godtgøres, at alle bortset fra et ubetydeligt antal kunder i tilfælde uden kombinationssalg alligevel ville have købt de to produkter hos den dominerende virksomhed, skal forholdet ikke behandles som et kombinationssalg. Dette gælder også, selvom forbrugerne tidligere har købt produkterne fra separate forsyningskilder. Grunden hertil er, at sammenkoblingen af produkterne ikke påvirker konkurrencen.⁹⁹

Lader man den af Kommissionen foreslåede dokumentation stå alene, vil man i nogle tilfælde nå frem til direkte forkerte resultater. Lagdes det eksempelvis til grund, at tilstedeværelsen af andre producenter, som har specialiseret sig i fremstilling og salg af det bundne produkt, i sig selv er bevis for, at der er tale om særskilte produkter, ville dette kunne ramme helt almindelige – og lovlige – kombinationer såsom sko med snørebånd og biler med air condition.¹⁰⁰ Ikke desto mindre, er sådanne beviser i sig selv blevet tillagt afgørende betydning i retspraksis.¹⁰¹

Navnlig teknisk integration på innovative markeder rejser særlige problemstillinger. Ved en forstatisk tilgang og manglende hensyntagen til udviklingen på markedet, risikerer man at modvirke innovationen og nye forbrugerpræferencer og dermed hæmme fremkomsten af nye og bedre produkter og en forbedret brugeroplevelse. Diskussionsoplægget fremhæver da også den mulighed, at en kombination af to produkter som tidligere var særskilte, i fremtiden må betragtes som ét produkt.¹⁰²

Kompleksiteten taget i betragtning burde Vejledningen, i sin egenskab af prioriteringsredskab, indeholde et mere uddybende afsnit om særskilte produkter. Blandt andet bør det understreges, at de nævnte beviser for særskilte produkter kun indgår som en del af en samlet vurdering, og ligeledes at vurderingen af, om produkterne er særskilte, kræver en analyse af markedets dynamik og skiftende forbrugerpræferencer.

⁹⁵ Vejledningen, pkt. 50.

⁹⁶ O'donoghue og Padilla, s. 101.

⁹⁷ Supra, note 95.

⁹⁸ Diskussionsoplægget, pkt. 186.

⁹⁹ Lang og Renda, s. 59-60.

¹⁰⁰ O'donoghue og Padilla, s. 494.

¹⁰¹ Rettens dom af 12. December 1991 i sag T-30/89, Hilti AG mod Kommissionen, præmis 67, Rettens dom af 6. Oktober 1994 i sag T-83/91, Tetra Pak International mod Kommissionen, præmis 82 og Microsoft, præmis 927. Der synes dog at være en smule forskel i ordvalget i henholdsvis de engelske og danske udgaver af dommene. Eksempelvis betegner den engelske udgave af førstnævnte dom tilstedeværelsen af andre fabrikanter som "*sound evidence*", mens samme omstændighed i den danske udgave kun udgør et "*væsentligt indicium*" for, at der findes et særskilt marked. Sidstnævnte formulering giver i højere grad et indtryk af, at andre faktorer ligeledes inddrages i vurderingen.

¹⁰² pkt. 187.

6.3 Konkurrenceskadelig afskærmning

For at udgøre et misbrug, må den dominerende virksomheds adfærd medføre, at "[...] 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 foretage en profitabel prisforhøjelse til skade for forbrugerne."¹⁰³

Med begrebet "prisforhøjelse", henviser Kommissionen til samtlige konkurrenceparametre, som kan påvirkes til fordel for den dominerende virksomhed og til skade for forbrugerne, såsom pris, kvalitet, udvalg og innovation.¹⁰⁴ Endvidere skal det bemærkes, at "forbrugerne" omfatter alle direkte og indirekte brugere, og altså ikke kun slutbrugerne.¹⁰⁵

Udviklingen i den økonomiske teori har medført et paradigmeskift fra en form-baseret tilgang, med fokus på kategoriseringen af adfærdens form, til en effekt-baseret tilgang, hvor økonomiske aspekter samt adfærdens virkninger på markedet og på forbrugervelfærden bliver det centrale for misbrugsvurderingen. Vejledningen er i høj grad udtryk for den nye tilgang, som, ifølge Kommission selv, allerede var herskende før vejledningens tilblivelse.¹⁰⁶

Af Vejledningen fremgår, at den i sin vurdering af, om en virksomheds adfærd har konkurrenceafskærmende virkning, vil undersøge visse generelle faktorer, som gælder for alle typer ekskluderende misbrug, samt ligeledes om specifikke forhold af betydning for den konkrete misbrugstype er til stede. Andre faktorer som Kommissionen måtte finde relevante, inddrages dog ligeledes, og der er derfor ikke tale om udtømmende opregninger.¹⁰⁷

6.3.1 De generelle faktorer

Kommissionens definition af konkurrenceskadelig afskærmning indeholder to led, som må opfyldes, hvis en virksomheds adfærd skal udgøre et misbrug. *Dels* skal der ske en afskærmning (af faktiske eller potentielle konkurrenter), og *dels* skal denne være konkurrenceskadelig (til skade for forbrugerne). Definitionen indeholder altså ikke en selvstændig beskyttelse af konkurrenterne, men er derimod et udtryk for, at en påvirkning af konkurrencestrukturen kan have en negativ effekt på forbrugernes velfærd og derfor nødvendiggør indgriben. Dette understreger, at Kommissionen i sin vurdering vil anlægge en effekt-baseret tilgang, hvor forbrugerne er i centrum. Ikke desto mindre er første led af definitionen klart i centrum i Kommissionens behandling af konkurrenceskadelig afskærmning, mens en uddybende behandling af forbrugerskaden synes undladt.¹⁰⁸

Kommissionen fremhæver syv generelle faktorer, som den finder relevante for vurderingen af, om en virksomheds adfærd fører til konkurrenceskadelig afskærmning:

- 1) den dominerende virksomheds stilling,
- 2) forholdene på det relevante marked,
- 3) den stilling, den dominerende virksomheds konkurrenter indtager,
- 4) kundernes eller inputleverandørernes stilling,
- 5) omfanget af det påståede misbrug,
- 6) mulige beviser på, at der faktisk foreligger afskærmning, og
- 7) direkte bevis på en ekskluderende strategi.

Flere af punkterne indeholder et vist overlap med vurderingen af virksomhedens dominerende stilling.¹⁰⁹ Forhold som eksempelvis graden af dominans og tilstedeværelsen af adgangs- og ek-

¹⁰³ Vejledningen, pkt. 19

¹⁰⁴ *ibid.*, pkt. 11.

¹⁰⁵ *ibid.*, punkt 19, note 15.

¹⁰⁶ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>

¹⁰⁷ Vejledningen, pkt. 20. De specifikke betingelser for tying og bundling findes i pkt. 52-57.

¹⁰⁸ Lang og Renda, s. 27-28.

¹⁰⁹ *ibid.*, s. 26

spansionsbarrierer er imidlertid af væsentlig betydning både for vurderingen af dominans og konkurrenceskadelig afskærmning, og må derfor medinddrages i begge vurderinger. Det ville dog være ønskværdigt, hvis Kommissionen understregede, at ingen af de generelle punkter kan stå alene, idet hvert punkt skal lægges til grund med passende vægt i den samlede vurdering af den konkurrenceafskærmende virkning. Et bevis på faktisk afskærmning iht. punkt 6 kan eksempelvis blot være udtryk for den dominerende virksomheds overlegne effektivitet eller kvalitet og dermed ”*competition on the merits*”, og giver derfor ikke ophav til konkurrencemæssige betænkeligheder. Modsat vil forbrugerne i denne situation faktisk være bedre stillet, mens kun konkurrenterne skades.¹¹⁰ Nogle af de mest åbenlyse effektivitetsgevinster ved tying og bundling udspringer af stordriftsfordele og synergieffekter i form af besparelser i produktionen og distributionen af produkterne, som virksomheden kan overføre direkte til forbrugerne. Stordriftsfordele og synergieffekter nævnes eksplicit i punkt 2, men Kommissionen må sikre sig, at disse ikke tillægges større vægt end nødvendigt som en konkurrenceafskærmende faktor.

De generelle faktorer indeholder flere tegn på, at Kommissionens i sin nye tilgang retter fokus mod den effekt, som adfærden medfører. Særligt punkt 3 og 4 viser, at adfærdens faktiske effekt ikke kan vurderes korrekt, uden en tilbundsgående undersøgelse af den komplekse interaktion mellem markedsaktørerne.¹¹¹ I denne undersøgelse spiller konkurrenterne, kunderne og inputleverandørerne en væsentlig rolle. Kommissionen nævner selv det tilfælde, at en konkurrent er særligt innovativ. Her vil denne – på trods af en lille markedsandel – have en stor disciplinerende effekt overfor den dominerende virksomhed, hvorfor sidstnævntes adfærd med mindre sandsynlighed vil have afskærmende virkning.

I Vejledningens pkt. 21 forbeholder Kommissionen sig imidlertid ret til ikke at foretage en detaljeret vurdering i tilfælde, hvor adfærden udelukkende hindrer konkurrencen og ikke medfører effektivitetsgevinster. Det må holdes for øje, at Vejledningen udgør et prioriteringsredskab, og således også udtrykker de tilfælde, hvor Kommissionen ikke vil ofre ressourcer. I situationer hvor den konkurrenceskadelige effekt åbenlyst er særligt stor, er det derfor også rationelt, at Kommissionen begrænser sit ressourceforbrug. En indskrænket analyse synes dog at være i modstrid med Kommissionens nye tilgang, og den økonomiske teori i øvrigt. Desuden er udsagnet i pkt. 21 logisk modstridende, da en konstatering af at en adfærd udelukkende hindrer konkurrencen, definatorisk kræver en analyse af eventuelle positive effekter. Retten til en indskrænket analyse begrænser sig derfor til de tilfælde, hvor effektivitetsgevinsterne er meget få eller ubetydelige i forhold til den negative effekt.

Fordelene ved at kunne anvende den indskrænkede analyse er ifølge Lang og Renda overskygget af risikoen for fejlagtige afgørelser, da de tilfælde hvor en adfærd udelukkende har konkurrencebegrænsende følger er ekstremt få. Kommissionens egne eksempler i pkt. 21 er da også specifikke, at de i sig selv viser, at en indskrænket analyse kun vil være relevant i et meget begrænset omfang.¹¹² Forfatterne foreslår derfor, at Kommissionen og andre brugere af Vejledningen ser bort fra pkt. 21, og i stedet forlanger tilstrækkeligt bevis for den sandsynlige effekt på forbrugervelfærden.¹¹³ På baggrund af det ovennævnte, må dette tilsluttes.

Om adfærden udgør en konkurrenceskadelig afskærmning, vurderer Kommissionen ud fra en passende kontrafaktisk situation, som eksempelvis blot kan være et scenario, hvor den pågældende adfærd ikke er til stede.¹¹⁴

Den anvendte standard for konkurrenceskadelig afskærmning omtales nærmere i det umiddelbart følgende afsnit.

¹¹⁰ *ibid.*

¹¹¹ *ibid.*, s. 27.

¹¹² *ibid.*, s. 29.

¹¹³ *ibid.*, s. 25.

¹¹⁴ Vejledningen, pkt. 20.

6.3.2 De specifikke faktorer

De specifikke faktorer udgør, ligesom resten af Vejledningen, et udtryk for, hvornår Kommissionen vil træde ind og undersøge en virksomheds adfærd, og tjener således et retssikkerhedsskabende formål for virksomheder og andre brugere af Vejledningen.

Når den konkurrenceskadelige afskærmning skal vurderes specifikt for tying og bundling, understreger Kommissionen, at afskærmningen kan ske på det primære marked, det sekundære marked eller eventuelt på begge markeder samtidigt.¹¹⁵ Som Kommissionen selv påpeger, vil en adfærd som umiddelbart knytter sig til det sekundære marked kunne have indvirkning på det primære marked, hvilket illustrerer nødvendigheden af en grundig undersøgelse af begge markeder.

Kommissionen opregner seks specifikke faktorer, hvis tilstedeværelse øger risikoen for konkurrenceskadelige afskærmning:¹¹⁶

- 1) når kombinationssalget er en permanent strategi
- 2) når virksomheden har en dominerende stilling for mere end ét af produkterne i en pakke,
- 3) hvis antallet af kunder, der vil købe det sekundære produkt alene, ikke er tilstrækkeligt til at holde liv i konkurrenterne på det sekundære marked,
- 4) hvis det primære og sekundære produkt kan anvendes i et variabelt forhold som input i en produktionsproces,
- 5) hvis prisen på det primære marked er reguleret, og den dominerende virksomhed kan kompensere for dette ved at hæve prisen på det sekundære produkt, og
- 6) hvor det sekundære produkt er et komplementært produkt til det primære produkt.

Det må også hér understreges, at de opregnede punkter ikke kan stå alene. Eksempelvis er teknisk tying dyrt at ændre, og mindsker mulighederne for videresalg af enkeltkomponenterne,¹¹⁷ men kan også være begrundet i forskellige effektivitetsgevinster, hvilket må inddrages i den samlede vurdering.¹¹⁸

Som nævnt udgør hverken de generelle eller de specifikke faktorer udtømmende opregninger, og Kommissionen vil derfor også inddrage helt sagsspecifikke forhold, som måtte have relevans for vurderingen.

Af særlig betydning er understregningen af, at den dominerende virksomheds adfærd skal have en *faktisk eller sandsynlig* konkurrenceskadelig udelukkelsesvirkning.¹¹⁹ Kommissionen har dermed fastholdt den standard, som også anvendtes i Diskussionsoplægget,¹²⁰ og det er således ikke længere tilstrækkeligt, at adfærden er *egnet* til at udelukke konkurrenterne, hvilket hidtil er blevet lagt til grund i retspraksis.¹²¹ Den nye fokus på adfærdens faktiske eller sandsynlige effekt udgør et væsentligt skridt bort fra den per se-formodning om ulovlighed, som hidtil har gjaldt for tying og bundling.¹²²

Det er tidligere set i retspraksis, at virksomheders adfærd har udgjort et misbrug på trods af, at det ønskede resultat ikke er opnået. En konsekvent vurdering af den faktiske eller sandsynlige virkning synes imidlertid at indskrænke muligheden for at ignorere faktorer som den dominerende virksomheds faldende markedsandele og konkurrenternes stigende markedsandele, under henvisning til den dominerende virksomheds hensigt med adfærden. Således bør en adfærd ikke

¹¹⁵ Ibid., pkt. 51.

¹¹⁶ Ibid., pkt. 52-57.

¹¹⁷ Ibid., pkt. 52.

¹¹⁸ Dette anerkendes også af Kommissionen, jf. *ibid.*, pkt. 61.

¹¹⁹ Vejledningen, pkt. 51.

¹²⁰ pkt. 55.

¹²¹ Se bl.a. Rettens dom af 30. september 2003 i sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, præmis 239.

¹²² Heide-Jørgensen m.fl., s. 692.

udgøre et misbrug, når det ønskede resultat ikke er opnået eller sandsynligvis ikke kan opnås.¹²³ I overensstemmelse hermed, vil direkte beviser i form af interne dokumenter, som dokumenterer virksomhedens adfærd, kun inddrages i Kommissionens vurdering som fortolkningsbidrag i den samlede vurdering af udelukkelsesvirkningen,¹²⁴ og skal suppleres med yderligere faktorer til støtte for den faktiske eller sandsynlige virkning.

Vurderingen af adfærdens sandsynlige virkning muliggør en effektiv indgrebspolitik, således at misbrugsadfærden kan stoppes tilstrækkeligt hurtigt og derfor ikke når at påvirke konkurrencen, hvilket er gunstigt, da en faktisk skade på konkurrencen og forbrugerne meget vanskeligt lader sig genoprette.

De seneste års udvikling på området for tying og bundling har medført en bredere accept af adfærden som en almindelig og legitim praksis i både større og mindre virksomheders normale forretningsførelse,¹²⁵ og teorien på området viser, at de tilfælde hvor en adfærd kun medfører konkurrencebegrænsninger men ingen effektivitetsgevinster er særdeles få.¹²⁶

En formodningsregel for misbrug, som udelukkende har sit fundament i en adfærds egnethed til at udelukke konkurrenter, ville hindre en nuanceret tilgang til kombinationssalg, og ville desuden medføre en væsentlig risiko for forkerte afgørelser. Forbrugervelfærden tilgodeses ikke ved en manglende eller mangelfuld vurdering af konkurrencens komplekse aspekter, hvorfor en misbrugsvurdering kun yderst sjældent – hvis overhovedet – må kunne underkastes formodningsregler og vurderinger, som ikke inkluderer samtlige skadelige og gavnlige forhold.

6.3.3 *Kommentarer*

Kommissionens behov for ressourcebesparelse skal naturligvis anerkendes, hvorfor tilstrækkeligt overvejede ræsonnementer for prioritering er helt på sin plads.

Med den nye, bredere anerkendelse af kombinationssalgs gavnlige effekter, forekommer det dog at være ganske vanskeligt at opstille scenarier, hvor konkurrencebegrænsende faktorer helt åbenlyst vejer tungest. I sidste instans synes den generelle holdning til kombinationssalg at være af afgørende betydning for Kommissionens overordnede mulighed for prioriteringer i deres håndhævespolitik. Anses kombinationssalg generelt som skadelig for konkurrencen, retfærdiggøres formodningsregler for misbrug og indskrænkede vurderinger, og indebærer en accept af risikoen for forkerte forbud. Anerkendelsen af gavnlige effekter, og nødvendigheden af tilbunds gående, effekt-baserede vurderinger synes dog i høj grad at fratage Kommissionen muligheden for at opstille kriterier, som med retfærdighed begrunder at visse sager tildeles begrænset opmærksomhed. På denne måde medfører det nye syn på kombinationssalg et enten-eller-dilemma, hvor Kommissionen *enten* anerkender gavnligheden af kombinationssalg og gennemgående undersøger effekten på konkurrencen tilbunds gående *eller* antager, at kombinationssalg oftest er skadelig for konkurrencen, og ud fra denne betragtning sparer ressourcer ved at undlade en effekt-baseret vurdering. Kommissionens egen hensigt om at vurdere adfærdens faktiske eller sandsynlige virkning efterlader kun plads til særdeles strukturerede kriterier for en begrænset analyse, og dennes anvendelighed må begrænse sig til særligt specifikke og let identificerbare tilfælde.

6.3.4 *Prisbaseret ekskluderende misbrug – blandet bundling*

Blandet bundling kan indebære et økonomisk tvangselement over for forbrugerne, og falder derfor ind under kategorien prisbaseret ekskluderende misbrug, men der gælder de samme konkurrencemæssige betæneligheder for denne adfærd, som for kombinationssalg i øvrigt. Gennem lav prissætning kan den dominerende virksomhed gøre det separate køb af pakkens produkter økonomisk irrationelt. Forbrugerne tilskyndes til at købe den samlede pakke, hvormed konkurren-

¹²³ Supra, note 121, præmis 245 og Rettens dom af 17. december 2003 i T-219/99, British Airways mod Kommissionen, præmis 297, hvor den begrænsede virkning af adfærden ikke tillagdes megen vægt.

¹²⁴ supra, note 119, pkt. 20.

¹²⁵ Se bl.a. Diskussionsoplægget, pkt. 178 og Vejledningen, pkt. 48.

¹²⁶ Lang og Renda, s. 24-25 og s. 29.

ter der kun udbyder det ikke-dominerende produkt ekskluderes, hvorefter den dominerende virksomhed kan hæve prisen over et konkurrencepræget niveau (leveraging).¹²⁷

Kommissionen har fastsat nogle *benchmarks* for prisfastsættelsen af produkter, som er udtryk for en, at en *lige så effektiv konkurrent* skal kunne konkurrere med den dominerende virksomhed. Kun hvor den dominerende virksomheds adfærd har ekskluderende virkning overfor en sådan konkurrent, vil Kommissionen gribe ind.¹²⁸ Således er den dominerende virksomhed ikke forpligtet til at minimere sin effektivitet af hensyn til mindre effektive konkurrenter. Til gengæld vil en omkostningsdækning under de omtalte benchmarks kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning til skade for forbrugerne. For at fastslå dette, vurderer Kommissionen økonomiske data vedrørende omkostninger og salgspriser. Disse data kan være den dominerende virksomheds egne, konkurrentens eller tilsvarende pålidelige data.¹²⁹

De to benchmarks udgør henholdsvis de gennemsnitlige undgåelige omkostninger (AAC) og de langsigtede, gennemsnitlige meromkostninger (LRAIC).¹³⁰ Generelt gælder der en *per se formodning* om misbrug ved en omkostningsdækning under AAC, mens en omkostningsdækning over LRAIC udgør en *safe harbour*. Hvor AAC ikke dækkes, er det tegn på, at der gives afkald på fortjeneste på kort sigt, mens manglende dækning af LRAIC er udtryk for, at virksomheden ikke får dækket alle faste omkostninger for de pågældende produkter eller tjenesteydelser.¹³¹ Ved blandet bundling er LRAIC den afgørende omkostningsdækningsstandard. Kommissionen udtrykker, at de omtalte benchmarks "sandsynligvis" vil benyttes,¹³² samt at den "normalt" vil gribe ind¹³³, og forbeholder sig dermed retten til at afvige herfra, hvis det findes relevant.

Kommissionen vil se på den merpris som kunderne skal betale for hvert af den dominerende virksomheds produkter i pakken. Er denne over LRAIC, vil Kommissionen således ikke gribe ind, da en lige så effektiv konkurrent med kun ét produkt, antages at kunne konkurrere med pakken.¹³⁴

Konkurreres der mellem forskellige aktørers pakker, er afgørende i stedet, om pakkens pris samlet udgør predatory pricing.¹³⁵ Dette ligger udenfor dette speciales rammer, hvorfor der henvises til litteratur vedrørende denne misbrugstype.

De dominerende virksomheder har en væsentlig interesse i på forhånd at kunne vurdere, hvorledes en påtænkt forretningspraksis i fremtiden vil blive imødekommet af konkurrenter og lovgivningens administratorer. Ved fastsættelsen af konkrete omkostningsdækningsstandarder, har Kommissionen taget et stort skridt i retning af større forudsigelighed og retssikkerhed. Kommissionen afviger dog på to punkter herfra, og tilføjer dermed den ellers kontante tilgang visse usikkerhedsmomenter. Den første afvigelse indeholder en beskyttelse af en mindre effektiv konkurrent, mens den anden er en inddragelse af fællesomkostninger for flere produkter, som ellers ikke er omfattet af LRAIC (og AAC).

I nogle tilfælde vurderer Kommissionen, at en mindre effektiv konkurrent vil kunne udøve et pres på den dominerende virksomhed. Dette må undersøges ud fra et dynamisk synspunkt under det

¹²⁷ Heide-Jørgensen m.fl., s. 702.

¹²⁸ Vejledningen, pkt. 22.

¹²⁹ *ibid.*, pkt. 24.

¹³⁰ AAC omfatter faste og variable omkostninger, som virksomheden ville have undgået ved ikke at producere de ekstra enheder, som adfærden vedrører. LRAIC omfatter faste og variable omkostninger, som opstår i forbindelse med fremstillingen af et bestemt produkt. LRAIC vil normalt være højere end AAC, da førstnævnte omfatter faste omkostninger fra tiden før det påståede misbrug, mens sidstnævnte kun omfatter faste omkostninger, som virksomheden pådrager sig i den periode, der undersøges, Heide-Jørgensen m.fl., s. 708 ff.

¹³¹ Vejledningen, pkt. 25.

¹³² *ibid.*

¹³³ *ibid.*, pkt. 60.

¹³⁴ *ibid.*, pkt. 58-59.

¹³⁵ *ibid.*, pkt. 60.

ræsonnement, at konkurrenten med tiden vil kunne forbedre sin effektivitet.¹³⁶ Det ville være be-
lejligt med uddybende bemærkninger om denne dynamiske vurdering. Kommissionen henviser til
situationer, hvor konkurrenten kan opnå netværks- og læringseffekter, hvis den dominerende
virksomhed ikke misbruger sin stilling. Selvom udsagnet fremstår som en undtagelse til "*lige så
effektiv konkurrent-testen*", har den teoretisk set en stor udstrækning, og vil kunne finde anvendelse
på samtlige omkostningstunge adgangsbarrierer, som nye aktører på markedet må over-
vinde. Muligheder for at anlægge det dynamiske synspunkt muliggør dog en effektbaseret vurde-
ring, og en stillingtagen til de mere komplekse relationer på markedet, men Kommissionens ge-
nerelle udtalelser skaber mere forvirring end gavn, og må suppleres med mere konkrete kriteri-
er.¹³⁷

Behandlingen af fællesomkostninger er ikke en problemstilling, som ofres megen omtale i Vejled-
ningen. Ikke desto mindre er tilstedeværelsen af fællesomkostninger en faktor, som kan have stor
betydning for, om den dominerende virksomhed anses for at være mere effektiv en konkurrent.
Fokusering på AAC og LRAIC udgør umiddelbart en fordel, idet fælles omkostninger for flere pro-
dukter ikke skal inddrages og fordeles.¹³⁸ Dette er dog kun udgangspunktet, som Kommissionen
kan tilsidesætte, hvis fællesomkostningerne er betydelige.¹³⁹ Logikken bag denne undtagelse er
klar. I tilfælde med høje startomkostninger og *sunk costs*¹⁴⁰ kan den dominerende virksomhed,
som er aktiv på flere markeder, fordele omkostningerne på flere produkter, mens den konkurre-
rende virksomhed, som kun er aktiv på det ene marked, må genindvinde omkostningerne gen-
nem afsætningen af det ene produkt. Virksomhedernes effektivitet vurderes derfor på et ulige
grundlag.

På den ene side opfordrer Kommissionens altså virksomheder til at udvide deres produktsorti-
ment, og tilskynder dominerende virksomheders udnyttelse af synergieffekter, hvis dette kan bi-
bringe større effektivitet og gavne forbrugerne.

På den anden side bliver betydelige fællesomkostninger inddraget i vurderingen, hvorved den
dominerende virksomhed straffes for sin effektivitet.

Inddragelsen af fællesomkostninger må derfor begrænses mest muligt, og en betingelse må væ-
re, at konkurrenten ikke selv kan opnå synergieffekter.¹⁴¹

Kommissionens to undtagelser medfører et fald i forudsigeligheden og retssikkerheden med risi-
ko for, at dominerende virksomheder ikke udnytter egen effektivitet. I sidste ende kan dette have
en negativ effekt for forbrugerne, som må betale højere priser.¹⁴²

Høje startomkostninger vil på nogle markeder medføre tab i starten af forretningsperioden. For
ikke at udgøre fejlagtig dokumentation for, at den dominerende virksomheds pris ligger under
omkostningsdækningsstandard, må disse omkostninger inddrages i vurderingen. Der findes
flere løsninger på denne problemstilling, eksempler kunne være at ignorere startomkostningerne
eller at fordele omkostningerne over en længere periode.^{143, 144}

Et særligt spørgsmål rejser sig vedrørende *system pricing*,¹⁴⁵ som er kendetegnet ved, at en virk-
somhed sælger sit primære produkt med tab (eller giver det væk gratis), mens det sekundære,

¹³⁶ Vejledningen, pkt. 23.

¹³⁷ Lang og Renda er af den opfattelse, at lige så effektiv konkurrent-testen må anvendes uden undtagelse,
hvis Kommissionen ikke kan eller vil definere kriterierne nærmere, Lang og Renda, s. 31.

¹³⁸ Heide-Jørgensen m.fl., s. 710.

¹³⁹ Vejledningen, pkt. 25, note 18.

¹⁴⁰ Sunk costs defineres som omkostninger, der ikke kan genindvindes, hvis virksomheden må forlade mar-
kedet.

¹⁴¹ Lang og Renda, s. 36.

¹⁴² *ibid.*, s. 31.

¹⁴³ *supra*, note 138, s. 711-712.

¹⁴⁴ I Kommissionens beslutning af 16. juli 2003 i sag COMP/38.233, Wanadoo Interactive, anvendtes sidst-
nævnte løsning ved at fordele omkostningerne på 48 mdr.

¹⁴⁵ Også betegnet *loss-leading*.

komplementære produkt er prissat på en sådan måde, at virksomheden samlet set opnår profit. Det primære produkt sælges altså udelukkende med henblik på at skabe et behov for det sekundære produkt, mens virksomhedens krydssubsidiering mellem produkterne sikrer profitten. Praktiske eksempler er barberskrabere og barberblade, mobiltelefoner og abonnementer samt spil-konsoller og spil. Denne praksis opstår navnlig på tosidede markeder, hvor der, som navnet antyder, findes to grupperinger, som er indbyrdes afhængige af hinanden. For sidstnævnte eksem-pels vedkommende, er køberne af spilkonsoller afhængige af, at spilproducenterne udvikler soft-ware til netop deres platform, mens spilproducenterne omvendt er afhængige af tilstrækkelig ud-bredelse af den platform, som de udvikler software til. Med andre ord må platformen “*get both sides of the market on board*”.¹⁴⁶

Når produkterne sælges hver for sig, må forholdet vurderes som predatory pricing, og generelt anses system pricing i litteraturen om predatory pricing for gavnlige for konkurrencen.¹⁴⁷ Spørgs-målet er, om samme generelle udgangspunkt gælder for kombinationssalg.

Hvor produkterne sælges sammen som en pakke med rabat, foreligger der blandet bundling, og afgørende bliver følgelig, om prissætningen kan ekskludere lige så effektive konkurrenter.

Vejledningen henviser kun overfladisk til tosidede markeder, men anfører dog generelt, at det kan være nødvendigt at se på indtægterne og omkostningerne på begge markeder samtidig.¹⁴⁸ Ud-over omkostningerne og indtægterne, må det dog ligeledes være nødvendigt at vurdere, om pri-ser under LRAIC på grund af det flersidede marked kan medføre effektivitetsgevinster. For spil-konsollernes vedkommende, er det fast praksis, at konsollen sælges med tab. De enorme inve-steringer i grafikoptimering mv., ville gøre konsollen betydeligt dyrere, hvis ikke en del af profitten kunne genindvindes gennem det komplementære produkt. Dette løses i praksis via spiludvikler-nes royaltybetaling til konsoludvikleren. Uden denne praksis ville det sandsynligvis kun være ba-sis for en meget snæver – hvis nogen – udbredelse af konsoller, da prisen ville være væsentlig højere, og forbrugerne og spiludviklerne derfor væsentlig færre. Omvendt medfører en lav pris på konsolsiden potentielt flere forbrugere, et bredere udvalg på spilsiden og dermed større profit for spiludbydere og konsoludbydere (via royalty) samt gavn for forbrugerne.

Derfor må der udvises forsigtighed, når tosidede markeder vurderes. Virksomheder på disse markeder må påpasseligt anlægge den rette prisstruktur og investeringsstrategi, for på den måde at afbalancere efterspørgslen mellem de to markedssider, som er essentielle for platformens ek-sistens.¹⁴⁹ Skeles der ikke til begge markeder risikerer man at forhindre fremkomsten af platfor-me, som samlet set forøger forbrugervelfærden.

Virksomheders strategiske overvejelser må dog ikke negligeres. System pricing via blandet bund-ling kan udgøre en konkurrenceskadelig afskærmning over for konkurrenter, som kun er aktive på ét marked. En konkurrerende producent af det primære produkt som ikke kan krydssubsidiere, er afhængig af profit ved salget af dette produkt, hvorfor en for lempelig tilgang til system pricing vil muliggøre den dominerende virksomheds effektive udelukkelse af konkurrenten.

På markeder hvor der knytter sig betydelige købsovervejelser til det primære produkt i form af pris og fremtidige anvendelsesmuligheder, vil system pricing kunne stille den dominerende virk-somhed i en særligt stærk position. En fordelagtig pakkerabat som indeholder både konsol og spil, tiltrækker et betydeligt antal forbrugere, og har konkurrencemæssige konsekvenser i hele konsollens levetid, da de færreste forbrugere køber mere end én konsol.

¹⁴⁶ J-C. Rochet og J. Tirole: “Platform Competition in Two-Sided Markets” i *JEEA*, 2003, s. 1.

¹⁴⁷ OFT: “Assesment of conduct” (Draft competition law guideline for consultation, OFT414a, 2004), s. 15 og Cyril Ritter: “Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical Rethink?” i *World Competition* 27(4), 2004, s. 631.

¹⁴⁸ Vejledningen, pkt. 25, note 19.

¹⁴⁹ D. S. Evans: “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets” i *YJoR*, Vol. 20, 2003, s. 293 og 294.

På baggrund af det anførte må det konstateres, at den rette tilgang til system pricing bør være en almindelig effektbaseret tilgang, hvor de konkurrenceskadelige effekter afvejes i forhold til de eventuelle effektivitetsgevinster. Der synes ikke at være basis for en formodning om lovlighed, som der argumenteres for vedrørende predatory pricing, da en prissætning under LRAIC vil kunne udelukke en lige så effektiv konkurrent med kun ét produkt.

6.4 Objektive begrundelser

Hvor art. 101, stk. 3 udgør en fritagelse fra forbuddet i stk. 1, indeholder art. 102 ikke en tilsvarende hjemmel. I praksis er der dog indfortolket en hjemmel til at fritage dominerende virksomheder fra forbuddet, hvis der foreligger objektive begrundelser. Traditionelt opdeles de objektive begrundelser i *objektiv nødvendighed, beskyttelse af egne handelsmæssige interesser og effektivitetsgevinster*.

6.4.1 Objektiv nødvendighed

Det påståede misbrug kan være begrundet i forhold, som ligger uden for den dominerende virksomheds råden. Sundheds- og sikkerhedsmæssige grunde samt begrundelser om produktansvar vil eksempelvis kunne begrunde en dominerende virksomheds kombinationssalg.¹⁵⁰ For ikke at udgøre et misbrug, må proportionalitetsprincippet overholdes. Adfærden skal således være egnet, absolut nødvendig, og stå i forhold til den dominerende virksomheds påståede målsætning.¹⁵¹

Som nævnt under afsnit 5.1.3 er det dog et offentligretligt anliggende, og ikke virksomhedernes opgave, at varetage sundheds- og sikkerhedshensyn.¹⁵²

I vurderingen af Hiltis adfærd,¹⁵³ tog man hensyn til de forskellige nationale sikkerhedskrav, normer og henstillinger vedrørende bolte og forbrugsgods, og Kommissionen konstaterede, at det måtte pålægges de uafhængige fabrikanter, at garantere en passende standard, og brugere at kontrollere boltenes egnethed. Ydermere fandtes arbejdsgivere i samtlige undersøgte medlemsstater, at have en tilsyns- og oplæringspligt ved brug af produkterne. Derfor udgjorde Hiltis argumenter for tyng af patronmagasiner og bolte ikke en objektiv begrundelse.¹⁵⁴

I *Tetra Pak II*¹⁵⁵ nåede Retten samme resultat. Tetra Paks adfærd omfattede blandt andet aftalebaseret tyng af påfyldningsmaskiner og kartoner. Under henvisning til Hilti-afgørelsen, fandt Retten, at Tetra Paks argumenter om teknik, produktansvar, samt hensynet til den offentlige sundhed og beskyttelse af koncernens omdømme ikke udgjorde objektive begrundelser. Samtidig vurderede Retten, at Tetra Paks mål kunne opnås med mindre indgribende foranstaltninger, og dermed ikke var i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Hensynet til driftssikkerhed og sundhed kunne sikres ved at Tetra Pak meddelte brugere af deres påfyldningsmaskiner de nødvendige normer og specifikationer, som emballagekartonerne skal opfylde for at kunne anvendes på Tetra Paks maskiner. Såfremt anvendelsen af uafhængige producenters kartoner efter Tetra Paks mening ville medføre fare, måtte denne være henstillet til at anvende national lovgivning på området.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Heide-Jørgensen m.fl., s. 631-632 og Vejledningen, pkt. 28.

¹⁵¹ Vejledningen, pkt. 27.

¹⁵² Ibid., pkt. 28.

¹⁵³ Kommissionens beslutning af 22. december 1987 i sag IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mod Hilti.

¹⁵⁴ Ibid., betragtning 92-93.

¹⁵⁵ Rettens dom af 6. oktober 1994 i sag T-83/91, Tetra Pak International mod Kommissionen.

¹⁵⁶ Ibid., præmis 83-84 samt 138-140.

6.4.2 Beskyttelse af egne handelsmæssige interesser

Det er i retspraksis slået fast, at en dominerende virksomhed kan træffe visse defensive foranstaltninger begrundet i egne kommercielle interesser.¹⁵⁷ Begrundelsen kendes fra predatory pricing, hvor det såkaldte *meeting competition defense* er udtryk for, at virksomheder må sælge med tabsgivende priser, for at beskytte egne interesser. Teoretisk set kan dette også gøres gældende for blandet bundling.

Meeting competition spiller dog ikke længere nogen væsentlig rolle for vurderingen af dominerende virksomheders adfærd, da afgørende for vurderingen er adfærdens effekt, og altså om prisadfærden har konkurrenceskadelig udelukkelsesvirkning.¹⁵⁸ Såfremt en dominerende virksomheds blandede bundling medfører en omkostningsdækning under LRAIC, vil Kommissionen eventuelt gribe ind, da adfærden kan forhindre en lige så effektiv konkurrent i at ekspandere eller komme ind på markedet.¹⁵⁹ Kommissionens effekt-baserede tilgang er sandsynligvis også årsagen til at Vejledningen, i modsætning til Diskussionsoplægget,¹⁶⁰ ikke omtaler meeting competition som en objektiv begrundelse.¹⁶¹

6.4.3 Effektivitetsgevinster

Den dominerende virksomheds mulighed for at begrunde sin adfærd med effektivitetsgevinster er helt afgørende for den effekt-baserede tilgang, da kun en analyse af adfærdens konkurrencefremmende og -skadelige virkninger giver et korrekt billede af den faktiske eller sandsynlige effekt på konkurrencen. Skeles der til fritagelsesbestemmelsen i art. 101, stk. 3, kan det konstateres, at Kommissionen har anlagt en lignende analytisk fremgangsmåde ved vurderingen af effektivitetsgevinster i spørgsmål om dominerende virksomheders ekskluderende misbrug.¹⁶²

Kommissionen vil i sin vurdering undersøge, om følgende kumulative betingelser er opfyldt:¹⁶³

- 1) effektivitetsgevinsterne er en følge af den pågældende adfærd,
- 2) adfærden er nødvendig for at opnå effektivitetsgevinsterne,
- 3) de sandsynlige effektivitetsgevinster opvejer sandsynlige negative virkninger for konkurrencen og forbrugernes velfærd, og
- 4) adfærden udelukker ikke den effektive konkurrence ved at fjerne alle eller de fleste eksisterende faktiske eller potentielle konkurrencekilder.

Generelt genkendes det rationelle i betingelserne om årsagssammenhæng, proportionalitet og tilstrækkeligt tungtvejende effektivitetsgevinster. Den fjerde betingelses ordlyd indskrænker dog den effekt-baserede tilgangs fleksibilitet betydeligt, og er udtryk for, at Kommissionen ikke altid tilgodeser den effektive konkurrence. I stedet vælger den at se bort fra effektivitetsgevinster, hvor en adfærd kan opretholde, skabe eller styrke en markedsstilling, der nærmer sig en monopolstilling.¹⁶⁴ Denne udtalelse kan medføre forkerte afgørelser på dynamiske markeder, hvis der ikke tages højde for, at kortvarige og skiftende monopollignende tilstande er et produkt af markedsaktørernes konkurrence på bl.a. innovative produkter.¹⁶⁵

¹⁵⁷ Ibid., præmis 147, Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal B.V. mod Kommissionen, præmis 189 og dom af 3. juli 1991 i sag C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen, præmis 70.

¹⁵⁸ Heide-Jørgensen m.fl., s. 632-634.

¹⁵⁹ Vejledningen, pkt. 59.

¹⁶⁰ Pkt. 81-83.

¹⁶¹ Vejledningen, pkt. 27-30.

¹⁶² Om implementeringen af effektivitetsgevinster i vurderingen af ekskluderende misbrug og intentionen om at skabe sammenhæng mellem art. 101, stk. 3 og 102, se Neelie Kroes, Member of the European Commission in charge of Competition Policy: "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23. september 2005.

¹⁶³ Vejledningen, pkt. 29.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ Lang og Renda, s. 38.

Mulige effektivitetsgevinster er ifølge Kommissionen besparelser i produktionen eller distributionen til gavn for forbrugerne, mindre transaktionsomkostninger for kunderne, besparelser i emballage- og distributionsomkostninger for udbydere og forbedret markedsføring ved integrering af to uafhængige produkter i et enkelt ny produkt. Effektivitetsgevinster ved produktion eller køb af store mængder af det bundne produkt vil også kunne være til gavn for forbrugerne.¹⁶⁶ Henvisningen til teknisk integration som effektivitetsgevinst skal dog læses i sammenhæng med Vejledningens pkt. 52, hvor Kommissionen udtrykker, at risikoen for konkurrenceskadelig afskærmning er større, når kombinationssalg er en permanent strategi, eksempelvis ved teknisk tying. Man kunne derfor foranlediges til at tro, at Kommissionen i vurderingen af teknisk tying ville udvise ekstra forsigtighed. I *Microsoft*¹⁶⁷ forpassede Retten dog muligheden for at opstille specifikke kriterier for vurderingen af netop teknisk tying, hvilket har været genstand for kritik.¹⁶⁸

Man kunne forvente, at den relativt omfattende opregning af generelle og specifikke faktorer, som indgår i Kommissionens vurdering af den konkurrenceafskærmende virkning, blev efterfulgt af en tilsvarende grundig gennemgang af mulige effektivitetsgevinster samt kriterier for vægtningen af disse. Herved kunne Kommissionen understrege effektivitetsgevinsterne betydning i den effekt-baserede tilgang. Navnlig da Vejledning er opdelt i misbrugsspecifikke kategorier, havde det været nærliggende med en uddybende eksemplificering af de af kombinationssalg følgende effektivitetsgevinster. Effektivitetsgevinsterne ved kombinationssalg er dog blot ofret et enkelt punkt i Vejledningen,¹⁶⁹ og sammen med det faktum, at effektivitetsgevinster tages i betragtning som en begrundelse for den allerede konstaterede konkurrenceskadelige adfærd, og altså som sidste del af analysen, fremstår effektivitetsgevinsterne nærmere som en undtagelsesbegrundelse, end som en egentlig bestanddel af en samlet vurdering. Det samme påpegede Generaladvokat F. G. Jacobs i sin kritik af Domstolens to-trins analyse af påståede misbrug:

”Det skal tilføjes, at den foreslåede to-trins analyse på grundlag af en sondring mellem et misbrug og dets objektive begrundelse efter min opfattelse er noget kunstig. Artikel 82 EF [nu 102 EU] indeholder i modsætning til artikel 81 EF [nu 101 EU] ikke nogen udtrykkelig bestemmelse om undtagelse af adfærd, der ellers er omfattet af artiklen. Det blotte forhold, at adfærd kendetegnes som »misbrug« antyder, at der allerede er draget en negativ konklusion [...]. Efter min opfattelse er det derfor mere præcist at sige, at visse former for adfærd fra den dominerende virksomheds side i det hele taget ikke er omfattet af misbrugsbegrebet.”¹⁷⁰

Med introduktionen af den effekt-baserede tilgang og Kommissionens udtrykte forståelse for kombinationssalgs potentielt gavnlige virkninger,¹⁷¹ er det besynderligt, at Vejledningens gennemgang af effektivitetsgevinsterne er negligeret i en sådan grad som tilfældet er. Hovedvægten på behandlingen af konkurrenceskadelig afskærmning giver et indtryk af, at kombinationssalg sjældent kan opvejes af effektivitetsgevinster. Dette kan dog siges at udgøre en faktisk afspejling af den vægt, som effektivitetsgevinster hidtil har haft i retspraksis, hvor ingen dominerende virksomhed til dato har haft held med at begrunde sin adfærd i effektivitetsgevinster.

Kommissionen og retspraksis *”talks the talk” but fails to “walk the walk”*,¹⁷² og O’Donoghue og Padilla er derfor af den opfattelse, at uoverensstemmelsen mellem den teoretiske mulighed for at

¹⁶⁶ Vejledningen, pkt. 61.

¹⁶⁷ Microsoft.

¹⁶⁸ Se bl.a. Andreangeli, s. 890.

¹⁶⁹ Pkt. 61.

¹⁷⁰ Forslag til afgørelse af 28. oktober 2004 i sag C-53/03, Syfait m.fl. mod GlaxoSmithKline, punkt 72.

¹⁷¹ Se Vejledningen, pkt. 48 og Diskussionsoplægget, pkt. 178.

¹⁷² C. Alborn, V. Denicolò, D. Geradin og A. J. Padilla: “DG Comp’s Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries” (2006), s. 39.

påberåbe sig effektivitetsgevinster og den begrænsede vægt, som effektivitetsgevinsterne tillægges i praksis, gør dominerende virksomheders mulighed for at begrunde sin adfærd illusorisk.¹⁷³

Et korrekt billede af adfærdens faktiske eller sandsynlige virkning må belyse effektivitetsgevinsterne tilstrækkeligt. Dette kunne opnås ved at gøre vurderingen af disse til en del af en samlet misbrugsanalyse, frem for at henstille effektivitetsgevinsterne til analysens sidste led.¹⁷⁴

Et andet omdiskuteret emne for effektivitetsgevinster (og objektive begrundelser generelt) er *bevisbyrdefordelingen*. Kommissionen vurderer en dominerende virksomheds adfærd nærmere, når der foreligger stærke og klare beviser på, at adfærden vil kunne medføre konkurrenceskadelig afskærmning.¹⁷⁵ Det er dog omtvistet, præcis hvilken bevisbyrdefordeling der anlægges i spørgsmålet om misbrug. Ifølge Diskussionsoplægget påhviler det den dominerende virksomhed både at fremlægge dokumentation for eventuelle effektivitetsgevinster *samt* at bevise, at effektivitetsgevinsterne vejer tungere end eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger.¹⁷⁶ Sidstnævnte del af bevisbyrden har være genstand for omfattende kritik, da en sådan bevisbyrdefordeling gør det for vanskeligt for den dominerende virksomhed, at føre bevis for effektivitetsgevinsterne. Selv på markeder, hvor økonomer anser effektivitetsgevinster som den eneste plausible begrundelse for kombinationssalg, kan det være meget vanskeligt at bevise dette.¹⁷⁷ Derfor medfører Diskussionsoplæggets fordeling en risiko for forkerte forbud.¹⁷⁸ I stedet bør det kun være op til virksomheden at dokumentere effektivitetsgevinsterne, mens det herefter påhviler konkurrencemyndigheden eller sagsøger, at føre bevis for den endelige vurdering af, om adfærden samlet set medfører konkurrenceskadelig afskærmning.¹⁷⁹ I modsat fald vil misbruget ifølge O'donoghue og Padilla ikke være bevist.¹⁸⁰ Denne fordeling ville udgøre en naturlig del af den samlede misbrugsanalyse som er foreslået ovenfor.

Vejledningen er dog udtryk for, at Kommissionen har imødekommet kritikken. Selvom Kommissionen udtaler, at den dominerende virksomhed må bevise, at de fire kumulative betingelser for effektivitetsgevinster er opfyldt, understreges det ligeledes, at det kun påhviler den dominerende virksomhed at fremlægge den nødvendige dokumentation for den objektive begrundelse. Herefter er det op til Kommissionen at foretage den endelige afvejning mellem konkurrencebegrænsende virkninger og effektivitetsgevinster.^{181, 182}

7. Kommissions- og retspraksis

Som nævnt indledningsvis, består en dominerende virksomheds misbrugsadfærd ikke sjældent af flere forskellige typer misbrug, og den følgende gennemgang af praksis vil kun have fokus på tying- og bundlingdelen. Samme virksomheds adfærd kan indeholde flere typer tying og/eller bundling, men i muligt omfang behandles sagerne hovedsageligt under den dominerende del af den pågældende adfærd.

¹⁷³ O'donoghue og Padilla, s. 232.

¹⁷⁴ Lang og Renda, s. 40.

¹⁷⁵ Vejledningen, pkt. 20.

¹⁷⁶ Pkt. 85 og 87.

¹⁷⁷ Evans og Sallinger, s. 85-86.

¹⁷⁸ Supra, note 172, s. 32.

¹⁷⁹ Se bl.a. *ibid.* og O'donoghue og Padilla, s. 517-518.

¹⁸⁰ O'donoghue og Padilla, s. 233.

¹⁸¹ Vejledningen, pkt. 29 og 30.

¹⁸² Samme bevisbyrdefordeling udtryktes i Microsoft, præmis 688.

7.1 Ren bundling

I *Napier Brown – British Sugar*¹⁸³ havde British Sugar (BS) nægtet sine kunder at levere sukker, medmindre de også accepterede, at BS selv varetog leveringen af sukkeret. Kunderne havde altså ikke mulighed for at købe ab fabrik, og kunne derfor ikke benytte sig af alternative leveringskilder.

BS besad en markedsandel på 58% på markedet for stødt melis i Storbritannien. Ved at bundle det primære produkt, sukkeret, med det sekundære produkt, leveringen, kunne BS således udvide sin dominerende stilling på det primære marked til det sekundære marked.

Ifølge Kommissionen sikrede tilstedeværelsen af konkurrenter i form af uafhængige grossister, at sukkerproducenter som BS afholdtes fra at beregne sig for høje pristillæg for distributionen. Kommissionen fandt, at BS ved at forbeholde sig den selvstændige, men nært beslægtede funktion i at levere sukkeret, eliminerede enhver konkurrence om levering af varerne.

Kommissionen fandt ikke, at adfærden kunne begrundes i objektiv nødvendighed, hvilket yderligere støttedes af det faktum, at BS ved tilsagn til Kommissionen havde givet kunderne muligheden mellem ab fabrik og franko levering.

Således konkluderede Kommissionen, at BS havde misbrugt sin dominerende stilling på sukkermarkedet.

7.2 Aftalebaseret tying

*Hilti*¹⁸⁴ angik tying ved salget af skudmontagesystemer, som består af bolte, patronmagasiner og bolte. Ifølge konkurrerende producenter, havde Hiltis adfærd haft ekskluderende virkning på markedet for Hilti-kompatible bolte.

Den påklagede adfærd omfattede bl.a.:

- Nægtelse af at levere patronmagasiner uden det tilsvarende antal bolte,
- nedsættelse af rabatter ved køb af patroner uden bolte,
- klausul om bortfald af garanti ved anvendelse af tredjepartsbolte,
- leveringsnægtelse af patronmagasiner til forhandlere, som ville købe med henblik på videresalg.

Hilti havde argumenteret for, at skudmontagesystemet udgjorde et samlet marked, men Retten fandt dog i overensstemmelse med Kommissionen, at der forelå tre særskilte markeder for henholdsvis bolte, Hilti-kompatible patronmagasiner samt Hilti-kompatible bolte.

Som tidligere nævnt, blev Hiltis argumentation for tilstedeværelsen af objektive begrundelser ligeledes ikke taget til følge.¹⁸⁵

Vedrørende kombinationssalget, havde Kommissionen konstateret følgende:

”At gøre salg af patenterede patronmagasiner betinget af køb af en tilsvarende mængde bolte udgør misbrug af dominerende stilling, og det samme gælder rabatnedsættelser og anden diskriminerende praksis [...]. Denne praksis bevirker, at forbrugeren ikke har noget valg med hensyn til sin forsyningskilde for bolte, og [...] har tillige til formål eller virkning at

¹⁸³ Kommissionens beslutning af 18. juli 1988 i sag sag IV/30.178, *Napier Brown – British Sugar*, betragtning 69-72.

¹⁸⁴ Rettens dom af 12. december 1991 i sag T-30/89, *Hilti AG mod Kommissionen*. Stadfæstet i Domstolens dom af 2. marts 1994 i sag C-53/92 P.

¹⁸⁵ Dette omtales i afsnit 6.4.

*udelukke uafhængige fabrikanter af bolte, som ville kunne true Hiltis dominerende stilling.*¹⁸⁶

Når kunder, som vil købe patronmagasiner, forpligtes til ligeledes at aftage bolte, foreligger der et helt klassisk eksempel på aftalebaseret tying. Rabatordningen har derimod karakter af blandet bundling, da incitamentet for at købe patronmagasiner kun består ved samtidigt køb af bolte, hvorfor det er økonomisk irrationelt ikke at købe begge produkter samtidig.

Garantibetingelsen og leveringsnægtelsen til andre forhandlere udgjorde "[...] endnu et indirekte middel til at hindre kunderne i adgang til forskellige forsyningskilder",¹⁸⁷ som sikrede, at kunderne forblev bundet til Hiltis produkter.

*Tetra Pak II*¹⁸⁸ angik Tetra Paks aktiviteter på markederne for pakning af ikke-aseptiske levnedsmidler (eksempelvis frisk mælk) og langtidsholdbare aseptiske levnedsmidler, som ikke skal holdes på køl. Da påfyldningsmaskiner og kartoner for de to produktkategorier ikke er substituerbare, definerede Retten fire relevante markeder: To særskilte markeder for påfyldningsmaskiner til ikke-aseptiske henholdsvis aseptiske produkter, og to markeder for kartoner til samme to produkttyper.

Under henvisning til, at der fandtes virksomheder, som var specialiserede i fremstilling af kartoner, afvistes Tetra Paks argument om, at påfyldningsmaskiner var uløseligt forbundet med de tilhørende kartoner.¹⁸⁹

Retten fandt, at det faktum at Tetra Pak besad en markedsandel på nærvæd 90% inden for den aseptiske sektor, samt den nære sammenhæng mellem denne sektor og den ikke-aseptiske sektor, overflødiggjorde en selvstændig vurdering af Tetra Paks stilling inden for sidstnævnte sektor. Tetra Pak udgjorde en uomgængelig leverandør af aseptiske systemer til virksomheder, der både producerer friske og langtidsholdbare flydende levnedsmidler, hvilket sikrede den en privilegeret stilling som leverandør af ikke-aseptiske systemer.¹⁹⁰ En virksomheds adfærd på et ikke-domineret marked kan altså udgøre et misbrug, hvis der er tilstrækkelig forbindelse til det dominerede marked.

Blandt de klausuler som Tetra Pak pålagde kunderne var:

- Tetra Paks eneret på vedligeholdelse og reparation samt levering af reservedele,
- Degressiv betaling af omkostningerne til assistance, vedligeholdelse og teknisk ajourføring i forhold til antallet af anvendte kartoner,
- forpligtelse til udelukkende at anvende Tetra Paks kartoner på maskinerne,
- forpligtelse for køberen til at indgive månedlige rapporter,
- ret for Tetra Pak til uden varsel at foretage inspektioner, samt ret til at gennemgå virksomhedens dokumenter for at kontrollere antallet af anvendte kartoner,
- Tetra Pak's accept af videresalg af udstyret eller af overdragelse af brugsretten hertil,
- tilbagekøbsret til en forud fastsat pris,
- pligt til at sikre, at den efterfølgende køber overtager forpligtelserne.

For at sikre overholdelse af klausulerne, var garantien på udstyret desuden betinget af, at samtlige bestemmelser overholdtes.

¹⁸⁶ Kommissionens beslutning af 22. december 1987 i sag IV/30.787 og 31.488, Eurofix-Bauco mod Hilti, betragtning 75.

¹⁸⁷ Ibid., betragtning 79.

¹⁸⁸ Rettens dom af 6. oktober 1994 i sag T-83/91, Tetra Pak International mod Kommissionen. Stadfæstet i Domstolens dom af 14. november 1996 i sag C-333/94 P.

¹⁸⁹ Ibid., præmis 82.

¹⁹⁰ Ibid., præmis 121.

Retten fandt, at klausulerne havde til formål, at gøre kunden fuldstændig afhængig af Tetra Pak i hele maskinens levetid og dermed styrke Tetra Paks dominerende stilling og udelukke enhver form for konkurrence, såvel med hensyn til kartoner som tilknyttede produkter.¹⁹¹

Som omtalt i afsnit 6.4.1, kunne adfærden ikke begrundes i objektiv nødvendighed, bl.a. fordi Tetra Paks mål kunne opnås med mindre indgribende foranstaltninger.

Ved at knytte vedligeholdelse, reparation og reservedele til salget af påfyldningsmaskiner, kunne Tetra Pak udvide og beskytte sin stilling på dette komplementære marked. Det samme gjaldt for tying af kartoner, hvilket havde en ekskluderende virkning overfor konkurrenter på markedet for kartoner, hvis kundepotentiale begrænsede sig til de få virksomheder, som ikke benyttede Tetra Paks påfyldningsmaskiner. Konkurrenter måtte derfor indtræde simultant på begge markeder, hvilket betydeligt nedbragte sandsynligheden for succes.¹⁹²

Tetra Pak II illustrerer ligeledes succesfuld metering.¹⁹³ Tying af kartoner samt service og reparation sikrede, at de virksomheder som brugte påfyldningsmaskinerne meget, også samlet betalte mest. Bl.a. kundernes pligt til at indgive månedlige rapporter og Tetra Paks ret til inspektion sikrede herefter, at prisdiskriminationen blev gennemført efter hensigten.

Fra Kommissionens praksis skal desuden nævnes sagen *London European mod Sabena*.¹⁹⁴ Sabena var dominerende på markedet for udbud af edb-pladsreservation, og nægtede at optage London European (LE) i det såkaldte Saphir-system, medmindre LE ligeledes accepterede en kontrakt om Sabenas varetagelse af groundhandling-ydelserne. LEs lavere takster på den pågældende flyrute ville medføre et passagertab for Sabena, og det fremgik af et internt notat, at hensigten med kombinationssalget var at kompensere for dette passagertab via indtægter fra groundhandling-kontrakten og Saphir-systemet.

Kommissionen fastslog, at Sabena havde misbrugt sin dominerende stilling ved at nægte LE adgang til Saphir-systemet med den begrundelse, at LEs takster var for lave, samt at LE havde overdraget groundhandling-ydelserne til en anden virksomhed end Sabena. Denne adfærd sigtede ifølge Kommissionen på at fordreje konkurrencen på den pågældende rute, og udgjorde et misbrug.¹⁹⁵

7.3 Teknisk tying

Teknisk tying har de seneste år været genstand for særlig megen omtale. Den store fokus på den tekniske integration af produkter udsprang af *Microsoft-sagen*, som er kritiseret for ikke at tage overordnet stilling til, om teknisk tying bør vurderes efter samme principper, som tying og bundling generelt.¹⁹⁶

*IBM-sagen*¹⁹⁷ sluttedes uden en formel beslutning, men illustrerer dog eksakt de vanskeligheder, som behandlingen af teknisk tying medfører.

IBM havde en dominerende stilling på markedet for processorenheder (CPU'er) og operativsystemer (OS). Disse udgjorde ifølge Kommissionen de to nøgleprodukter i IBMs datamatsystem System/370. Sagen mod IBM blev indledt på baggrund af, at IBM ikke leverede processorenhederne til System/370 uden lagerkapacitet og grundlæggende software, hvilket tvang kunderne til

¹⁹¹ Ibid., præmis 135 og 140.

¹⁹² B. Nablebuff og D. Majerus: "Bundling, Tying and Portfolio Effects" - DTI Economics Paper No. 1, part 2, 2003, s. 15.

¹⁹³ Se om metering afsnit 5.1.5.

¹⁹⁴ Kommissionens beslutning af 4. november 1988 i sag IV/32.318, *London European mod Sabena*.

¹⁹⁵ Ibid., betragtning 31-34.

¹⁹⁶ Andreangeli, s. 890 og Heide-Jørgensen m.fl., s. 696-697.

¹⁹⁷ XIV Beretning om konkurrencepolitikken (1984), punkt 94-95.

at aftage disse produkter fra IBM frem for en uafhængig producent. Efterfølgende indvilgede IBM bl.a. i at levere processorenheder enten uden lagerkapacitet eller blot med lagerkapacitet, som var strengt nødvendig for afprøvning.

Set i retrospekt er løsningen i IBM-sagen helt indlysende i strid med den efterfølgende udvikling i forbrugerpræferencer. Umiddelbart efter sagen, blev det nemlig ganske normalt at integrere processorenheder og lagerkapacitet.¹⁹⁸ Fra denne synsvinkel er spørgsmålet derfor, om Kommissionen i en vis grad har forhindret den naturlige udvikling i innovation og forbrugerpræferencer. Man kan være tilbøjelig til at besvare dette spørgsmål bekræftende. Når forbrugerpræferencerne umiddelbart efter en sag viser, at forbrugerne ikke betragter produkterne som særskilte, kan det forekomme som et vilkårligt indgreb, hvis det er pålagt virksomheden at opsplitte produkterne. Netop da der på dynamiske, omskiftelige markeder findes begrænset dokumentation for forbrugernes præferencer, må der udvises særlig påpasselighed ved vurderingen af teknisk tying, og jo mere dynamisk og innovativt de pågældende markeder er, desto større vil risikoen være for fejlagtige vurderinger af, om produkterne er særskilte.¹⁹⁹

7.3.1 Microsoft²⁰⁰

Hilti, Tetra Pak II og *Microsoft* udgør de tre centrale sager i Kommissions- og retspraksis om bundling og tying. Hvor *Hilti* og *Tetra Pak II* begge er udtryk for en form-baseret tilgang med fokus på adfærdens *egnet*hed til at skade konkurrencen, illustrerer *Microsoft* en effekt-baseret tilgang, hvor adfærdens *sandsynlige* effekt for konkurrencen er afgørende for spørgsmålet om den konkurrenceskadelige udelukkelsesvirkning.²⁰¹

Sagen angik dels Microsofts leveringsnægtelse af interoperabilitetsoplysninger, men af større relevans for dette speciale er imidlertid Microsofts tekniske tying af Windows Media Player (WMP) med operativsystemet Windows (OSW). Multimediaefspillere kan bl.a. afspille streamet lyd- og billedindhold, og via kombinationssalget kunne Microsoft ifølge Retten udelukke konkurrerende producenter af afspillere.

Vedrørende spørgsmålet om særskilte produkter udtalte Retten, at afgørende var, om der fandtes selvstændig efterspørgsel efter det bundne produkt, medieafspillere.²⁰² Som argumentation herfor anførtes, at de to produkter havde særskilte funktioner, at der fandtes uafhængige producenter af multimediaefspillere, at *Microsoft* selv udviklede versioner af WMP som var kompatible med andre operativsystemer, at WMP kunne downloades og opgraderes uafhængigt af OSW, at *Microsoft* reklamerede særskilt for WMP, samt at der fandtes en specifik licenskontrakt vedrørende WMP, og endelig at et ikke ubetydeligt antal forbrugere downloader andre medieafspillere end WMP.²⁰³ *Microsoft* fandtes desuden ikke at have godtgjort, at kombinationssalget fulgte af produkternes natur eller handelssædvane, hvilket imidlertid heller ikke er afgørende.²⁰⁴

Microsoft gjorde gældende, at WMP blev stillet gratis til rådighed, og at forbrugerne ikke var tvunget til at anvende WMP, da de frit kunne downloade og anvende andre kompatible afspillere.

Vedrørende prisen slog Retten fast, at WMP var omfattet af den samlede pris for OSW, samt at det ikke var en betingelse for ulovlig tying, at kunderne skulle betale en bestemt pris for produktet.²⁰⁵ Yderligere var forbrugerne underkastet tvang, idet de ikke havde mulighed for at erhverve

¹⁹⁸ C. Alborn, D. S. Evans og A. J. Padilla: "The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality" i *Antitrust Bulletin*, 2003, s. 30.

¹⁹⁹ *Ibid.*, s. 19.

²⁰⁰ Rettens dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, *Microsoft* mod Kommissionen.

²⁰¹ Se navnlig *ibid.*, præmis 1035.

²⁰² *Ibid.*, præmis 918-919.

²⁰³ *Ibid.*, præmis 926-933.

²⁰⁴ *Ibid.*, præmis 938-942.

²⁰⁵ *Ibid.*, præmis 968-969.

OSW uden WMP.²⁰⁶ Tvungen udøvedes ifølge Retten både overfor computerproducenter (OEM) og slutbrugerne direkte.²⁰⁷

Kommissionen²⁰⁸ begrundede den konkurrenceskadelige udelukkelse med såkaldte indirekte netværksvirkninger. Retten gennemgik minutøst Kommissionens argumenter, og konstaterede, at Microsoft ved at sammenkoble WMP til OSW opnåede en distributionsmæssig fordel uden sidestykke, som ingen anden virksomhed kunne opnå, og dette endda uden at konkurrere på kvalitet.²⁰⁹ Herefter ville indholdsleverandører og softwareudviklere vælge WMP som platform, da indholdet herved nåede det største antal brugere. Dette danner tilsammen en cirkulær bevægelse, da den store mængde af kompatibelt indhold til WMP atter medfører forøget popularitet, hvilket til sidst vil få markedet til at "tippe" til fordel for WMP.²¹⁰ Retten slog dog fast, at tippeargumentet ikke var nødvendigt for at fastslå misbrug²¹¹, da det var tilstrækkeligt med konstateringen af, at Microsoft opnåede den distributionsmæssige fordel, at der med det præinstallerede WMP var en mindre tilbøjelighed til at forbrugerne ville anvende en alternativ afspiller, samt at OEM ville installere endnu en afspiller, som optog plads og forøgede prisen,²¹² og endeligt at andre måder at distribuere multimedieafspillere på end OEMs præinstallation ikke var lige så effektive.²¹³ Adfærden havde uundgåeligt betydelige følger for konkurrencestrukturen, og der var reel sandsynlighed for, at koblingssalget ville føre til afsvækkelse af konkurrencen, således at der i nær fremtid ikke længere ville være sikkerhed for, at der blev bevaret en effektiv konkurrencestruktur.²¹⁴

Microsoft gjorde gældende, at en adskillelse af OSW og WMP ville medføre, at systemet forringedes og fragmenteredes. Heroverfor anførtes, at Microsoft ikke var forhindret i fortsat at udbyde et integreret produkt, når forbrugerne blot havde muligheden for ligeledes at købe OSW uden WMP.²¹⁵ Retten anerkendte, at der eventuelt måtte være fordele forbundet med, at software- og websiteudviklerne på grund af koblingssalget havde sikkerhed for, at Windows Media Player fandtes på praktisk talt samtlige klient-pc'er i verden. Dette var imidlertid ikke tilstrækkeligt til at opveje de konkurrencebegrænsende virkninger, da denne *de facto*-standardisering netop var kernen i Kommissionens begrundelse for udelukkelsesvirkningen.²¹⁶

Retten fandt desuden, at kombinationssalget ikke var nødvendigt for at opnå fordelene, som kunne opnås på anden måde end via teknisk tying, eksempelvis ved at overlade sammensætningen til OEM og levere WMP særskilt til disse.²¹⁷ Endelig fandtes Microsoft ikke at have påvist, at integrationen medførte tekniske forbedringer af systemet, og samlet set havde Microsoft ifølge Retten ikke godtgjort, at der var en objektiv begrundelse for kombinationssalget.²¹⁸

Kritikken af sagen vedrører både den overordnede tilgang til teknisk tying, og mere specifikke elementer af sagen. I afsnit 6.2 omtales vigtigheden af at undersøge efterspørgslen for begge kombinationssalgets produkter, og de fejlagtige konklusioner som en mangelfuld undersøgelse kan medføre. Det er påpeget, at den af Kommissionen (og efterfølgende Retten) anlagte fokus på den separate efterspørgsel efter WMP af samme årsag ikke er tilstrækkelig til at fastslå, hvorvidt der er tale om særskilte produkter. På denne baggrund kritiseres Kommissionen for ikke at have

²⁰⁶ Ibid., præmis 961.

²⁰⁷ Ibid., præmis 962-965.

²⁰⁸ Kommissionens beslutning af 24. marts 2004 i sag COMP/C-3/37.792, Microsoft.

²⁰⁹ Microsoft, præmis 1038-1039.

²¹⁰ Ibid., præmis 1061, 1062, 1067 og 1069.

²¹¹ Ibid., præmis 1054 og 1058-1059.

²¹² Ibid., præmis 1041 og 1044.

²¹³ Ibid., præmis 1038-1053.

²¹⁴ Ibid., præmis 1054 og 1089.

²¹⁵ Ibid., præmis 1147-1150.

²¹⁶ Ibid., præmis 1151-1152.

²¹⁷ Ibid., præmis 1155-1156.

²¹⁸ Ibid., præmis 1159 og 1167.

været i stand til at vurdere adfærdens effekt på markedet, samt om adfærden blot udgjorde normal forretningsførelse.²¹⁹

Ligeledes argumenteres der på baggrund af indsamlet data for, at markedet for medieafspillere i stadigt højere grad var kendetegnet ved diversitet, og altså ikke udgjorde et marked, som på grund af standardisering var ved at tippe. Samme data viste yderligere, at omfanget af multi-homing²²⁰ var stigende, hvilket ligeledes er udtryk for, at markedet ikke var ved at tippe.²²¹ En nærmere vurdering af de i Microsoft-sagen tilvejebragte data ligger uden for dette speciales rammer, men Kommissionens og Rettens udtalelser afspejler ikke nyere økonomisk teori, der kun anser tying som konkurrenceskadeligt under særlige omstændigheder. Selvom sådanne omstændigheder måtte have været til stede i Microsoft-sagen, havde det været ønskværdigt med en bemærkning herom.²²²

Den effekt-baserede tilgang er dog overordnet i overensstemmelse med den økonomiske teori i det omfang, at en *per se*-formodning om ulovlighed ikke (længere) kan forsvares. Microsoft-sagen viser dog, at det er forbundet med store vanskeligheder, at løfte bevisbyrden for objektive begrundelser, på trods af at det påhviler Kommissionen, at foretage den endelige afvejning af konkurrencefremmende- og skadelige elementer. Tilmed bliver bevisbyrden kun sværere at løfte, når den står over for Kommissionens effektvurdering af en hypotetisk og kontrafaktisk fremtidig situation på et marked, som den ikke har erfaring med at vurdere.

Det ligger i innovative produkters natur, at de bibringer forbrugerne noget hidtil uset, og denne type produkter udgør derfor ofte en teknisk integration af komponenter, som der tidligere har været selvstændig efterspørgsel efter. Et illustrerende eksempel er integrationen af kamera-, kalender-, GPS- og computerfunktioner i nye mobiltelefoner. I de tilfælde hvor der foreligger markeds-specifik efterspørgselsdata, må Kommissionen derfor være særlig påpasselig med at tillægge denne data vægt, da den kan være udtryk for forældede forbrugerpræferencer.²²³ Den store forhindring ligger i at imødekomme de tying-tilfælde som med en vis sandsynligvis kan tilvejebringe nye, mere funktionelle og innovative produkter. Modsat vil en for restriktiv tilgang til teknisk tying medføre en stor fejlmargen og vil kunne hæmme innovationen. Derfor må en regel om modificeret *per se*-lovlighed ved vurderingen af teknisk tying på innovative og højteknologiske markeder tilsluttes. Kun tilfælde hvor integrationen ikke medfører effektivitetsgevinster, eller hvor de konkurrenceskadelige virkninger klart vejer tungere end eventuelle fordele, vil udgøre et misbrug.²²⁴

Set i lyset af behovet for klare retningslinjer for vurderingen af teknisk tying, samt Kommissionens og Rettens udtalelser i Microsoft-sagen, forekommer det yderst besynderligt, at Microsoft har bibeholdt retten til at integrere WMP og OSW.²²⁵ Det integrerede produkt kan sågar udbydes til samme pris som det særskilte salg af OSW. Spørgsmålet er, om en lige så effektiv konkurrent hermed udelukkes. Et spørgsmål som Retten ikke fandt relevant at besvare. Med al sandsynlighed vil slutbrugere og OEM fortsat vælge versionen af OSW som indeholder WMP, og det kan derfor hævdes, at "*tying is not the "disease" since untying is not the "cure"*".²²⁶

Slutteligt skal fremhæves, at udfaldet af Microsoft-sagen i litteraturen er blevet læst som et udtryk for et særligt ansvar for super-dominerende virksomheder. Spørgsmålet er ikke endeligt afklaret, men det er anført at de lempelige betingelser for at pålægge Microsoft en leveringsforpligtelse,

²¹⁹ D. S. Evans og A. J. Padilla: "Tying Under Art. 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf" i *World Competition*, 2004, s. 9-10.

²²⁰ Multi-homing foreligger når forbrugerne anvender flere platforme samtidig.

²²¹ Supra, note 219, s. 4-6.

²²² J. Langer: "The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just an Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case" i *KLI, Legal Issues of Economic Integration* 35(2), 2008, s. 193-194.

²²³ Som antydnet kunne dette være tilfældet for IBM-sagen.

²²⁴ Heide-Jørgensen m.fl., s. 706 og Andreangeli, s. 893.

²²⁵ Supra, note 215.

²²⁶ Supra, note 219, s. 3.

samt den brede fortolkning af Microsofts tvang overfor forbrugerne, er et produkt af Microsofts særligt stærke position.²²⁷

Kommissionen indledte d. 21. december 2007 procedure mod Microsoft vedrørende integrationen af Internet Explorer (IE) i OSW. Sagen var en mulighed for Kommissionen til at besvare kritikken af Microsoft-sagen, men afsluttedes imidlertid ved tilsagn, og har derfor ikke medført klarere linjer på området for teknisk tving.²²⁸ Microsoft har med tilsagnet indvilliget i at integrere et skærmbillede med browservalg, hvilket ifølge Kommissionen skal sikre konkurrence og innovation på markedet for internetbrowsere.²²⁹

7.4 Blandet bundling

Der findes i praksis enkelte sager om blandet bundling, men de fleste er afsluttet ved virksomhedernes tilsagn om at ændre adfærd. Der findes endnu ingen praksis, som illustrerer Kommissionens nye tilgang til blandet bundling, og mange af sagerne må antages at være blevet underkastet en væsentligt grundigere vurdering, hvis de skulle vurderes efter nye standarder.

I *Hoffmann-La Roche*²³⁰ fandtes Hoffmann-La Roche (HLR) at være dominerende på markederne for syv forskellige vitamigrupper. HLRs kundekontrakter indeholdt et rabatsystem, som skulle tilskynde kunderne til at dække hele eller en væsentlig del af deres vitaminbehov hos HLR. Ifølge Retten udgjorde den loyalitetsskabende rabatordning et misbrug, da ordningen havde til formål at *"[...] gøre det umuligt for køberen eller at lægge køberen hindringer i vejen for at kunne vælge sine forsyningskilder samt på at spærre adgangen til markedet for andre producenter."*²³¹

Den nærmere effekt på konkurrencen, herunder om lige så effektive konkurrenter kunne konkurrere på pris, vurderede Retten ikke, da den loyalitetsskabende effekt i sig selv var tilstrækkelig til at fastslå misbrug.²³² Lignende kortfattede konklusioner sås vedrørende Hiltis rabatnedsættelser ved separat køb af patronmagasiner i den ovennævnte *Hilti-sag*,²³³ og ved rabatter, som var afhængige af det antal købte kartoner i *Tetra Pak II*.²³⁴

*Michelin II*²³⁵ angik Michelins langvarige anvendelse af et omfattende bonussystem. Udover loyalitetsrabatter indeholdt bonussystemet også elementer af blandet bundling.

Michelin var aktiv på forskellige dækmarkeder, og foretog ligeledes vulkanisering af brugte dæk. Gennem en særlig aftale opnåede forhandlerne rabat, når de indleverede brugte Michelin-dæk til vulkanisering hos Michelin. Rabatten var dog begrænset af det antal nye dæk, som forhandlerne havde købt hos Michelin. Den afledte mekanisme var, at forhandlerne motiveredes til både at købe et stort antal nye dæk hos Michelin, samt at indlevere et stort antal brugte dæk til vulkanisering hos samme.

Derudover var forhandlerne forpligtet til at indlevere brugte lastbildæk, hvis lovmæssige brugstid var udløbet, til vulkanisering hos Michelin, hvilket betød at *"[...] andre virksomheder, hvoraf flere udelukkende opererer inden for vulkanisering, fik begrænset deres forsyninger af brugte Michelin-dæk betydeligt."* Indvirkningen forøgedes desuden af den store procentdel, som Michelin-dæk udgjorde af den samlede mængde lastbildæk, og den endnu større del af vulkaniserbare dæk.²³⁶ Ifølge Kommissionen var dette konkurrencebegrænsende i to henseender:

²²⁷ Andreangeli, s. 893-894.

²²⁸ Kommissionens pressemeddelelse IP/10/216 af 2. marts 2010.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen.

²³¹ Ibid., præmis 90.

²³² Ibid., præmis 110-111.

²³³ Supra, note 186.

²³⁴ Supra, note 188, præmis 135.

²³⁵ Kommissionens beslutning af 20. juni 2001 i sag COMP/E-2/36.041/PO – Michelin.

²³⁶ Ibid., betragtning 301-302.

*"For det første udnyttede Michelin sin dominerende stilling på markedet for nye lastbil-dæk som en "løftestang" til at befæste og/eller styrke sin position på det beslægtede marked for vulkanisering [...]. For det andet udnyttede Michelin omvendt markedet for vulkanisering (hvor selskabet også i vid udstrækning var dominerende) til at styrke sin stilling på markedet for nye lastbildæk."*²³⁷

Herudover afhang størrelsen af forhandlernes årsbonus af, at forhandlerne systematisk indleverede brugte Michelin-dæk til vulkanisering hos Michelin. Anvendtes en uafhængig vulkanisør, bortfaldt således en del af årsbonusen for vulkaniserede dæk, men ligeledes for den bonus, som afhang af den samlede omsætning med Michelin. Dette satte Michelin i stand til at bestyrke sin stilling på markedet for vulkanisering.²³⁸

I fremtiden må det forventes, at vurderingen af den pågældende virksomheds adfærd vil fokusere mindre på, om rabatten overordnet har en loyalitetsskabende effekt, som binder kunderne til virksomheden. I stedet vil sådanne forhold behandles som prisbaseret ekskluderende adfærd, og centralt vil være, om rabattens effekt udgør en afskærmning af lige så effektive konkurrenter på markedet.²³⁹

Kommissionen har dog også før Vejledningen vurderet blandet bundlings konkrete effekt på konkurrencen.

I *De Post – La Poste*²⁴⁰ fandt Kommissionen, at La Poste (LP) havde misbrugt sin dominerende stilling ved at lade "[...] tildelingen af "præferencetakster" for "post fra virksomhed til enkeltperson" under monopol [...] afhænge af, at UPEA accepterede den supplerende tjeneste "post fra virksomhed til virksomhed" [...]". Kommissionen fandt, at et system til gensidig udveksling af post mellem en lukket kreds af medlemmer, er påvirket af netværkseffekter. Tabet af UEPA havde medført, at de 11 største forsikringsselskaber også forlod systemet, hvorefter atter flere end 100 forsikringsmæglere forlod systemet. Denne kædereaktion fjernede således den "kritiske masse", som var nødvendig for at sikre det konkurrerende systemets overlevelse på markedet.²⁴¹

Uden at Kommissionen konkret udtaler dette, illustrerer sagen hvordan en lige så effektiv – og tilmed mere effektiv – konkurrent kan afskærmes fra markedet via blandet bundling. Forud for sagen havde LP nemlig uden held rettet henvendelse til UEPA, med henblik på at indgå aftale om tjenesten "post fra virksomhed til virksomhed", men konkurrenten Hays kunne imidlertid tilbyde priser, der lå 40% under LPs takster.²⁴²

I en række ældre sager, som alle afsluttedes ved tilsagn, fandtes blandet bundling ligeledes at udgøre misbrug.

I *Coca Cola Italia*²⁴³ havde Coca Cola ydet rabatter, som var betinget af, at kunderne købte flere forskellige produkter, som hørte hjemme på forskellige markeder. Coca Cola afgav herefter tilsagn om ikke at anvende betingelser om "[...] at der kun vil blive leveret »Coca-Cola« eller ydet rabatter, hvis den anden part ud over »Coca-Cola« aftager andre af Coca Cola Exports drikkevarer."

I *IRI/AC Nielsen Company*²⁴⁴ fastslog Kommissionen, at Nielsen havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for detailmarkedsundersøgelser. Ved salg af tjenesteydelser til multinationale

²³⁷ Ibid., betragtning 300.

²³⁸ Ibid., betragtning 256-259.

²³⁹ Se nærmere afsnit 6.3.4.

²⁴⁰ Kommissionens beslutning af 5. december 2001 i sag COMP/37.859, *De Post — La Poste*.

²⁴¹ Ibid., betragtning 71-72.

²⁴² Ibid., betragtning 10.

²⁴³ XIX Beretning om konkurrencepolitikken (1989), punkt 50.

²⁴⁴ XXVI Beretning om konkurrencepolitikken (1996), punkt 64.

kunder, havde Nielsen betinget rabatter af, at disse kunder anvendte Niensens tjenesteydelser i en lang række lande. Dette indebar en sammenkædning af lande, hvor Nielsen var dominerende, hvilket afskar IRI og andre konkurrenter i at få fodfæste på disse markeder.

I *Digital*²⁴⁵ havde Digital misbrugt sin dominerende stilling på markederne for Digital software- og hardware-service, ved at gøre pakkesalget af hardware- og software-service betydeligt mere attraktivt for kunderne end det separate køb af softwareydelser. Dette forhindrede selvstændige virksomheder i at konkurrere på disse markeder. Kommissionen anerkendte dog visse effektivitetsfordele, og konstaterede, at en pakkepris som indeholdt en rabat på op til 10% var tilladelig, da dette muliggjorde en overførelse af omkostningsbesparelser og andre fordele til forbrugerne.

8. Konklusion

Specialets mål har været at skildre tilgangen til tying og bundling på baggrund af EU-praksis. Gennemgangen af de teoretiske tilgangsvinkler til kombinationssalg viste med tydelighed, at den stigende forståelse for kombinationssalgs økonomiske konsekvenser har medført særdeles forskelligartede opfattelser af adfærd. Der hersker stadig uenighed om den rette tilgang, men med Vejledningen er der anlagt en moderat linje, som anerkender, at tying og bundling kan have både skadelige og gavnlige effekter for konkurrencen og forbrugerne. I *afsnit 5* skildredes nogle af disse effekter. Effektivitetsgevinsterne er mange, og flere forfattere har på denne baggrund gjort sig til fortalere for en formodningsregel om kombinationssalgs lovlighed. De strategiske incitamenter må dog ikke overses, da en dominerende virksomheds markedsmagt kan udnyttes til at styrke stillingen på både det primære og sekundære marked.

Afsnit 6 omhandlede betingelserne i misbrugsvurderingen, hvor det bl.a. konstateredes, at spørgsmålet om særskilte produkter må vurderes ud fra efterspørgslen efter begge produkter. Hvor der kun fokuseres på efterspørgslen efter det sekundære produkt, vil helt almindelige forretningsdispositioner, såsom salget af sko med snørebånd, fejlagtigt kunne blive betragtet som et ulovligt kombinationssalg.

Vejledningen udtrykker et paradigmeskift fra en form-baseret til en effekt-baseret tilgang, hvilket navnlig kommer til udtryk i den centrale betingelse om konkurrenceskadelig afskærmning, som behandlede i *afsnit 6.3*. En vurdering af kombinationssalgets faktiske eller sandsynlige virkning skaber rammerne for nuancerede analyser, som tager hensyn til sagsspecifikke faktorer, og minimerer risikoen for forkerte afgørelser. Der findes imidlertid enkelte levn fra den form-baserede tilgang, heriblandt Kommissionens mulighed for ikke at foretage detaljerede vurderinger, hvor adfærdens udelukkende hindrer konkurrencen. Denne ret er ikke i overensstemmelse med en effekt-baseret tilgang, og må have yderst begrænset relevans.

De faste benchmarks for blandet bundling medfører betydelig retssikkerhed for de dominerende virksomheder. Muligheden for at anlægge en dynamisk effektivitetsvurdering som begrundelse for at beskytte mindre effektive konkurrenter samt inddragelsen af fællesomkostninger bibringer imidlertid væsentlige usikkerhedsmomenter, og Kommissionens nærmere stillingtagen til disse punkter er derfor højst ønskværdig. Dette behandlede i *afsnit 6.3.4*

Et andet kerneområde for Kommissionens effekt-baserede vurdering er objektive begrundelser, som blev gennemgået i *afsnit 6.4*. Kun hvor objektive begrundelser inddrages i misbrugsvurderingen med tilstrækkelig vægt, vil der være tale om en egentlig effekt-baseret tilgang. Vejledningen danner rammerne for en sådan tilgang, men tildeler ikke effektivitetsgevinsterne den fortjente opmærksomhed. Det anbefales, at effektivitetsgevinsterne inddrages i en samlet misbrugsanaly-

²⁴⁵ XXVII Beretning om konkurrencepolitikken (1997), punkt 69 og Kommissionens pressemeddelelse IP/97/868 af 10. oktober 1997.

se, frem for at udgøre en begrundelse for et allerede konstateret misbrug. Endelig synes Vejledningens bevisbyrdefordeling at være lempet i tilstrækkelig grad, og imødekommer således den tidligere kritik på området.

Til sidst blev Kommissions- og retspraksis gennemgået i *afsnit 7*. Fokus samledes navnlig omkring Microsoft-sagen, dels fordi sagen har været genstand for omfattende kritik, og dels fordi den markerer Kommissionens overgang til en effekt-baseret tilgang. Sagen illustrerer vanskelighederne ved vurderingen af innovative markeder samt behovet for klarere retningslinjer i vurderingen. I forhold til "klassiske markeder" må vurderingen af innovative markeder være mere fremadrettet, og markedets dynamiske natur og skiftende forbrugerpræferencer må holdes i fokus for ikke at hæmme innovationen med forkerte forbud. Netop derfor tilsluttedes en regel om modificeret per se-lovlighed. Sagens mest besynderlige konklusion var, at Microsoft bibeholdt retten til at udbyde det integrerede produkt til samme pris som OSW separat. Med al sandsynlighed giver dette samme udfald, som hvis Kommissionen ikke havde grebet ind.

Kommissionens effekt-baserede tilgang er endnu ny, og praksis på området er ikke mangfoldig. Kommissionen har endnu ikke anlagt samme venligtsindede tilgang til kombinationssalg som kan spores i teorien, men Vejledningen tager et skridt i den rigtige retning. Kommende sager bliver derfor afgørende for det nærmere ståsted for tying og bundling i konkurrenceretten.

Litteratur

C. Alborn, V. Denicolò, D. Geradin og A. J. Padilla: "DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries" (2006).

C. Alborn, D. S. Evans og A. J. Padilla: "The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality" i *Antitrust Bulletin*, 2003.

A. Andreangeli: "*Microsoft v Commission*" i *CML Rev.* 2008. ("Andreangeli")

Y. Bakos og E. Brynjolfsson: "Bundling Information Goods: Pricing, Profits and Efficiency" i *Management Science*, vol. 45, no. 12 (1999).

D. W. Carlton, J. S. Gans og M. Waldman: "Why Tie A Product Consumers Do Not Use?" (2008)

D. W. Carlton og M. Waldman: "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries" i *RJoE*, Vol. 33, 2002.

Europe Economics: "Market Definition in the Media Sector – Economic Issues" Report for the European Commission, *DG Competition*, 2002.

D. S. Evans: "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets" i *YJoR*, Vol. 20, 2003.

D. S. Evans: "Tying, The Poster Child for Antitrust Modernization" (udkast, nov. 2005)

D. S. Evans og A. J. Padilla: "Tying Under Art. 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf" i *World Competition*, 2004.

D. S. Evans, A. J. Padilla og M. A. Salinger: "A Pragmatic Approach To Identifying and Analyzing Legitimate Tying Cases" (2004)

D. S. Evans og M. Sallinger: "Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law" i *YJoR*, vol. 22:37, 2005.
("Evans og Sallinger")

Caroline Heide-Jørgensen, Peter Stig Jakobsen m.fl.: "Konkurrenceretten i EU" (3. udg., 2009)
("Heide-Jørgensen m.fl.")

Neelie Kroes, Member of the European Commission in charge of Competition Policy: "Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82", Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York (23. september 2005)
(<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/537&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>).

J. T. Lang: "Reprisals and overreaction by dominant companies as an anti-Competitive Abuse under Article 82" i *ECLR* 2008.

J. T. Lang og A. Renda: "Treatment of Exclusionary Abuses under Article 82 of the EC Treaty: Comments on the European Commission's Guidance Paper, Final Report of a CEPS Task Force" (2009).
("Lang og Renda")

J. Langer: "The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just an Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case" i *KLI, Legal Issues of Economic Integration* 35(2), 2008.

B. Nablebuff: "Bundling" i *Yale ICF Working Paper no. 99-14* (1999).

B. Nablebuff: "Bundling as an Entry Barrier" i *QJoE*, feb. 2004.

B. Nablebuff: "Bundling, Tying and Portfolio Effects" - *DTI Economics Paper No. 1*, part 1, 2003.
("Nablebuff (2003)")

B. Nablebuff og D. Majerus: "Bundling, Tying and Portfolio Effects" - *DTI Economics Paper No. 1*, part 2, 2003.

R. O'donoghue og A. J. Padilla: "The Law and Economics of art. 82 EF" (2006) ("O'donoghue og Padilla")

Office of Fair Trading: "Assesment of conduct - Draft competition law guideline for consultation" (OFT414a, 2004)

Cyril Ritter: "Does the Law of Predatory Pricing and Cross-Subsidisation Need a Radical Re-think?" i *World Competition*, 2004.

J-C. Rochet og J. Tirole: "Platform Competition in Two-Sided Markets" i *JEEA*, 2003.

M. Sallinger: "A Graphical Analysis of Bundling" i *JoB*, Vol. 68, No. 1, 1995.

J. Tirole: "The Analysis of Tying Cases: A Primer" i *CPI*, Vol. 1, No. 1, 2004.

M. D. Whinston: "Tying, Foreclosure and Exclusion" (1990) i *AER*, sept. 1990.
("Whinston (1990)")

XIV Beretning om konkurrencepolitikken (1984)

XIX Beretning om konkurrencepolitikken (1989)

Forkortelser

QJoE	<i>The Quarterly Journal of Economics</i>
AER	<i>The American Economic Review</i>
YJoR	<i>Yale Journal on Regulation</i>
JoB	<i>The Journal of Business</i>
CPI	<i>Competition Policy International</i>
RJoE	<i>Rand Journal of Economics</i>
ECLR	<i>European Competition Law Review</i>
JEEA	<i>Journal of the European Economic Association</i>
CML Rev.	<i>Common Market Law Review</i>
KLI	<i>Kluwer Law International</i>
OFT	<i>Office of Fair Trading</i>

Forordninger og meddelelser

Kommissionens pressemeddelelse IP/97/868 af 10.10.1997.

Kommissionens meddelelse af 09.12.1997 om afgrænsningen af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret, EF-Tidende 97C 372/03.

Rådets Forordning (EF) Nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82. ("RF 01/03")

Kommissionens meddelelse af 27.04.2004 om retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82.

DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the treaty to exclusionary abuses (2005). ("Kommissionens Diskussionsoplæg" / "Diskussionsoplægget")

Kommissionens meddelelse af 05.12.2008: Vejledning i, hvordan Kommissionen prioriterer sin håndhævelse af EF-traktatens artikel 82 i forbindelse med virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd. ("Kommissionen vejledning" / "Vejledningen")

Kommissionens pressemeddelelse IP/10/216 af 02.03.2010.

Kommissionens meddelelse af 19.05.2010 om retningslinjer for vertikale begrænsninger (2010/C 130/01)

Kommissionens meddelelse af 28.05.2010 om retningslinjer for vertikale begrænsninger i aftaler om salg og reparation af motorkøretøjer og om distribution af reservedele til motorkøretøjer.

Retspraksis og administrativ praksis

Standard Oil Co. of California v. United States, 337 U.S. 293 (1949)

Domstolens dom af 21. februar 1973 i sag 6/72, Continental Can mod Kommissionen.

Domstolens dom af 14. februar 1978 i sag 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal B.V. mod Kommissionen

Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen.

Domstolens dom af 9. november 1983 i sag 322/81, Michelin mod Kommissionen.

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

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

Kommissionens beslutning af 4. november 1988 i sag IV/32.318, London European mod Sabena.

Domstolens dom af 3. juli 1991 i sag C-62/86, AKZO Chemie BV mod Kommissionen.

Rettens dom af 12. december 1991 i sag T-30/89, Hilti AG mod Kommissionen.

Domstolens dom af 2. marts 1994 i sag C-53/92 P, Hilti AG mod Kommissionen.

Rettens dom af 6. oktober 1994 i sag T-83/91, Tetra Pak International mod Kommissionen.
("Tetra Pak II")

Domstolens dom af 14. november 1996 i sag C-333/94 P, Tetra Pak International SA mod Kommissionen.

Rettens dom af 7. oktober 1999 i sag T-228/97, Irish Sugar plc mod Kommissionen.

Kommissionens beslutning af 20. juni 2001 i sag COMP/E-2/36.041/PO – Michelin.

Kommissionens beslutning af 5. december 2001 i sag COMP/37.859, De Post — La Poste.

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

Rettens dom af 30. september 2003 i sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen.
("Michelin II")

Rettens dom af 17. december 2003 i T-219/99, British Airways mod Kommissionen.

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

Forslag til afgørelse af 28. oktober 2004 i sag C-53/03, Syfait m.fl. mod GlaxoSmithKline.

Rettens dom af 17. september 2007 i sag T-201/04, Microsoft mod Kommissionen.
("Microsoft")

Domstolens dom af 2. april 2009 i sag C-202/07 P, France Télécom SA mod Kommissionen.