

**KOBLINGSHANDEL**  
**som misbruk av dominerende stilling**

**Konkurranseloven § 11**

Kandidatnummer: 608

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17863 ord

23.04.2007

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Redegjørelse for rettskildene	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>GRUNNLEGGENDE BETRAKTNINGER</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Koblingshandel som problem	4
2.2	Ulike former for koblingshandel	6
2.2.1	Innledning og begrepsbruk	6
2.2.2	Kontraktuell kobling	7
2.2.3	Fysisk kobling	8
2.2.4	Økonomisk kobling	8
2.2.5	Grensen mellom kontraktuell og økonomisk kobling	9
2.3	Oppsummering	9
<b><u>3</u></b>	<b><u>KRAV OM TO SEPARATE PRODUKTER</u></b>	<b><u>10</u></b>
3.1	Innledning	10
3.2	Teoretiske utgangspunkter for vurderingen	10
3.3	Hvordan avgjør domstolene spørsmålet om separate produkter?	12
3.3.1	Generelt	12
3.3.2	Særlig om fysisk kobling	14
<b><u>4</u></b>	<b><u>KONKURRANSELOVEN § 11s VILKÅR OM DOMINERENDE STILLING</u></b>	<b><u>16</u></b>
4.1	Innledning	16

<b>4.2</b>	<b>Hovedregelen: Dominerende stilling i det bindende markedet</b>	<b>17</b>
4.2.1	Kravets økonomiske begrunnelse	17
4.2.2	Domstolenes tilnærming	18
4.2.3	Kan dominerende stilling i det bundne markedet være tilstrekkelig?	20
<b>4.3</b>	<b>Særlig om økonomisk kobling</b>	<b>21</b>
<b>4.4</b>	<b>Geografisk kobling</b>	<b>23</b>
<b>4.5</b>	<b>Kan dominerende stilling i tilgrensende markeder være tilstrekkelig?</b>	<b>24</b>
<b>4.6</b>	<b>Kobling mellom ettermarkeder – tilleggskrav om dominerende stilling i primærmarkedet?</b>	<b>26</b>
<b>4.7</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>28</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>NÅR FORELIGGER DET “KOBLINGSHANDEL”?</u></b>	<b><u>29</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>29</b>
<b>5.2</b>	<b>De klassiske koblingssakene – <i>Hilti</i> og <i>Tetra Pak II</i></b>	<b>29</b>
<b>5.3</b>	<b>Kommisjonens tilnærming i <i>Microsoft</i></b>	<b>30</b>
<b>5.4</b>	<b>Økonomiske incentiver som koblingsfaktor</b>	<b>31</b>
5.4.1	Pakkeløsninger	31
5.4.2	Aggregerte rabatter	31
5.4.3	Andre rabatter hvor opptjeningen avhenger av omsetning i andre markeder	32
5.4.4	Utgjør bruk av flate rabatter også koblingshandel?	33
<b>5.5</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>34</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>KONKURRANSEBEGRENSENDE VIRKNINGER AV KOBLINGSHANDEL</u></b>	<b><u>34</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>34</b>
<b>6.2</b>	<b>Domstolenes strenge vurdering av koblingshandel</b>	<b>36</b>

<b>6.3</b>	<b>Nærmere om virkningsanalysen i koblingssaker</b>	<b>40</b>
6.3.1	Innledning	40
6.3.2	Hvor stor andel av kundemassen blir gjort utilgjengelig konkurrentene?	41
6.3.3	Rammer koblingen særlig viktige kunder?	42
6.3.4	Nettverkseffekter	43
6.3.5	Har koblingen konkurransebegrensende virkninger i flere markeder?	45
6.3.6	Inngår koblingen som ledd i en mer helhetlig strategi?	46
6.3.7	Kobling med enerettsområder	46
6.3.8	Kobling hos vertikalt integrerte foretak	47
6.3.9	Betydning om konkurrentene kan tilby tilsvarende pakker?	48
6.3.10	Andre momenter	48
<b>6.4</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>49</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>DOKTRINEN OM OBJEKTIVT NØDVENDIG ATFERD</u></b>	<b><u>50</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>50</b>
<b>7.2</b>	<b>Nærmere om effektivitetsgevinster</b>	<b>51</b>
7.2.1	Innledning	51
7.2.2	Ulike effektivitetsgevinster knyttet til koblingshandel	51
<b>7.3</b>	<b>Sikkerhetshensyn som legitim begrunnelse</b>	<b>53</b>
7.3.1	Innledning	53
7.3.2	<i>Hilti</i>	54
7.3.3	<i>Tetra Pak II</i>	54
<b>7.4</b>	<b>Særlig om handelssedvaner og koblingshandel</b>	<b>55</b>
<b>7.5</b>	<b>Oppsummering</b>	<b>56</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING OG KRITIKK</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Domstolenes holdning til koblingshandel – en oppsummering</b>	<b>57</b>
<b>8.2</b>	<b>Virkningsorienterte analyser har støtte i økonomisk teori</b>	<b>58</b>

<b>8.3</b>	<b>Fungerer konkurransereglene etter sin hensikt?</b>	<b>59</b>
<b>8.4</b>	<b>Alternative tilnæringer til koblingshandel</b>	<b>60</b>
8.4.1	O'Donoghue og Padillas forslag til alternative tester	60
8.4.2	Kommisjonens forslag til tilnærming i saker om økonomisk kobling	61
8.4.3	Avsluttende merknader	62
<b>9</b>	<b><u>REGISTRE</u></b>	<b>63</b>

---

# 1 Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

Koblingshandel innebærer at salget av et produkt på en eller annen måte kobles sammen med salget av et annet produkt. Koblingen kan skje gjennom kontraktuelle bindinger, gjennom fysisk integrasjon av produktene eller ved hjelp av økonomiske incentiver, alternativt kombinasjoner av disse.

Koblingshandel er en utbredt forretningspraksis. Av eksempler kan nevnes mobiltelefoner med tilhørende abonnement, skistøvler og –bindinger, barberhøvler og barberblader, datamaskiner med tilhørende programvare, skipass til flere alpinanlegg etc.

Ofte vil koblingshandel gi effektivitetsgevinster i form av f.eks. lavere produksjonskostnader og forbedret distribusjon. Koblingshandel kan imidlertid være et konkurransemessig problem dersom et foretak med markedsrett i ett marked bruker dette til å få kundene til å kjøpe produkter i andre selvstendige, men beslektede markeder.

Konkurranseloven<sup>1</sup> (krrl.) § 11 oppstiller forbud mot “utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling”. Det er ikke forbudt å inneha dominerende stilling i et marked, men bestemmelsen setter grenser for det dominerende foretakets markedsatferd.

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår for at forbudet skal være overtrådt.<sup>2</sup> Foretaket må for det første ha en “dominerende stilling”. Videre må foretakets atferd innebære en “utilbørlig utnyttelse”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

<sup>2</sup> I tillegg må det være tale om et “foretak”.

<sup>3</sup> Begrepet “misbruk” brukes gjerne synonymt med “utilbørlig utnyttelse”.

Koblingshandel er i krrl. § 11 annet ledd bokstav d nevnt som ett av fire eksempler på hva som kan utgjøre utilbørlig utnyttelse; det er forbudt “å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahtentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden”. Denne beskrivelsen er ikke mer enn et eksempel, også andre varianter av koblingshandel er ansett som forbudt i rettspraksis.

Tema for denne oppgaven er å redegjøre for når koblingshandel utgjør utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling i strid med krrl. § 11.<sup>4</sup> Oppgavens omfang tillater imidlertid ikke en like grundig behandling av alle spørsmål knyttet til denne problemstillingen. Jeg vil primært analysere koblingshandelens konkurransebegrensende virkninger, og foretar en mer summarisk gjennomgang av eventuelle gevinster knyttet til denne typen atferd.<sup>5</sup>

## 1.2 Redegjørelse for rettskildene

Konkurranseloven § 11 er utformet etter mønster av EF-traktaten<sup>6</sup> (EF) artikkel 82<sup>7</sup> og EØS-avtalen<sup>8</sup> artikkel 54. Oppgaven tar utgangspunkt i krrl. § 11, men det følger av konkurranselovens forarbeider at praksis fra EF-domstolen og Førsteinstansretten, samt EFTA-domstolen, vil veie tungt ved tolkning av krrl. § 11.<sup>9</sup> Det presiseres imidlertid at en harmonisering av regelverket ikke uten videre innebærer at norsk praksis vil bli identisk med praksis fra EU.<sup>10</sup>

EF-domstolen har utviklet sin egen tolkningslære som i noen grad avviker fra tradisjonelle prinsipper for tolkning av folkerettslige traktater<sup>11</sup> og fra nasjonal rettskildelære i

---

<sup>4</sup> Koblingshandel reguleres også av krrl. § 10, samt lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår, men dette holdes utenfor fremstillingen.

<sup>5</sup> Tidligere utkast er lest og kommentert av Wilhelm Matheson, advokatfirmaet Wiersholm, og Anne Beate Saga Hammerstad.

<sup>6</sup> Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab (Romatraktaten).

<sup>7</sup> Bestemmelsen ble i 1999 (Amsterdamtraktaten) omnummerert fra art. 86. For enkelthets skyld bruker jeg kun art. 82.

<sup>8</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68.

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) s. 68.

<sup>11</sup> Nedfelt i Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

medlemsstatene. Tolkningen er særlig formålsrettet, med stor vekt på hensynet til et felles marked.<sup>12</sup> Det faller utenfor denne oppgaven å behandle tolkningslæren i sin alminnelighet.<sup>13</sup>

Så langt har ingen norsk domstol fått seg forelagt spørsmål om koblingshandel i forhold til krrl. § 11. Det foreligger heller ingen vedtak fra Konkurransetilsynet. Forarbeidene til konkurranseloven drøfter i liten grad det materielle innholdet i forbudsbestemmelsene. Dette har sin forklaring nettopp i at bestemmelsene er en harmonisering av de nasjonale konkurransereglene i forhold til konkurransereglene i EU/EØS. Heller ikke EFTA-domstolen har behandlet saker om koblingshandel.

I dette rettskildebildet er vi henvist til å søke veiledning hos EF-domstolen og Førsteinstansretten. Når jeg bruker begrepet “domstolene” omfatter det begge instanser.

Europakommisjonens (heretter Kommisjonen) avgjørelser kan sammenlignes med norsk forvaltningspraksis, og vil normalt ha mer begrenset rettskildemessig vekt. De vil likevel kunne tjene som illustrasjonsmateriale for rettslige spørsmål som oppstår i tilknytning til koblingshandel.

Kommisjonen utga i 2005 et “Discussion Paper” knyttet til EF art. 82.<sup>14</sup> Notatet er basert på tidligere praksis fra EF-domstolen, Førsteinstansretten og Kommisjonen, men søker også å gi mer generell veiledning i hvordan Kommisjonen fremover vil vurdere misbruks-sakene. Notatet inneholder nyttig informasjon om problemstillinger knyttet til koblingshandel, men det er viktig å være oppmerksom på at Kommisjonen fortsatt vil være bundet av domstolenes fortolkninger.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Flere særtrekk ved tolkningslæren er oppsummert i sak 283/81, *CILFIT og Lanificio de Gavardo S.p.A. mot Sundhedsministeriet*, Sml. 1982 s. 3415, premiss 18-20.

<sup>13</sup> For en nærmere redegjørelse, se f.eks. *EØS-rett* (2004) s. 42-57.

<sup>14</sup> DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (*Commission Discussion Paper* (2005)).

<sup>15</sup> Se f.eks. *Commission Discussion Paper* (2005) premiss 7. Se også generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-95/04 P, *British Airways mot Kommisjonen*, premiss 28.



## 2 Grunnleggende betraktninger

### 2.1 Koblingshandel som problem

Før jeg går nærmere inn på hvilke vilkår som må være oppfylt for at koblingshandel skal utgjøre misbruk, kan det være hensiktsmessig å “løfte blikket” og si noe om når koblingshandel er et konkurransemessig problem.

Koblingshandel innebærer at salget av et produkt på en eller annen måte gjøres avhengig av salget av et annet produkt. Konkurransopolitikken er opptatt av slik atferd fordi et foretak med dominerende stilling i ett marked på denne måten kan styrke sin stilling i andre markeder.<sup>16</sup>

Det ble i teorien tidligere antatt at kobling normalt *ikke* kunne være konkurransebegrensende. Et sentralt poeng fra den såkalte Chicago-skolen er at en monopolist i ett marked ikke kan øke sin profitt ved å monopolisere et tilgrensende marked (“the single monopoly profit theorem”).<sup>17</sup> Resonnementet hviler imidlertid på to forutsetninger som svært ofte svikter i praksis, nemlig at produktene etterspørres i faste mengdeforhold (f.eks. venstre og høyre sko), og at det, i fravær av koblingen, ville vært perfekt konkurranse i det andre markedet.<sup>18</sup> Det tas heller ikke hensyn til mer dynamiske elementer, f.eks. at kobling kan være opphav til stordrifts- og breddefordeler<sup>19</sup>, som igjen kan bidra til økte etableringshindringer.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> I markeder med tilstrekkelig differensierte produkter kan det forekomme koblingshandel også innenfor ett enkelt marked, jf. *Commission Discussion Paper (2005)* premiss 185. Dette vil trolig være mindre praktisk og jeg har derfor valgt å se bort fra denne problemstillingen i den videre analysen. I det følgende benyttes derfor begrepene “produkt” og “marked” om hverandre.

<sup>17</sup> Se nærmere om dette i f.eks. O’Donoghue/Padilla (2006) s. 484 flg., Bishop/Walker (2002) s. 210 flg. eller Nalebuff (2003a) s. 20 flg.

<sup>18</sup> Se f.eks. Bishop/Walker (2002) s. 210.

<sup>19</sup> *Stordriftsfordeler* innebærer at gjennomsnittskostnaden synker med økt produksjonsvolum og oppstår der det er store faste kostnader knyttet til produksjonen. *Breddefordeler* innebærer at kostnaden ved å produsere to eller flere produkter samlet er lavere enn summen av kostnadene knyttet til å produsere produktene hver for seg.

<sup>20</sup> Se f.eks. Nalebuff (2003a) s. 24.

Den rådende oppfatning er at koblingshandel kan gi effektivitetsgevinster, men at det også kan ha alvorlige negative virkninger. Uenigheten i teorien dreier seg nå blant annet om den nærmere avveiningen av disse effektene.

Det sondres i teorien gjerne mellom *utnyttende* og *konkurransbegrensende* (eller utestengende) misbruk.<sup>21</sup> Utnyttende misbruk rammer konsumentene direkte, mens konkurransbegrensende misbruk rammer mer indirekte, ved at det dominerende foretakets atferd reduserer konkurransetrykket i markedet.

Praksis viser at koblingshandel er et problem når en aktør med dominerende stilling i ett marked bruker denne posisjonen til å få kundene til også å kjøpe produkter i andre markeder. Tanken er at kunden i fravær av koblingen ville ha kjøpt disse produktene fra andre leverandører. Koblingen gjør imidlertid dette umulig (eller ulønnsomt) for kunder som etterspør begge produkter, og gir den dominerende aktøren mulighet til å reservere deler av markedet for seg selv.

Konkurransen er da ikke ytelsesbasert, dvs. basert på produktenes overlegne kvalitet eller lave pris, men et resultat av foretakets dominerende stilling i et annet marked. Slik kobling kan føre til utestengelse av konkurrenter, prisdiskriminering og høyere priser. Videre fratras kunden valgfriheten dersom de koblede produktene ikke selges hver for seg. Med andre ord kan koblingshandel innebære både utnyttende og konkurransbegrensende misbruk.

Domstolene fokuserer primært på koblingshandelens konkurransbegrensende virkninger, og jeg har derfor avgrenset oppgaven tilsvarende. Utnyttende misbruk vil ikke bli behandlet nærmere.

---

<sup>21</sup> Enkelte forfattere opererer også med kategorier som “straffende misbruk” (O’Donoghue/Padilla (2006) s. 174) og “integrasjonshemmende atferd” (Whish (2005) s. 195).

## 2.2 Ulike former for koblingshandel

### 2.2.1 Innledning og begrepsbruk

I teorien opereres det med ulike begreper knyttet til koblingshandel. På engelsk skiller man gjerne mellom “tying” og “bundling”, som refererer til i hvilken grad produktene også kan kjøpes hver for seg.

“*Tying*” finner sted når kjøp av produkt A gjøres avhengig av at man samtidig kjøper produkt B, mens produkt B også kan kjøpes alene. Dersom flere produkter kun selges samlet omtales dette som “*pure bundling*”, mens “*mixed bundling*” betegner de tilfellene hvor produktene også tilbys hver for seg, men der pakkeprisen er lavere enn summen av de ulike produktenes priser.<sup>22</sup> I denne oppgaven brukes *koblingshandel* som et fellesbegrep, men jeg vil til en viss grad også referere til de engelske begrepene.

Følgende oversikt kan illustrere forskjellene mellom “tying” og “bundling”:

	<b>Tilgjengelige kombinasjoner av produktene A og B</b>
<b>“Tying”</b>	A+B B
<b>“Pure bundling”</b>	A+B
<b>“Mixed bundling”</b>	A+B A B

Begrepsmessig omtales gjerne produkt A som *det bindende produktet* (“*the tying product*”), mens produkt B kalles *det bundne produktet* (“*the tied product*”). Ved “bundling” passer ikke denne terminologien like godt.<sup>23</sup> “Bundling” har imidlertid tilsvarende konkurransebegrensende virkninger som “tying”. I tillegg kan det fremstillingsmessig være hensiktsmessig å sondre mellom det bindende produktet A og det

---

<sup>22</sup> Se bl.a. *Commission Discussion Paper (2005)* premiss 177, O’Donoghue/Padilla (2006) s. 477-478 og Jones/Sufrin (2004) s. 452-453.

<sup>23</sup> Ved “pure bundling” er begge produkter bundne, mens ingen av dem er det ved “mixed bundling”.

bundne produktet B også i enkelte “bundling”-tilfeller. Dette kommer jeg nærmere tilbake til.

Parallelt med denne sontringen er det gjerne vanlig å operere med ulike typer koblingshandel etter hvordan koblingseffektene skapes. Det som er eksplisitt omtalt i krrl. § 11 annet ledd bokstav d omtales som *kontraktuell* kobling. Det følger imidlertid av EF-domstolens praksis at oppregningen i EF art. 82 (og dermed også krrl. § 11) ikke er uttømmende.<sup>24</sup> Også annen koblingshandel enn den som følger av ordlyden blir ansett som misbruk. I tillegg til kontraktuell kobling er det vanlig å operere med begrepene *fysisk* og *økonomisk* kobling. I de følgende avsnittene gis en kort beskrivelse av disse tre hovedformene for koblingshandel, før jeg går over til den nærmere analysen av vilkårene for at det foreligger koblingshandel i strid med krrl. § 11.

### 2.2.2 Kontraktuell kobling

Kontraktuell kobling er den klassiske formen for koblingshandel. Slik kobling innebærer at foretaket gjennom kontraktsutforming får kjøpere av produkt A til også å kjøpe et annet produkt B. Innenfor begrepet faller også de tilfeller hvor det ikke foreligger noen kontraktsklausul om kjøp av begge produkter, men der leverandøren rent faktisk nekter å selge produkt A med mindre kunden også kjøper produkt B.

Ved klassisk kontraktuell kobling (“tying”) er tvangen absolutt, kunden gis overhodet ikke mulighet til å kjøpe B fra andre leverandører. Kontraktuell kobling kan imidlertid også finne sted gjennom mildere grader av tvang. Et eksempel er tilbaketrekning av garantier dersom kunden benytter seg av reservedeler fra en annen leverandør. Det å miste en garanti har også en økonomisk side, og slik mer indirekte tvang har derfor en flytende grense mot økonomisk kobling, se nærmere om denne grensen i avsnitt 2.2.5.

---

<sup>24</sup> Se sak 6/72, *Europemballage Corporation og Continental Can mot Kommisjonen (Continental Can)*, Sml. 1973 s. 215, premiss 26, fulgt opp bl.a. i forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*, Sml. 2000 s. I-1365, premiss 112.

Ved kontraktuell kobling foreligger det normalt et avtaleforhold mellom leverandøren og kunden. Slik kobling rammes derfor også av krrl. § 10, som får anvendelse også overfor ikke-dominerende aktører. En mulig forklaring på at det er få saker om koblingshandel som er behandlet under den tilsvarende bestemmelsen i EF art. 81, kan være at koblingshandel bare unntaksvis vil være konkurransebegrensende når det finner sted mellom ikke-dominerende aktører. Behovet for å anvende krrl. § 10 ved siden av krrl. § 11 er derfor kanskje ikke så stort.

### 2.2.3 Fysisk kobling

Med økende bruk av kompleks teknologi har det blitt mer og mer vanlig å integrere produkter fysisk, såkalt fysisk eller teknologisk kobling. Denne typen kobling innebærer ingen kontraktuell forpliktelse for kunden. I stedet blir kunden i praksis låst til det dominerende foretaket fordi det bundne produktet er fysisk integrert i eller tilpasset til det bindende produktet. Et klassisk eksempel på slik kobling er barberhøvler, hvor høvelen er utformet slik at man bare kan bruke barberblader fra samme produsent. Et annet eksempel er ulike sammensetninger av dataprogrammer.

### 2.2.4 Økonomisk kobling

Økonomisk kobling oppstår når foretakets prising får kunden til å samle sine innkjøp av flere produkter hos dette foretaket.<sup>25</sup> Tvangselementet er her fraværende, fordi kunden også kan kjøpe produktene hver for seg. Kunden gis imidlertid sterke økonomiske incentiver til å kjøpe produktene samlet. Dette kan gjøres ved å selge flere produkter samlet i en “pakke” der prisen er lavere enn om produktene kjøpes hver for seg, eller mer indirekte, f.eks. gjennom prosentvise rabatter som beregnes for flere produkter samlet (såkalte aggregerte rabatter).

Økonomisk kobling er meget utbredt. Som eksempler kan nevnes skipakker (ski, støvler og bindinger), tv-kanalpakker, mobiltelefoner med tilhørende abonnement og sesongkort til idrettsarrangementer. Det er ikke tvilsomt at særlig denne formen for koblingshandel kan gi

---

<sup>25</sup> Denne typen kobling faller normalt innunder begrepet “mixed bundling”, se f.eks. O’Donoghue/Padilla (2006) s. 478.

store effektivitetsgevinster. For eksempel vil det ofte være kostnadsbesparelser i form av breddefordeler og reduserte transaksjonskostnader knyttet til å selge to produkter samlet.<sup>26</sup> EF-domstolens og Førsteinstansrettens holdning til økonomisk kobling er imidlertid gjennomgående kritisk.

### 2.2.5 Grensen mellom kontraktuell og økonomisk kobling

Det kan, som nevnt over, være en flytende grense mellom kontraktuell og økonomisk kobling. Fordi det er de samme vilkårene som må være oppfylt for at koblingen skal være forbudt, har spørsmålet ikke direkte rettslig betydning. Det kan likevel være hensiktsmessig å sondre mellom kategoriene.<sup>27</sup> Slik jeg bruker begrepene er økonomisk kobling reservert for de tilfeller hvor det kun er økonomiske incentiver som er opphav til koblingseffektene. Hvorvidt disse incentivene er kontraktsfestet eller ikke, er ikke relevant for kategoriseringen. De tilfellene hvor det foreligger en eller annen form for tvang (direkte eller indirekte) vurderes som kontraktuell kobling.<sup>28</sup>

Om for eksempel tilbaketrekning av garantier ved bruk av reservedeler fra konkurrerende leverandører skal anses som tvang eller økonomiske incentiver, kan være vanskelig å avgjøre. Etter min mening må det bero på en konkret vurdering hvordan man trekker grensen i det enkelte tilfellet. Her kan det være relevant å se hen til om tiltaket inngår i en mer omfattende strategi hvor også mer absolutte former for tvang benyttes, og så vurdere hvordan atferden som helhet best kan beskrives.

## 2.3 Oppsummering

Koblingshandel er ikke et helt ensartet begrep, i den forstand at kobling kan oppnås ved hjelp av ulike mekanismer. De konkurransebegrensende virkningene av de forskjellige formene for koblingshandel vil imidlertid være ganske like. Det sentrale er at det dominerende foretaket gjennom koblingen klarer å gjøre deler av markedet utilgjengelig for konkurrentene.

---

<sup>26</sup> Breddefordeler er definert i note 19. Transaksjonskostnader er kostnader pådratt i forbindelse med avtaleinngåelse.

<sup>27</sup> Se nærmere om dette nedenfor.

<sup>28</sup> Det ses her bort fra tvang som består i fysisk integrasjon av flere produkter, jf. avsnitt 2.2.3.

Som nevnt over har kategoriseringen ikke rettslig betydning i den forstand at det er de samme vilkårene som må være oppfylt for at koblingen skal innebære et misbruk. For at det skal gi mening å tale om koblingshandel er det et vilkår at atferden omfatter to *separate produkter*. Videre retter krrl. § 11 seg kun mot foretak med *dominerende stilling*. I selve analysen av om det foreligger en “utilbørlig utnyttelse” står to spørsmål sentralt, nemlig når to produkter tilbys på en slik måte at det oppstår en *koblingseffekt*, og dernest hvilke *virksomheter* denne koblingen kan ha på konkurransen. Den videre analysen vil imidlertid vise at det nærmere innholdet i vilkårene vil kunne variere noe mellom de tre hovedformene for kobling.

### **3 Krav om to separate produkter**

#### **3.1 Innledning**

For å kunne karakterisere noe som koblingshandel er det et vilkår at man står overfor to (eller flere) separate produkter. Et produkt kan ikke kobles til seg selv. Står man i realiteten overfor ett felles produkt gir det derfor ingen mening å tale om koblingshandel.

Det kan være vanskelig å avgjøre om to produkter er komponenter i et felles produkt eller om de tilhører separate markeder. De færreste vil anse karosseriet og motoren på en bil som separate produkter, mens det kan være mer tvilsomt om også stereoplanlegget skal anses som en del av “bilen”. Hva med spillkonsoller og tilhørende spill, skal dette anses som ett eller flere produkter? Det er konkurransemyndighetene som har bevisbyrden for at det foreligger to separate produkter, og i tvilstilfeller vil den dominerende aktøren nyte godt av at grensen kan være vanskelig å trekke.

#### **3.2 Teoretiske utgangspunkter for vurderingen**

Ofte vil samlet salg av flere gjenstander skyldes rene effektivitetsbetraktninger. Det ville f.eks. vært svært lite praktisk om man til enhver tid skulle ha mulighet til å kjøpe venstre og

høyre sko hver for seg. I den grad det er kostnadsbesparelser knyttet til å selge komponenter samlet, vil konkurransen normalt tvinge frem en slik utvikling. *Det velfungerende markedet* er derfor utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger to separate produkter.

Avgrensningen av ett eller flere relevante markeder står sentralt i alle konkurranseanalyser. Den er blant annet nødvendig for å kunne avgjøre om et foretak er dominerende. Avgrensningen foretas primært ut fra etterspørernes ståsted og vurderer hvilke produkter kundene anser som innbyrdes substituerbare. EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked gir her nærmere veiledning.<sup>29</sup>

Kommisjonens *Discussion Paper* illustrerer den nære sammenhengen mellom spørsmålet om separate produkter og markedsavgrensningen. Her uttales det at to produkter er separate dersom de, i fravær av koblingshandel, etterspørres hver for seg.<sup>30</sup> Ifølge *Jones og Sufrin* har domstolene en tendens til å avgrense markedene snevert, for deretter å fordømme tilbyderens forsøk på å samle produkter i pakker.<sup>31</sup>

*Faull og Nikpay* mener man skal anvende en mer tilbudsorientert analyse, dvs. se hen til produktenes art og om de normalt selges samlet.<sup>32</sup>

Det er usikkert hvor stor forskjellen mellom etterspørsels- og tilbudsbaserte betraktninger er i praksis. I velfungerende markeder vil tilbudet normalt gjenspeile etterspørselen. Ved anvendelsen av krrl. § 11 er imidlertid konkurransen allerede begrenset. Det som tilbys i markedet kan dermed være et resultat av nettopp koblingen, og ikke et uttrykk for hva kundene etterspør. Dersom man ikke kan se hen til praksis i tilsvarende markeder andre steder, kan det dermed være etterspørselsbetraktninger som best beskriver situasjonen.

---

<sup>29</sup> EF-Tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3, C 372 av 9. desember 1997.

<sup>30</sup> *Commission Discussion Paper (2005)* premiss 185.

<sup>31</sup> *Jones/Sufrin (2004)* s. 454.

<sup>32</sup> *Faull/Nikpay (1999)* s. 166.



Praksis viser at domstolene gjerne anvender både tilbuds- og etterspørselsbetraktninger, se nedenfor.

For nye produkter hvor man ikke har tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre spørsmålet ut fra observasjoner i markedet, er det i teorien uttalt at man må se hen til om det er objektivt begrunnet å selge produktene samlet.<sup>33</sup>

### 3.3 Hvordan avgjør domstolene spørsmålet om separate produkter?

#### 3.3.1 Generelt

I *Hoffmann-La Roche*<sup>34</sup> er koblingen mellom misbruksanalyse og markedsavgrensning meget synlig. Hoffmann-La Roche produserte ulike typer vitaminer og koblet disse sammen ved å yte rabatter som ble beregnet for alle vitaminingruppene under ett (dvs. aggregerte rabatter). EF-domstolen kom til at atferden kunne karakteriseres som koblingshandel nettopp fordi de ulike vitaminingruppene “ikke er substituerbare, og ... hører til særskilte markeder”.<sup>35</sup>

Også i kommisjonsavgjørelsen *De Poste – La Poste*<sup>36</sup> ble det vist eksplisitt til markedsavgrensningen da det i misbruksanalysen ble fastslått at alminnelige brevforsendelser og B-2-B-forsendelser<sup>37</sup> utgjorde separate tjenester.<sup>38</sup>

Den klassiske koblingssaken *Hilti*<sup>39</sup> illustrerer at spørsmålet om to separate produkter ofte avgjøres allerede i markedsavgrensningen, uten at problemstillingen blir nærmere kommentert i misbruksanalysen. Hilti var den største produsenten av spikerpistoler i EU.

---

<sup>33</sup> Se f.eks. Whish (2005) s. 661 og Faull/Nikpay (1999) s. 166. Spørsmålet om det foreligger separate produkter glir da over i vurderingen av om atferden kan anses legitimt begrunnet, se kapittel 7.

<sup>34</sup> Sak 85/76, *Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen (Hoffmann-La Roche)*, Sml. 1979 s. 461.

<sup>35</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 111.

<sup>36</sup> *De Poste – La Poste*, EFT 2002 L 61/32.

<sup>37</sup> B-2-B-forsendelser er post fra virksomhet til virksomhet innenfor en lukket krets av brukere.

<sup>38</sup> *De Poste – La Poste*, premiss 55.

<sup>39</sup> Sak T-30/89, *Hilti mot Kommisjonen (Hilti)*, Sml. 1991 s. II-1439. Avgjørelsen ble anket til EF-domstolen, som opprettholdt Førsteinstansrettens dom (sak C-53/92 P, *Hilti mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-667). Anken gjaldt spørsmål av liten relevans for oppgavens tema, og EF-domstolens dom vil derfor ikke bli omtalt nærmere.

Slike spikerpistoler anvender spikre og patronmagasiner spesielt tilpasset hvert pistolmerke. Koblingen fant sted mellom spikre og patronmagasiner.

Hilti mente man måtte se spikerpistoler, patronmagasiner og spikre som ett integrert system, hvilket ville ha fjernet koblingsproblematikken fullstendig. Det ble imidlertid avgrenset separate markeder for Hiltikompatible patronmagasiner og Hiltikompatible spikre.<sup>40</sup> Førsteinstansretten viste til Kommisjonens analyse hvor det blant annet ble vektlagt at det eksisterte uavhengige produsenter av spikre, og at etterspørselsmønsteret for forbruksvarene (patronmagasiner og spikre) var et helt annet enn for spikerpistolene.<sup>41</sup> Førsteinstansretten vektla også at Hiltis synspunkt i praksis ville innebære at produsenter av spikerpistoler kunne forhindre at det ble brukt forbruksgods fra andre produsenter i deres pistoler.<sup>42</sup> Det ble i denne sammenheng uttalt at

“da der ikke findes generelle, bindende normer og retsforskrifter står det i relation til fællesskabsrettens konkurrenceregler enhver uafhængig fabrikant frit for at fremstille forbrugsgods bestemt til anvendelse i produkter, der er fremstillet af andre, med mindre han herved krænker en patentrettighed eller andre industrielle eller intellektuelle eiendomsrettigheder.”<sup>43</sup>

En annen klassisk koblingssak, *Tetra Pak II*<sup>44</sup>, illustrerer at man i markeder med en dominerende aktør ikke utelukkende ser hen til om produktene normalt tilbys samlet. Tetra Pak opererte innenfor aseptisk og ikke-aseptisk pakking av flytende næringsmidler, i hovedsak melk. Innenfor begge disse sektorene ble salget av kartonger koblet til salg/utleie av pakkemaskiner.

Tetra Pak anførte at pakkemaskiner og kartonger ikke utgjorde separate produkter, men at produksjonssystemet var integrert og uatskillelig.

---

<sup>40</sup> *Hilti*, premiss 66. I tillegg ble det avgrenset et eget marked for spikerpistoler.

<sup>41</sup> Kommisjonens avgjørelse, EFT 1988 L 65/19 (*Commission Decision Hilti*), premiss 55.

<sup>42</sup> *Hilti*, premiss 68.

<sup>43</sup> *Hilti*, premiss 68.

<sup>44</sup> Sak C-333/94 P, *Tetra Pak International SA mot Kommisjonen (Tetra Pak II)*, Sml. 1996 s. I-5951.

EF-domstolen opprettholdt Førsteinstansrettens konklusjon om at den påberopte naturlige og kommersielle forbindelse mellom produktene ikke forelå.<sup>45</sup> Begrunnelsen fremgår imidlertid mer eksplisitt av Førsteinstansrettens dom.<sup>46</sup> I den ikke-aseptiske sektoren hadde retten vektlagt at uavhengige produsenter av kartonger hadde eksistert lenge. Innenfor den aseptiske sektoren var det kun Tetra Pak og en annen aktør som opererte, og dette var ikke tilstrekkelig til å vurdere om det her forelå en handelssedvane.<sup>47</sup>

Førsteinstansretten bekreftet deretter det ovenfor siterte prinsipp fra *Hilti* og la til at det ikke tilkommer

“... producenter af komplette udstyr at afgoere, om forbrugsgods, som f.eks. kartoner, udgoer et integreret, uadskilleligt system til varetagelse af bydende noedvendige hensyn af generel interesse i forhold til de maskiner, de er taenkt anvendt sammen med.”<sup>48</sup>

Pakkemaskiner og kartonger utgjorde etter dette separate produkter, som uten problemer kunne markedsføres og selges hver for seg. På grunn av manglende substituerbarhet mellom aseptisk og ikke-aseptisk emballasje ble det skilt mellom disse sektorene, slik at man endte opp med fire relevante markeder.

### 3.3.2 Særlig om fysisk kobling

Ved fysisk kobling er det nettopp den fysiske integrasjonen av produktene som skaper koblingseffekter. Dette kan gjøre det særlig vanskelig å avgjøre om man står overfor separate produkter.

Så langt foreligger det ingen avgjørelser fra domstolene om fysisk kobling. Også Kommisjonens praksis på området er sparsom. I *Microsoft*<sup>49</sup> ble vilkårene for om det foreligger ulovlig kobling drøftet svært grundig. Avgjørelsen er påanket og har således begrenset rettskildemessig vekt. Saken er imidlertid prinsipiell og signaliserer en mulig

---

<sup>45</sup> *Tetra Pak II*, premiss 36.

<sup>46</sup> Sak T-83/91, *Tetra Pak mot Kommisjonen (CFI Tetra Pak II)*, Sml. 1994 s. II-755.

<sup>47</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 82.

<sup>48</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 83.

<sup>49</sup> Sak COMP/37.792, *Microsoft*, Commission Decision of March 24, 2004 (ennå ikke publisert i EUT).

endring i synet på koblingshandel i retning av mer virkningsorienterte analyser, slik at den etter min mening likevel er verdt å studere nærmere.

Saken omhandlet Microsofts kobling av Windows Media Player (WMP) med operativsystemet Windows.<sup>50</sup> Microsoft anførte at WMP var en integrert del av Windows og at det derfor ikke var tale om to separate produkter. Dette ble blant annet begrunnet med at det var vanlig forretningspraksis å koble operativsystemer og mediespillere.

Kommisjonen viste til *Hilti* og *Tetra Pak II* og kom til at tilsvarende betraktninger kunne anvendes også for fysisk kobling. Det ble ikke vist direkte til markedsavgrensningen, men uttalt at vurderingen måtte skje fra et etterspørselsperspektiv. Her ble det vektlagt at enkelte kunder ikke etterspurte mediespillere. Enda viktigere var det at det eksisterte en separat etterspørsel etter mediespillere også hos kunder som ønsket slik multimediefunksjonalitet, fordi kundene da kunne velge mellom WMP og andre mediespillere. Eksistensen av uavhengige produsenter av mediespillere tydet også på at det var separat etterspørsel etter dette produktet.<sup>51</sup>

Microsoft ble heller ikke hørt med at det var normal forretningspraksis å koble disse to produktene. Kommisjonen mente for det første at Microsoft ignorerte eksistensen av uavhengige produsenter. Videre var det ingen andre leverandører av operativsystemer som koblet mediespillere på en slik måte at de ikke kunne avinstalleres.<sup>52</sup>

Spørsmålet er påanket til domstolene.<sup>53</sup> Ved fysisk kobling er det normalt en tettere sammenheng mellom produktene enn det man nødvendigvis finner ved kontraktuell kobling. Dette kan tilsi at man ikke automatisk bør anvende samme metode for å vurdere om det foreligger to separate produkter. Både i *Hilti* og *Tetra Pak II* var det imidlertid så

---

<sup>50</sup> Saken inneholder elementer av både fysisk og kontraktuell kobling. Fordi Kommisjonen la betydelig vekt på tekniske aspekter ved produktene, bl.a. at det ikke var fysisk mulig å avinstallere spilleren, synes jeg det er mest naturlig å se saken som et eksempel på fysisk kobling.

<sup>51</sup> *Microsoft*, premiss 801-811.

<sup>52</sup> *Microsoft*, premiss 822-823.

<sup>53</sup> Se Microsofts anke i sak T-201/04, *Microsoft mot Kommisjonen*, EUT 2004 C 179/18.

nær innbyrdes sammenheng mellom produktene at prinsippene fra disse dommene synes godt egnet til å avgjøre spørsmålet også for fysisk kobling.

Det man imidlertid bør være oppmerksom på, er at det i saker om fysisk kobling ofte er tale om “nye” markeder med rask teknologisk utvikling. For eksempel vitner integrasjonen av nye komponenter i mobiltelefoner, som kamera, e-postklient og musikkavspiller etc., om en tendens til stadig mer sammensatte og komplekse produkter. Dette bør hensyntas i vurderingen av om man står overfor separate produkter, slik at håndhevingen av konkurransereglene ikke hindrer en ønsket teknologisk utvikling.

Som illustrasjon kan nevnes *IBM-saken* fra 1984.<sup>54</sup> IBM var dominerende innenfor de to nøkkelkomponentene til foretakets stormaskiner, prosessoren og operativsystemet. Kommisjonen kom til at integrasjon av minnebrikker i prosessoren var ulovlig koblingshandel. *Faull og Nikpay* mener denne typen integrasjon av komponenter i dag ville vært helt i tråd med vanlig kommersiell praksis.<sup>55</sup>

## **4 Konkurranseloven § 11s vilkår om dominerende stilling**

### **4.1 Innledning**

Det at koblingshandel omfatter minst to markeder reiser særlige spørsmål i forhold til krrl. § 11s vilkår om dominerende stilling. For å kunne analysere disse spørsmålene er det imidlertid nødvendig å helt kort redegjøre for kravets sentrale, generelle elementer.<sup>56</sup>

Det er slått fast i EF-domstolens praksis at begrepet dominerende stilling refererer seg til en markedsposisjon hvor foretaket innehar en så sterk økonomisk stilling at det har mulighet

---

<sup>54</sup> *IBM*, European Commission, *Report on Competition Policy 1984 (Vol XIV)*, s. 77-79.

<sup>55</sup> *Faull/Nikpay* (1999) s. 167.

<sup>56</sup> For en mer omfattende redegjørelse for vilkåret om dominerende stilling, se f.eks. Kolstad/Ryssdal (2007) eller *Commission Discussion Paper* (2005).

til å hindre at det opprettholdes effektiv konkurranse, ved at det i betydelig grad er i stand til å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder og sluttbrukere.<sup>57</sup> Om et foretak er dominerende må vurderes i hvert enkelt konkrete tilfelle og relevante momenter vil særlig være markedsandeler, eventuelle etableringshindringer og mulig kjøpermakt.<sup>58</sup>

Som allerede nevnt, skiller koblingshandel seg fra mange andre former for konkurransebegrensende atferd ved at det alltid omfatter flere markeder. Konkurranseloven § 11 er imidlertid taus med hensyn til hvilket av disse markedene den dominerende stillingen refererer seg til. Spørsmålet må derfor løses på bakgrunn av rettspraksis.

## 4.2 Hovedregelen: Dominerende stilling i det bindende markedet

### 4.2.1 Kravets økonomiske begrunnelse

Som jeg vil vise nedenfor, kreves det i koblingsaker normalt dominerende stilling i det bindende markedet A. Ofte vil foretaket også ha en sterk posisjon i marked B, men dette er ikke nødvendig. I den typiske koblingshandelen er det nettopp en sterkere posisjon i marked B som er formålet med atferden. Her redegjøres kort for den økonomiske begrunnelsen bak et slikt krav.

Den klassiske koblingssituasjonen oppstår der produkt A kun selges sammen med produkt B, men der B også tilbys alene (såkalt “tying”, jf. avsnitt 2.2.1).<sup>59</sup>

Dersom foretaket kun er dominerende i det bundne markedet B, vil koblingshandelen normalt ha liten konkurransebegrensende effekt. Den dominerende aktøren tilbyr også

---

<sup>57</sup> Sak 27/76, *United Brands Company mot Kommisjonen*, Sml. 1978 s. 207, premiss 65, gjentatt i mange senere saker.

<sup>58</sup> Se EFTAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, premiss 10.

<sup>59</sup> Økonomisk kobling, hvor alle produktene også kan kjøpes hver for seg, reiser enkelte særlige spørsmål i forhold til dominanskravet og behandles i avsnitt 4.3.

produkt B på selvstendig basis, og kundene vil da være best tjent med å kjøpe A fra den aktøren som gir det beste tilbudet.<sup>60</sup>

Derimot vil koblingen kunne virke konkurransebegrensende dersom foretaket er dominerende i det bindende markedet A. Kundene er da avhengige av det dominerende foretaket for å få kjøpt A, og blir tvunget til å kjøpe “pakken”, uavhengig av om den dominerende aktøren tilbyr produktene til en konkurransedyktig pris.

#### 4.2.2 Domstolenes tilnærming

Som omtalt i avsnitt 3.3.1, ble det i *Hilti* avgrenset separate markeder for Hiltikompatible patronmagasiner og spikre. Hilti hadde patent på spikerpistolene og patronmagasinene, mens også uavhengige spikerprodusenter leverte Hiltikompatible spikre. Koblingen foregikk mellom patronmagasiner og spikre.

Førsteinstansretten kommenterte ikke Hiltis stilling i patronmagasinmarkedet (som er der man ville forventet et krav om dominerende stilling), men drøftet bare om Hilti var dominerende i spikermarkedet.<sup>61</sup> Dette kan skyldes at det var i spikermarkedet det var mest uenighet mellom Hilti og Kommisjonen. I tillegg til koblingshandelen omfattet saken også atferd som bare fant sted i spikermarkedet, og for disse tiltakene måtte det påvises dominans i dette markedet.

Kommisjonen hadde drøftet foretakets stilling i alle markedene og kommet til at Hilti var dominerende også i patronmagasinmarkedet. Dette skyldtes primært selskapets høye markedsandel innenfor salg av spikerpistoler, kombinert med patentbeskyttelsen på patronmagasinene.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Dersom pakken A+B er det beste tilbudet, er det ikke nektelsen av å tilby A på selvstendig basis som får kunden til å kjøpe pakken, men økonomiske incentiver. Disse tilfellene er det mer naturlig å anse som økonomisk kobling.

<sup>61</sup> *Hilti*, premiss 89-94.

<sup>62</sup> *Commission Decision Hilti*, premiss 66-71.

Det fremgår videre at det var den sterke posisjonen i patronmagasinmarkedet som muliggjorde koblingen.<sup>63</sup> Dette er i tråd med de økonomiske resonnementene i avsnitt 4.2.1. Det ble også uttalt at det var i spikermarkedet Hilti var mest sårbar for konkurranse, og at formålet med atferden var nettopp å utnytte den dominerende stillingen i patronmagasinmarkedet til å hindre nye aktører i å etablere seg i spikermarkedet.<sup>64</sup>

Flere koblingssaker bekrefter at foretaket normalt må være dominerende i det bindende markedet. Et eksempel er EF-domstolens prejudisielle avgjørelse i *Télémarketing*<sup>65</sup>. IPB<sup>66</sup> hadde enerett på tilretteleggelsen av tv-annonsering via RTL. I reklamene ble det oppgitt et telefonnummer som publikum kunne ringe for å få ytterligere opplysninger om varen. CBEM<sup>67</sup> var tildelt rett til slik annonsering, men ved utløpet av avtalen besluttet IPB å selv etablere seg i markedet for telefonmarkedsføring, og nektet CBEM fornyelse av avtalen med mindre de godtok å kjøpe også denne tjenesten av IPB.

EF-domstolen ble spurt om et foretak kunne inneha en dominerende stilling når dens virksomhet ble utført under lovbestemt monopol. Dette ble besvart bekreftende; at lovbestemmelser hindret konkurranse i markedet for tv-annonsering, utelukket ikke anvendelsen av EF art. 82.<sup>68</sup> Hvorvidt foretaket var dominerende i det bundne markedet for telefontjenestene ble overhodet ikke drøftet.

Også *Microsoft* er illustrerende her. Microsoft var klart dominerende innenfor operativsystemer, som var det bindende markedet i saken.<sup>69</sup> Hvorvidt Microsoft var dominerende innenfor mediespillere ble ikke drøftet.

---

<sup>63</sup> *Commission Decision Hilti*, premiss 74. Under Førsteinstansrettens behandling av saken erkjente Hilti at atferden utgjorde misbruk dersom det forelå dominerende stilling. Førsteinstansretten foretok derfor ingen misbruksanalyse, men la Kommisjonens vurdering til grunn.

<sup>64</sup> *Commission Decision Hilti*, premiss 74.

<sup>65</sup> Sak 311/84, *Télémarketing (CBEM) mot CLT og IPB (Télémarketing)*, Sml. 1985 s. 3261.

<sup>66</sup> SA Information publicité Benelux.

<sup>67</sup> SA Centre belge d'études de Marches – Télémarketing.

<sup>68</sup> *Télémarketing*, premiss 16.

<sup>69</sup> *Microsoft*, premiss 471-472.



#### 4.2.3 Kan dominerende stilling i det bundne markedet være tilstrekkelig?

Praksis om koblingshandel viser altså at foretaket må være dominerende i det bindende markedet, og at formålet med koblingshandelen normalt er å styrke foretakets posisjon i et annet marked. Også økonomisk teori tilsier en slik tolkning av krrl. § 11 i koblingssaker.

Førsteinstansrettens dom i *BPB Industries og British Gypsum*<sup>70</sup> reiser imidlertid spørsmålet om det i stedet er foretakets posisjon i det *bundne* markedet som er avgjørende. British Gypsum var opprinnelig eneste leverandør av gipsplater til grossister i Storbritannia og Irland, og leverte også det tilgrensende produktet gips. I 1982 begynte to andre foretak å importere gipsplater fra Frankrike og Spania. British Gypsum valgte da, i perioder med knapphet på gips, å gi prioritet på gipsleveranser til de grossistene som ikke forhandlet importerte gipsplater.<sup>71</sup>

British Gypsum var klart dominerende i markedet for gipsplater og ønsket med sin praksis å befeste denne posisjonen. Slik koblingen var utformet var det imidlertid gips som var det bindende produktet. Gipsplater kunne kundene fortsatt kjøpe separat, uavhengig av koblingen. Ut fra de økonomiske prinsippene omtalt over var det derfor i gipsmarkedet man ville forventet en dominerende stilling.

Førsteinstansretten uttalte imidlertid at saken vedrørte British Gypsum som leverandør av gipsplater og den virkning foretakets atferd hadde på konkurransen i dette markedet. Det var derfor irrelevant om British Gypsum var dominerende i gipsmarkedet.<sup>72</sup>

For at nektelsen av å levere gips skulle påvirke kundenes innkjøp av gipsplater, må kundene imidlertid på en eller annen måte ha vært avhengige av British Gypsum med hensyn til gipsleveransene. Hvis ikke kunne kundene skaffet seg gips fra andre

---

<sup>70</sup> Sak T-65/89, *BPB Industries og British Gypsum mot Kommisjonen (BPB Industries og British Gypsum)*, Sml. 1993 s. II-389.

<sup>71</sup> Kommisjonens avgjørelse, EFT 1989 L 10/50 (*Commission Decision BPB Industries*), premiss 81 flg. Koblingen ble kombinert med andre tiltak, bl.a. kontantbetalinger og rabatter til kunder som utelukkende kjøpte gipsplater hos foretaket.

<sup>72</sup> *BPB Industries og British Gypsum*, premiss 92.

leverandører og fortsatt å forhandle importerte gipsplater, uavhengig av British Gypsums koblingstiltak.

Førsteinstansretten synes i den videre analysen også å legge et slikt standpunkt til grunn. Etter uttalelsen om at det var irrelevant om British Gypsum var dominerende i gipsmarkedet, fastslo retten nemlig at gipsmarkedets funksjon måtte “have visse særlige karakteristika” for at atferden skulle være konkurransebegrensende.<sup>73</sup> Slike særlige karakteristika var bl.a. at gips hadde tekniske egenskaper “der notorisk begrenser mulighetene for substitution og skifte af leverandoer og bringer koeberne i et afhaengighedsforhold til deres leverandoer paa gipsmarkedet”.<sup>74</sup>

Det sentrale i dominansbegrepet er at foretaket i betydelig grad er i stand til å opptre uavhengig i markedet, og det var nettopp kundenes avhengighet av British Gypsum i gipsmarkedet som gjorde koblingen konkurransebegrensende. Førsteinstansrettens eksplisitte konstatering av at British Gypsums posisjon i gipsmarkedet var uten relevans, er på denne bakgrunn vanskelig å forstå.

Jeg har ikke funnet noen avgjørelser fra EF-domstolen som støtter et eventuelt syn om at det er nok å påvise dominans i det bundne markedet.<sup>75</sup> Etter min mening er denne enkeltavgjørelsen fra Førsteinstansretten ikke tilstrekkelig til å tilbakevise hovedregelen om at dominerende stilling må påvises (minst) i det bindende markedet.

#### 4.3 Særlig om økonomisk kobling

Ved økonomisk kobling har kundene mulighet til å kjøpe produktene hver for seg. Dette medfører at det ikke alltid er like naturlig å sondre mellom det bindende og det bundne produktet. Spørsmålet blir hvilken betydning dette har for vilkåret om dominerende stilling.

---

<sup>73</sup> *BPB Industries og British Gypsum*, premiss 92.

<sup>74</sup> *BPB Industries og British Gypsum*, premiss 93.

<sup>75</sup> Det ses her bort fra saker om økonomisk kobling, se nærmere om dette i avsnitt 4.3.

Økonomisk kobling oppstår når kjøp av produkter i ett marked påvirker prisen på andre produkter.<sup>76</sup> I mange tilfeller av økonomisk kobling vil denne prispåvirkningen gå begge veier, f.eks. vil det ved rabatter som gis for flere produkter samlet være slik at kjøp av A påvirker endelig pris på B og omvendt. I slike tilfeller har det liten hensikt å sondre mellom det bindende og det bundne produktet. Konsekvensen er at det er tilstrekkelig med dominerende stilling i minst ett av markedene, uten at det oppstilles noe ytterligere krav til hvilket av markedene kravet relaterer seg til. *Hoffmann-La Roche* er illustrerende her. Som omtalt i avsnitt 3.3.1 produserte Hoffmann-La Roche mange typer vitaminer og koblet disse sammen ved å yte rabatter som ble beregnet for alle vitaminingrupper under ett.

EF-domstolen kom til at Hoffmann-La Roche var dominerende innenfor seks slike vitaminingrupper. I misbruksanalysen ble det ikke vektlagt hvilke markeder dette gjaldt, men kun uttalt at “[k]ontrakterne vedrørte salg af vitaminer inden for *en eller flere grupper*, hvor der er konstateret, at der forelå en dominerende stilling...” (min uth.).<sup>77</sup>

*Michelin II*<sup>78</sup> illustrerer at det i andre tilfeller av økonomisk kobling fortsatt kan gi mening i å sondre mellom det bindende og det bundne produktet.<sup>79</sup> Michelin var dominerende i dekkmarkedet og tilbød kundene i dette markedet en “servicebonus”. Bonusen ble beregnet etter et poengsystem, hvor det å levere alle Michelin-dekk til Michelin for vulkanisering<sup>80</sup> ga ett poeng.

I dette tilfellet var prispåvirkningen ensidig, omsetning i vulkaniseringsmarkedet påvirket prisen i dekkmarkedet, men ikke omvendt. Dersom Michelin bare hadde vært dominerende i dekkmarkedet ville kundene foretatt vulkanisering hos dem uansett, og det ville gitt liten tilleggseffekt på omsetningen i dekkmarkedet å sette vulkanisering som vilkår for dekk-

---

<sup>76</sup> Se nærmere om dette i kapittel 5.

<sup>77</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 81.

<sup>78</sup> Sak T-203/01, *Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)*, Sml. 2003 s. II-4071.

<sup>79</sup> Begrepene må her ikke tolkes bokstavelig; ved økonomisk kobling kan også produktene i det “bindende markedet” kjøpes alene.

<sup>80</sup> Vulkanisering innebærer å forsyne brukte dekk med ny slitebane slik at de kan brukes om igjen.

rabatten. For at “servicebonusen” skulle ha konkurransebegrensende virkninger var det derfor i dekkmarkedet det var relevant å kreve dominerende stilling.

I saker med økonomisk kobling hvor prispåvirkningen er ensidig, vil det dermed være riktigst å anvende hovedregelen om at dominerende stilling må påvises i det bindende markedet. Jeg vil anta at det i praksis vil være rimelig greit å skille mellom disse tilfellene og de tilfeller hvor prispåvirkningen er gjensidig.

#### 4.4 Geografisk kobling

Alle de omtalte sakene har omhandlet kobling av ulike produktmarkeder. Kobling kan imidlertid også finne sted mellom geografiske markeder.<sup>81</sup> Også ved slik geografisk kobling oppstilles det et krav om dominerende stilling, og spørsmålet blir hvordan man avgjør hvilket marked vilkåret relaterer seg til.

*IRI/Nielsen*<sup>82</sup> er et eksempel på kobling av ulike geografiske markeder. Den har svært begrenset rettskildemessig vekt, men kan likevel illustrere problemstillingen.<sup>83</sup>

AC Nielsen tilbød tjenesten “retail tracking services”, en tjeneste som bl.a. omfatter overvåkning, analyse og planlegging av konkurranseevnen til et produkt. Kundene var multi-nasjonale og AC Nielsen opererte med rabatter fastsatt for flere europeiske land under ett.

I noen av disse landene var AC Nielsen monopolist, mens de i andre møtte konkurranse fra Information Resources Inc. Rabattstrukturen ble innrettet slik at salg i ett land innvirket på rabattopptjeningen i andre land, dvs. økonomisk kobling. Det synes ikke å ha blitt vektlagt i *hvilke* land det ble påvist dominerende stilling. Saken støtter dermed hypotesen om at det ved aggregerte rabatter er tilstrekkelig å påvise dominerende stilling i minst ett av markedene. Videre illustrerer den at det er måten koblingen gjennomføres på som er

---

<sup>81</sup> Fysisk kobling av geografiske markeder synes dog mindre praktisk.

<sup>82</sup> *IRI/Nielsen (IRI/Nielsen)*, European Commission, *Report on Competition Policy 1996 (Vol XXVI)*, s. 144-148.

<sup>83</sup> Under Kommissjonens behandling av saken godtok AC Nielsen å endre rabattstrukturen. Det ble derfor ikke truffet noen formell avgjørelse.

avgjørende for det nærmere innholdet i kravet til dominerende stilling, ikke om koblingen skjer produktmessig eller geografisk.

#### 4.5 Kan dominerende stilling i tilgrensede markeder være tilstrekkelig?

Uavhengig av hvordan man tolker *BPB Industries og British Gypsum*, har det i alle de omtalte avgjørelsene blitt påvist dominerende stilling i minst ett av de relevante markedene, dvs. de markedene som var direkte berørt av koblingen.

I *Tetra Pak II* drøftes det om dette er et ufravikelig minstekrav, eller om det kan være tilstrekkelig at det foreligger dominerende stilling i *tilgrensede* markeder.

Som omtalt i avsnitt 3.3.1 ble det avgrenset fire relevante markeder. Gjennom en rekke ulike klausuler koblet Tetra Pak salget av kartonger til markedet for pakkemaskiner. Dette ble gjort parallelt innenfor både den aseptiske og ikke-aseptiske sektor. Det forelå imidlertid ingen kobling mellom de to sektorene.

EF-domstolen opprettholdt Førsteinstansrettens konklusjon om at Tetra Pak hadde en monopollignende stilling i de aseptiske markedene.<sup>84</sup> I denne sektoren var det derfor ikke tvilsomt at vilkåret om dominerende stilling var oppfylt.

EF-domstolen var imidlertid også enig med Førsteinstansretten i at det ikke var nødvendig å avgjøre om Tetra Pak var dominerende i de ikke-aseptiske markedene, hvor foretaket hadde 50-55 % markedsandel.

EF-domstolen konstaterte først at ordlyden i EF art. 82 ikke gir noen veiledning om hvor misbruket må finne sted.<sup>85</sup> Det ble deretter vist til flere tidligere koblingssaker.<sup>86</sup> Denne praksisen kan anses å gi uttrykk for et mer generelt prinsipp om at det ikke er noe vilkår at

---

<sup>84</sup> *Tetra Pak II*, premiss 28. Tetra Pak hadde 90-95 % markedsandel og det forelå betydelige etableringshindringer.

<sup>85</sup> *Tetra Pak II*, premiss 24.

<sup>86</sup> *Tetra Pak II*, premiss 25.

misbruket og den dominerende stillingen foreligger i det samme markedet.<sup>87</sup> *Tetra Pak II* skiller seg imidlertid seg fra disse sakene ved at det *ikke* var tale om å koble et marked hvor foretaket var dominerende sammen med et marked hvor foretaket ikke hadde en slik posisjon. I den ikke-aseptiske sektoren var det ikke påvist dominans i noen av markedene.

Om dette uttalte EF-domstolen at

“det er en forudsætning for at anvende artikel 86, at der er en sammenhæng mellem den dominerende stilling og det påståede misbrug, som normalt ikke foreligger, når *adfærd på et andet marked end det dominerende har virkninger på det ikke-dominerende marked*” (min uth.).<sup>88</sup>

For at Tetra Paks kobling i den ikke-aseptiske sektoren skulle utgjøre misbruk, måtte det derfor foreligge “særlige omstændigheder”.<sup>89</sup> I denne vurderingen ble den nære sammenhengen mellom de to sektorene tillagt stor vekt. Videre hadde Tetra Pak tilnærmet monopol innenfor aseptisk pakking og var samtidig ledende leverandør av utstyr til ikke-aseptisk pakking. Begge pakkeprosessene innebar emballering av de samme råvarene, og ca. 35 % av kundene etterspurte begge pakkemetodene. Tetra Paks monopollignende stilling i de aseptiske markedene sikret dermed foretaket en privilegert stilling innenfor den ikke-aseptiske sektoren. Dette satte Tetra Pak i en stilling som kunne sammenlignes med en dominerende stilling på alle de berørte markeder.<sup>90</sup>

Når det gjelder de ikke-aseptiske markedene innebærer dommen dermed et unntak fra vilkåret om dominerende stilling i (minst) ett av de markedene som er direkte berørt av koblingen. Begrunnelsen for dette finner vi i selve kjernen av dominansbegrepet, nemlig at dominerende foretak i betydelig grad kan opptre uavhengig i markedet. Dersom det i den enkelte sak foreligger “særlige omstendigheter” som, på tross av manglende konstatering

---

<sup>87</sup> Se bl.a. Magnussen (1997) s. 58.

<sup>88</sup> *Tetra Pak II*, premiss 27.

<sup>89</sup> *Tetra Pak II*, premiss 27.

<sup>90</sup> *Tetra Pak II*, premiss 27-31.

av dominerende stilling, gir foretaket nettopp denne friheten, rettfærdiggjør dette også anvendelsen av krrl. § 11.

#### 4.6 Kobling mellom ettermarkeder – tilleggskrav om dominerende stilling i primærmarkedet?

I flere saker har ettermarkeder blitt ansett som separate markeder i forhold til primærproduktet.<sup>91</sup> Normalt vil det være vanskelig å utnytte markedsrett i ettermarkeder dersom foretaket ikke har en dominerende stilling i primærmarkedet. Begrunnelsen er en oppfatning om at kundene vil ta foretakets atferd i ettermarkedene med i vurderingen av hvilket hovedprodukt de skal velge.<sup>92</sup> I både *Hilti* og *Tetra Pak II* var foretakene dominerende i primærmarkedet og problemstillingen var derfor ikke aktuell.<sup>93</sup>

Kommisjonens behandling av *Digital*<sup>94</sup> er et eksempel på kobling mellom to ettermarkeder hvor det ikke forelå dominans i primærmarkedet. I markedet for datasystemer var det sterk konkurranse. Ettermarkedene besto av støttetjenester til selve datamaskinen og til programvaren. Kommisjonen mente Digital hadde misbrukt sin dominerende stilling i markedet for støttetjenester til programvare ved å tilby denne tjenesten i en pakke sammen med vedlikehold av maskinen. På denne måten ble konkurrenter innenfor vedlikehold av datasystemer ekskludert fra å betjene Digital's systemer.

Digital godtok å endre sin praksis, og det ble derfor ikke truffet noen formell avgjørelse. Det foreligger heller ingen domstolsavgjørelse om koblingshandel som eksplisitt adresserer spørsmålet. Kommisjonen foreslo i *Hilti* at løsningen ville blitt den samme også om det hadde vært sterk konkurranse i markedet for spikerpistoler, men spørsmålet ble ikke drøftet av Førsteinstansretten.<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> Se f.eks. *Hilti* og *Tetra Pak II*.

<sup>92</sup> Jones/Sufrin (2004) s. 364. Se også Faull/Nikpay (1999) s. 137.

<sup>93</sup> I *Tetra Pak II* var primærmarkedet uansett direkte involvert i koblingen. Kravet om dominerende stilling følger da av hovedregelen om dominans i det bindende markedet, og det blir derfor ikke tale om noe tilleggskrav.

<sup>94</sup> *Digital*, European Commission, *Report on Competition Policy 1997 (Vol XVII)*, s. 130-131.

<sup>95</sup> *Commission Decision Hilti*, premiss 72.

Derimot har domstolene i andre typer misbrukssaker fastslått at et foretak kan være dominerende i ettermarkedet på tross av sterk konkurranse i primærmarkedet. *Hugin*<sup>96</sup>, som gjaldt en leveringsnektelse av reservedeler til kasseapparater, illustrerer dette.<sup>97</sup> Hugin hadde en forholdsvis liten markedsandel innenfor kasseapparater, men hadde monopol på reservedeler til sine egne apparater. Foretaket avsto å levere reservedeler til uavhengige reparasjonsvirksomheter for å hindre sluttkundene i å fritt velge hvem som skulle stå for reparasjon og vedlikehold. EF-domstolen avgrenset et særskilt marked for reservedeler til slike reparasjonsvirksomheter og kom til at Hugin var dominerende i dette markedet på tross av den sterke konkurransen i primærmarkedet.<sup>98</sup>

EF-domstolens markedsavgrensning i *Hugin* har vært kritisert, og spørsmålet om foretak i denne situasjonen reelt sett kan utnytte markedsrett er omstridt. Det kan hevdes at man, før det konkluderes med at et foretak kan utnytte markedsrett i ettermarkedet, blant annet må vurdere om kundene enkelt kan bytte til et konkurrerende primærprodukt.<sup>99</sup>

I *Digital* skal Kommisjonens syn ha skyldtes at Digital hadde en stor kundebase som på grunn av kompatibilitetsutfordringer ikke enkelt kunne erstatte Digital's systemer. I tillegg var ettermarkedet lite gjennomskiktig og det var vanskelig å beregne total kostnader gjennom produktets levetid. Kostnadene i ettermarkedene var heller ikke store nok til å påvirke kundens valg av primærprodukt.<sup>100</sup>

Kommisjonens analyse tilsier at spørsmålet om dominerende stilling i disse tilfellene ikke kan avgjøres ut fra foretakets posisjon i ettermarkedet alene, men at det må foretas en bredere økonomisk analyse, hvor også konkurranseforholdene i primærmarkedet vurderes.

---

<sup>96</sup> Sak 22/78, *Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd. mot Kommisjonen (Hugin)*, Sml. 1979 s. 1869.

<sup>97</sup> Andre eksempler er sak 53/87, *CICCRA mot Renault*, Sml. 1988 s. 6039 og sak 238/87, *Volvo mot Veng*, Sml. 1988 s. 6211.

<sup>98</sup> *Hugin*, premiss 3-10.

<sup>99</sup> Jones/Sufrin (2004) s. 364. O'Donoghue/Padilla (2006) drøfter også spørsmålet på s. 508.

<sup>100</sup> Chevalier, P., "Dominance sur un marché de produits secondaires", Commission's Competition Policy Newsletter 1998/1, 26, referert hos Jones/Sufrin (2004) s. 366.



Dette synspunktet gjenfinnes i Kommisjonens *Discussion Paper*.<sup>101</sup> En slik konkret vurdering av om foretaket reelt sett er i stand til å utnytte markedsrett i ettermarkedet synes etter min mening fornuftig.

#### 4.7 Oppsummering

Konkurranseloven § 11 får bare anvendelse overfor dominerende foretak. Praksis viser at det i koblingssaker normalt er i det bindende markedet foretaket må ha en slik markedsposisjon. Ofte er foretaket også dominerende i det bundne markedet, men dette kreves ikke. I enkelte saker om økonomisk kobling er det tilstrekkelig med dominerende stilling i ett av markedene, uten at det oppstilles noe tilleggskrav om hvilket marked dette gjelder. Dersom koblingen skjer mellom ettermarkeder, må det bero på en konkret vurdering om det oppstilles et tilleggskrav om dominans i primærmarkedet.

I *Tetra Pak II* har domstolen oppstilt et regelrett unntak fra kravet om dominerende stilling. For at kobling mellom markeder hvor det ikke er påvist dominerende stilling skal omfattes av krrl. § 11, kreves det imidlertid at foretaket har en dominerende stilling i et tilgrensende marked og at det også foreligger “særlige omstendigheter”.

Også dominerende aktører tillates å konkurrere i flere markeder samtidig. For å konstatere brudd på krrl. § 11 er det derfor ikke tilstrekkelig at et foretak med dominerende stilling tilbyr (minst) to separate produkter. Det er kun den “utilbørlige utnyttelsen” av den dominerende stillingen som er forbudt. Hva som nærmere ligger i dette er tema for de neste kapitlene.

---

<sup>101</sup> *Commission Discussion Paper (2005)* premiss 251.

## 5 Når foreligger det “koblingshandel”?

### 5.1 Innledning

Når det skal avgjøres om et foretaks salg av flere produkter er koblet sammen på en utilbørlig måte er vi inne i selve “misbruksanalysen”.

Det er to hovedspørsmål som må besvares før man kan konstatere at det foreligger et misbruk. Det må først avgjøres *om* det i det hele tatt foreligger kobling, deretter vurderes om denne koblingen er *utilbørlig*. Det er en nær sammenheng mellom disse to spørsmålene. Fremstillingsmessig kan det likevel være hensiktsmessig å skille dem. Dette kapitlet vil gjennomgå de sentrale koblingssakene og vise hvordan koblingen rent faktisk ble gjennomført. Spørsmålet om atferdens virkninger i markedet, selve kjernen i misbruksanalysen, utskytes til kapittel 6.

### 5.2 De klassiske koblingssakene – *Hilti* og *Tetra Pak II*

Både i *Hilti* og *Tetra Pak II* kombinerte foretakene flere typer kobling. I *Hilti* ble spikermarkedet koblet til patronmagasinmarkedet gjennom tre ulike tiltak. I en del kontrakter ble det satt som betingelse for å kjøpe patronmagasiner at kunden også kjøpte det tilsvarende antallet spikre til bruk i magasinene.<sup>102</sup> Der slik absolutt kobling ikke ble gjennomført, opererte Hilti med reduserte rabatter til kunder som bare kjøpte patronmagasiner. I tillegg til dette nektet Hilti å innfri garantier dersom det var brukt spikre fra andre produsenter.<sup>103</sup> Alle tre tiltak ble klart vurdert som kobling.<sup>104</sup>

I *Tetra Pak II* forpliktet kundene seg til utelukkende å anvende Tetra Pak-kartonger i maskinene. I tillegg til denne absolutte koblingen, forelå det 24 omtvistede klausuler om bl.a. tilleggsytelser i form av vedlikehold, levering av reservedeler, diverse rabatter, samt

---

<sup>102</sup> For andre eksempler på slik absolutt kobling, se bl.a. *Télémarketing* (omtalt i avsnitt 4.2.2), samt kommisjonsavgjørelsene *Napier Brown/British Sugar*, EFT 1988 L 284/41 og *London European/Sabena*, EFT 1988 L 317/47.

<sup>103</sup> For et annet eksempel hvor tilbaketrekning av garantier var tema, se Kommisjonens behandling av *Novo Nordisk*, referert i European Commission, *Report on Competition Policy 1996 (Vol XXVI)* s. 142-143.

<sup>104</sup> *Commission Decision Hilti*, premiss 75. Dette var som nevnt ikke tema for Førsteinstansretten.

leiekostnader beregnet ut fra antall anvendte Tetra Pak-kartonger. Alle disse tiltakene ble vurdert som koblingshandel.<sup>105</sup> Som i *Hilti* ble det ikke drøftet eksplisitt om det hadde betydning at det ble benyttet tiltak med varierende grad av tvang.

### 5.3 Kommisjonens tilnærming i *Microsoft*

I *Microsoft* foretok Kommisjonen prinsipielle drøftelser av hva som skal til for at det foreligger kobling. Microsoft bestred at det å integrere mediespilleren WMP i operativsystemet innebar kobling. Det forelå ingen tvang med hensyn til å bruke produktet, og kunden kunne fritt installere andre mediespillere i tillegg til WMP. Ifølge Microsoft betalte heller ikke kundene noe ekstra for WMP.

Kommisjonen drøftet først om det er et vilkår for å anse noe som kobling at kunden betaler ekstra for det bundne produktet, men kom til at noe slik krav ikke kunne utledes av ordlyden i EF art. 82(2)(d). Det kunne også hevdes at prisen for WMP var “innbakt” i prisen for Windows.<sup>106</sup> Dersom man skulle lagt Microsofts standpunkt til grunn, ville det vært enkelt å argumentere for at B ikke koster noe ekstra, spesielt i de tilfellene hvor det ikke foreligger noen pris for A solgt på selvstendig basis.

Kommisjonen avviste også Microsofts argument om at det ikke forelå kobling fordi kunden ikke var tvunget til å bruke WMP. Heller ikke et slikt krav kunne utledes av ordlyden.<sup>107</sup> Det ble også vist til at det i *Hilti* ikke var noe krav om at kunden faktisk brukte Hiltispikrene de kjøpte sammen med patronmagasinene.<sup>108</sup> Spørsmålet om konkurrentene ville bli utestengt som følge av at kundene *mest sannsynlig* ville bruke det koblede produktet var relevant, men hørte etter Kommisjonens oppfatning til virkningsanalysen.<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 135. For EF-domstolen var selve misbruksanalysen begrenset til om koblingen var *lovlig*, ikke *om* det forelå kobling.

<sup>106</sup> *Microsoft*, premiss 831.

<sup>107</sup> *Microsoft*, premiss 832.

<sup>108</sup> I *Hilti* ble imidlertid bruk av andre spikre “straffet” gjennom tilbaketreking av garantier. Dette ble ikke kommentert i *Microsoft*.

<sup>109</sup> *Microsoft*, premiss 832.

Det avgjørende for om det forelå kobling var at kundene ikke ble gitt muligheten til å kjøpe Windows uten WMP.<sup>110</sup>

#### 5.4 Økonomiske incentiver som koblingsfaktor

I både *Hilti* og *Tetra Pak II* ble økonomiske incentiver brukt sammen med andre koblings-tiltak. Domstolens praksis viser imidlertid at også bruk av rene økonomiske incentiver kan innebære koblingshandel. I disse tilfellene er tvangselementet fraværende, fordi kunden også gis mulighet til å kjøpe produktene hver for seg.

##### 5.4.1 Pakkeløsninger

Den enkleste og mest direkte formen for økonomisk kobling oppstår når to produkter tilbys samlet til en lavere pris enn om produktene ble kjøpt hver for seg, slik det ble gjort i *Van den Bergh Foods*<sup>111</sup>. Van den Bergh Foods Ltd (Van den Bergh) var den største produsenten av “impulsis”<sup>112</sup> i Irland. Foretaket tok ingen eller kun en symbolsk pris for å stille fryserie til rådighet for detaljistene, slik at kostnaden for fryserleie ble bakt inn i én felles kostnad, nemlig varekostnaden for selve iskremen.<sup>113</sup>

##### 5.4.2 Aggregerte rabatter

Økonomisk kobling kan også gjennomføres ved hjelp av aggregerte rabatter, dvs. rabatter som gis for flere produkter samlet. Ved progressive rabatter<sup>114</sup> påvirker kjøp av en ekstra enhet prisen på de øvrige enhetene. Slike rabatter har derfor lojalitetsskapende virkninger også når de anvendes innenfor ett enkelt marked. Dersom flere produkter innlemmes i den samme rabattordningen oppstår det en koblingseffekt i tillegg til den rene lojalitetsvirkningen, ved at kjøp i ett marked påvirker prisen på produkter i andre markeder.

Kundene gis på denne måten incentiver til å samle alle sine kjøp hos det dominerende foretaket. For å være konkurransedyktig må en aktør som bare er etablert i et av markedene

---

<sup>110</sup> *Microsoft*, premiss 834.

<sup>111</sup> Sak T-65/98, *Van den Bergh Foods mot Kommisjonen (Van den Bergh Foods)*, Sml. 2003 s. II-4653.

<sup>112</sup> “Impulsis” betegner enkeltpakket is til umiddelbart forbruk.

<sup>113</sup> *Van den Bergh Foods*, premiss 159.

<sup>114</sup> Ved progressive rabatter stiger rabattsatsen med innkjøpt volum. Alternativet er å gi flate rabatter uavhengig av volum.

for det første gi en tilsvarende rabatt som det dominerende foretaket i dette markedet. I tillegg må han kompensere kunden for den rabatten han går glipp av i andre markeder.

I *Hoffmann-La Roche* ble det fastslått at bruk av slike aggregerte rabatter innebærer kobling. Som tidligere omtalt, produserte Hoffmann-La Roche en rekke ulike vitaminer og var dominerende innenfor flere av disse. I enkelte kontrakter opererte foretaket med rene eksklusivitetsforpliktelser. I de øvrige kontraktene ble det benyttet progressive rabatter som ble beregnet for alle vitaminingruppene under ett. Kunder med denne type kontrakter ble ikke tvunget til å kun handle hos Hoffmann-La Roche, men fikk sterke økonomiske incentiver til å gjøre det. Dette vurderte EF-domstolen som koblingshandel, jf. formuleringen om at “bonussystemets binding til samtlige innkjøb [er] endvidere et misbrug som omhandlet i artikkel 86, stk. 2, litra d”.<sup>115</sup>

Dette synspunktet er senere bekreftet i *Michelin*-sakene<sup>116</sup>. Michelin var dominerende innenfor dekk til lastebiler, og ga dekkforhandlerne en progressiv rabatt basert på samlet omsetning av Michelin-dekk (til både lastebiler, personbiler og varebiler). Dette innebar kobling, fordi det fratok kundene muligheten til fritt å velge leverandør innenfor de ulike dekktypene.<sup>117</sup>

#### 5.4.3 Andre rabatter hvor opptjeningen avhenger av omsetning i andre markeder

Også andre rabatter enn de aggregerte kan innebære kobling. I *Michelin I* mente Kommisjonen at Michelin koblet dekkmarkedene ytterligere sammen ved å gi en ekstra bonus på kjøp av lastebildekk, basert på realiserte innkjøpsmål for personbildekk. EF-domstolen kom til at Kommisjonen hadde lagt feil faktum til grunn, rabatten ble kun gitt på personbildekk og var ikke på noen måte avhengig av mengden solgte lastebildekk. Bonusen kunne derfor ikke karakteriseres som koblingshandel, men det følger mer prinsipielt av EF-

---

<sup>115</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 111.

<sup>116</sup> Sak 322/81, *NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)*, Sml. 1983 s. 3461 og *Michelin II* (full referanse i note 78).

<sup>117</sup> *Michelin I*, premiss 85 og *Michelin II*, premiss 110.

domstolens formuleringer at det å la “en fordel for salgene på ét marked afhænge af opfyldelsen af et salgsmål på et andet marked” utgjør koblingshandel.<sup>118</sup>

I *Michelin II* ble kundene, som nevnt i avsnitt 4.3, også tilbudt en “servicebonus” på dekk, hvor opptjeningen blant annet berodde på om forhandlerne brukte Michelin som vulkanisør av brukte dekk. Michelin var dominerende innenfor salg av dekk, og brukte denne styrken som “løftestang for at sikre, at forhandlerne valgte firmaet som vulkanisør”.<sup>119</sup>

#### 5.4.4 Utgjør bruk av flate rabatter også koblingshandel?

Jeg har over vist hvordan lojalitetsrabatter kan brukes til å koble flere markeder sammen.

Et foretak med dominerende stilling i et marked A er imidlertid ikke henvist til kun å benytte progressive rabatter for å knytte til seg kundene i marked B. Også gjennom *flate* rabattsatser vil kundene kunne gis incentiver til å kjøpe hos det dominerende foretaket. Etter min mening er det imidlertid ikke naturlig å omtale dette som koblingshandel. Prisen på produkt B avhenger ikke på noen måte av kjøp i marked A (rabattsatsen er den samme uansett), og kunden blir ikke “bundet” til foretaket utover det som allerede følger av den dominerende stillingen.

Det som i realiteten skjer ved flate rabatter, er at foretaket benytter en merprofitt<sup>120</sup> fra marked A til å prise produkt B lavere enn det en minst like effektiv konkurrent i marked B har mulighet til. Etter min mening er det mest naturlig å anse slik atferd som mulig rovprising.<sup>121</sup> At dette ikke innebærer koblingshandel støttes også av den ovenfor siterte uttalelse i *Michelin I* om at koblingshandel innebærer å la fordeler på et marked avhenge av salget på et annet.<sup>122</sup>

---

<sup>118</sup> *Michelin I*, premiss 98.

<sup>119</sup> *Michelin II*, premiss 163.

<sup>120</sup> Et dominerende foretak vil normalt ha en høyere profittmargin enn det som er tilfelle i markeder med sterk konkurranse.

<sup>121</sup> Rovprising innebærer at et foretak selger sine produkter med tap for å eliminere konkurrenter. Tapet i perioden med underprising vil kunne oppveies ved fremtidig prisøkning som følge av redusert konkurranse i markedet. Det faller utenfor denne oppgavens tema å redegjøre nærmere for denne formen for misbruk.

<sup>122</sup> Se avsnitt 5.4.3.

## 5.5 Oppsummering

Dette kapitlet har søkt å gi en oversikt over hva domstolene så langt har ansett som koblingshandel. Kommisjonens analyse i *Microsoft* er også tatt med. Praksis viser at det ikke stilles strenge krav til graden av tvang, også mindre absolutte forpliktelser og rene økonomiske incentiver blir vurdert som kobling. Oppsummert synes holdningen å være at alle tiltak som kan påvirke kunden til å samle sine kjøp hos et dominerende foretak, utover det enkelte produkts egenskaper eller pris, utgjør koblingshandel. I neste kapittel drøftes det nærmere når slik atferd innebærer et misbruk.

## 6 Konkurransbegrensende virkninger av koblingshandel

### 6.1 Innledning

Verken krrl. § 11 eller de tilsvarende bestemmelsene i EU-/EØS-retten definerer “utilbørlig utnyttelse”, og den naturlige språklige forståelsen av uttrykket gir liten veiledning.<sup>123</sup> Det følger imidlertid av EF-domstolens definisjon i *Hoffmann-La Roche* at misbruksbegrepet omfatter atferd

“som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurransen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser”.<sup>124</sup>

Selv om det normalt må foreligge en viss sammenheng mellom den dominerende stillingen og misbruket, oppstilles det etter EF-retten ikke et krav om at det er markedsmakten som er

---

<sup>123</sup> Se til sammenligning krrl. § 10, som forbyr avtaler eller samordnet praksis “som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen”.

<sup>124</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 91. Definisjonen er senere bekreftet i flere saker, bl.a. *Michelin I*.

den *direkte årsak* til misbruket.<sup>125</sup> Misbruksbegrepet omfatter dermed ikke bare atferd som kan utøves i kraft av den dominerende stillingen, men også atferd som kunne vært utøvd av ikke-dominerende aktører.

Kjernen i misbruksbegrepet er at dominerende foretak *ikke må hindre restkonkurransen i markedet*. Spørsmålet blir om det er tilstrekkelig at foretaket har til formål å begrense konkurransen eller om det må påvises en eller annen form for sannsynlig eller faktisk virkning.

Det har i flere saker vært uttalt at det må foretas en analyse av atferdens virkninger i markedet før man kan slå fast at atferden innebærer misbruk.<sup>126</sup> Samtidig skilles det ikke skarpt mellom atferd som har til formål eller er egnet til å begrense konkurransen, og atferd hvor slike konkurransebegrensninger allerede er påvist.<sup>127</sup> Det må i alle tilfeller være klart at konkurransemyndighetene ikke er henvist til å vente på at de konkurransebegrensende virkningene inntreffer i markedet. Et slikt krav ville økt sannsynligheten for uopprettelig skade i markedet som følge av det dominerende foretakets atferd.<sup>128</sup>

Som jeg skal vise i neste avsnitt, har EF-domstolen og Førsteinstansretten vurdert koblingshandel meget strengt. Dette reiser problemstillingen om det i koblingssaker er nødvendig å foreta konkrete virkningsanalyser, eller om det er tilstrekkelig å se hen til atferdens art eller formål, som indikasjon på typiske virkninger.

Dette spørsmålet aktualiseres enn mer av Førsteinstansrettens uttalelser i *Michelin II* og *British Airways*<sup>129</sup> om at bevisførselen for det konkurransebegrensende formål og den konkurransebegrensende virkning er sammenfallende. Dersom det kan bevises at atferden

---

<sup>125</sup> Se *Continental Can*, premiss 27 og *Hoffmann-La Roche*, premiss 91.

<sup>126</sup> Se bl.a. *Michelin I*, premiss 70 og 73 og sak T-228/97, *Irish Sugar mot Kommisjonen (Irish Sugar)*, Sml. 1999 s. II-2969, premiss 114.

<sup>127</sup> Se note 125, samt *Hoffmann-La Roche*, premiss 90-91.

<sup>128</sup> I denne retning *Microsoft*, premiss 946, samt Whish (2005) s. 199 og O'Donoghue/Padilla (2006) s. 220.

<sup>129</sup> Sak T-219/99, *British Airways mot Kommisjonen (British Airways)*, Sml. 2003 s. II-5917. Saken omhandlet lojalitetsrabatter, ikke koblingshandel, men uttalelsene om behovet for virkningsanalyse er generelle.



har til formål å begrense konkurransen, vil den også være egnet til å ha denne virkningen, og det er etter Førsteinstansrettens oppfatning ikke nødvendig å foreta undersøkelser av atferdens konkrete virkninger.<sup>130</sup> EF-domstolen opprettholdt nylig Førsteinstansrettens dom i *British Airways* uten å ta eksplisitt stilling til spørsmålet.<sup>131</sup>

Den videre analysen vil etter dette omhandle to hovedspørsmål; det ene er å undersøke hvilken metode domstolene anvender ved vurderingen av koblingshandelens konkurransebegrensende virkninger, det andre å analysere hvilke kriterier som er relevante i en nærmere virkningsanalyse av koblingshandel.

## 6.2 Domstolenes strenge vurdering av koblingshandel

En gjennomgang av praksis om koblingshandel viser at EF-domstolen og Førsteinstansretten vurderer denne typen atferd svært strengt.

*Hilti* og *Tetra Pak II* viser at kobling som fratrar kundene muligheten til å velge leverandør normalt vil være forbudt. Det samme synes å gjelde mer indirekte former for tvang. I *Hilti* ble det raskt konstatert at

“[m]aking the sale of patented cartridge strips conditional upon taking a corresponding complement of nails constitutes an abuse of a dominant position, as do reduced discounts and other discriminatory policies described above on cartridge-only orders”.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> *Michelin II*, premiss 241 og *British Airways*, premiss 293.

<sup>131</sup> EF-domstolens dom av 15. mars 2007 i sak C-95/04 P, *British Airways mot Kommisjonen* (ennå ikke publisert i Sml.). Førsteinstansretten hadde i tilstrekkelig grad sannsynliggjort rabattens lojalitetsskapende virkninger, og EF-domstolen tok derfor ikke stilling til spørsmålet om det er tilstrekkelig å påvise et konkurransebegrensende formål (premiss 96-98). *British Airways'* anførsel om at bevisene i saken tilsa at atferden ikke hadde hatt slike virkninger, var et faktisk spørsmål som lå utenfor EF-domstolens prøvingskompetanse (premiss 101).

<sup>132</sup> *Commission Decision Hilti*, premiss 75 (dansk språkversjon ikke tilgjengelig).

I *Tetra Pak II* opprettholdt Førsteinstansretten Kommisjonens konklusjon om at klausulene om å kun anvende Tetra Pak-kartonger i maskinene utgjorde et misbruk.<sup>133</sup> Om dette hadde Kommisjonen uttalt at

“[s]aadanne koblingssalg (tying), der paa ny begrænser afsætningsmulighederne og goer indgaaelsen af kontrakter betinget af, at der accepteres vilkaar (koeb av kartoner), der ikke har nogen forbindelse med kontraktens gjenstand (salg av maskiner), udgoer en alvorlig overtraedelse af artikel 86, som adskillige gange er blevet fordoemt af Kommisjonen og Domstolen”.<sup>134</sup>

De øvrige 24 omtvistede klausulene (om bl.a. vedlikeholdsytelser og rabatter) styrket denne konklusjonen, men kunne også i seg selv ha konkurransebegrensende virkninger.<sup>135</sup>

En tilsvarende streng standard synes også å oppstilles i saker om ren økonomisk kobling. I *Hoffmann-La Roche* fastslo EF-domstolen først at *lojalitetsrabatter* normalt vil være forbudt:

“[D]et samme [som ved eksklusivitetsforpliktelser, dvs. misbruk] *gælder, når virksomheden, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse, enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden – i øvrigt uanset om denne indkøber for betydelige eller for mindre beløb – udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed*” (min uth.).<sup>136</sup>

Domstolen ga deretter uttrykk for at bruk av slike rabatter for flere produkter samlet nærmest automatisk innebærer ulovlig koblingshandel, jf. uttalelsen om at

“bonussystemets binding til samtlige indkøb [er] endvidere et misbrug som omhandlet i artikel 86, stk. 2, litra d”.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> *CFI Tetra Pak*, premiss 135. For EF-domstolen var misbruksspørsmålet begrenset til om atferden var lovlig til tross for de konkurransebegrensende virkningene, se kapittel 7.

<sup>134</sup> Kommisjonens avgjørelse, EFT 1992 L 72/1 (*Commission Decision Tetra Pak II*), premiss 117.

<sup>135</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 135.

<sup>136</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 89.

<sup>137</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 111.

Hoffmann-La Roche bestred at kontraktene hadde konkurransebegrensende virkninger. Dette ble avvist, blant annet fordi det fremgikk av både kontraktene selv og interne dokumenter at foretaket selv tillat rabattene stor betydning.<sup>138</sup> Videre ble det uttalt mer prinsipielt at

“da der desuden er tale om en adfærd, som udvises af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et marked, hvor konkurrencestrukturen allerede af den grund er svækket, kan *enhver yderligere begrænsning* af denne konkurrencestruktur inden for anvendelsesområdet for artikel 86 udgøre et misbruk af en dominerende stilling” (min uth.).<sup>139</sup>

Selv om det her ikke oppstilles særlig strenge kvantitative krav til virkningene for at atferden skal anses som misbruk, ligger det i uttalelsen at det må skje en *konkurransebegrensning*. At enkeltaktører stenges ute av markedet behøver ikke bety en reduksjon i konkurransetrykket dersom de gjenværende konkurrentene utøver tilstrekkelig disiplinerte press på det dominerende foretaket.<sup>140</sup>

*Michelin*-sakene bekrefter den kritiske holdningen til aggregerte rabatter som ble lagt for dagen i *Hoffmann-La Roche*. I *Michelin I* ble det konkludert med at rabattene ville gjøre forhandlerne

“afskåret fra til enhver tid frit og afhængigt af markedssituationen at vælge det gunstigste af de tilbud, der fremsættes fra forskellige konkurrenters side og fra at skifte leverandør uden mærkbar økonomisk ulempe”.<sup>141</sup>

I *Michelin II* uttalte retten at det fulgte av fast rettspraksis at et rabattsystem

“som har til hensikt at knytte forhandlerne til en virksomhed med en dominerende stilling igennem fordele, som ikke bygger på en økonomisk modydelse, og som forhindrer

---

<sup>138</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 123.

<sup>139</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 123.

<sup>140</sup> I praksis brukes gjerne uttrykket “utestengelse” synonymt med “konkurransebegrensning”, det forutsettes da at utestengelsen er så omfattende at også konkurransetrykket i markedet reduseres.

<sup>141</sup> *Michelin I*, premiss 85.

forhandlerne i at få forsyninger fra denne virksomheds konkurrenter, udgør en tilsidesettelse af artikel 82 EF”.<sup>142</sup>

Kommisjonens behandling av *Microsoft* synes å avvike noe fra tidligere praksis fra domstolene. Her konstaterte Kommisjonen at det *ikke* forelå noen presumsjon om konkurransebegrensende virkninger, fordi kundene kunne anskaffe andre mediespillere i tillegg til WMP, av og til også uten ekstra kostnad. Det var derfor nødvendig å vurdere helt konkret om koblingen hadde potensiale for å begrense konkurransen.<sup>143</sup>

Det ble i denne saken foretatt omfattende markedsundersøkelser. Det ble blant annet innhentet informasjon fra kunder (tilsvarende 1,2 millioner klient PCer), fra konkurrenter, fra leverandører av innholdstjenester og fra bransjeorganisasjoner.<sup>144</sup>

Kommisjonen uttalte at det avgjørende ville være om etterspørerne av den komplementære programvaren *mest sannsynlig* ville bruke det bundne produktet på bekostning av ikke-bundne produkter, ikke om de regelrett var *tvunget* til dette. Så lenge kunden automatisk fikk WMP installert på maskinen, ville alternative tilbydere ha en konkurranseulempe.<sup>145</sup> Det ble videre vist til at EF art. 82 også rammer atferd som indirekte binder kundene når denne har ekskluderende virkninger tilsvarende “direkte kobling”.<sup>146</sup>

Domstolenes strenge holdning til koblingshandel er tilsynelatende ganske formålsorientert. Selv om det i en del saker ikke er så lett å se hvilke konkrete vurderinger som er foretatt, kan det imidlertid ikke utelukkes at virkningsanalyser kan være nødvendig også i koblingsaker. Ofte vil det også være slik at foretakene benytter seg av økonomisk ekspertise som sjelden kan stå ukommentert fra konkurransemyndighetenes side. Dette nødvendiggjør en grundigere drøftelse av koblingshandelens konkurransebegrensende virkninger. Den

---

<sup>142</sup> *Michelin II*, premiss 74. Det ble vist til bl.a. *Hoffmann-La Roche*, *Michelin I* og *BPB Industries og British Gypsum*.

<sup>143</sup> *Microsoft*, premiss 841.

<sup>144</sup> *Microsoft*, premiss 7 flg.

<sup>145</sup> *Microsoft*, premiss 832-833.

<sup>146</sup> *Microsoft*, premiss 835-836. Det ble her vist til *Hoffmann-La Roche*.

resterende delen av dette kapitlet søker, dels med bakgrunn i økonomisk teori, og dels i de momenter som kan utledes fra rettspraksis, å redegjøre for hvordan slike virkningsanalyser kan foretas.

## 6.3 Nærmere om virkningsanalysen i koblings saker

### 6.3.1 Innledning

Koblingshandel kan fungere konkurransebegrensende fordi det gjør deler av markedet utilgjengelig for konkurrentene. Ved klassisk kobling oppstår denne innlåsingeffekten direkte, ved at kundene mer eller mindre tvinges til å handle hos det dominerende foretaket.

Ved økonomisk kobling er ikke kundene “låst” til det dominerende foretaket i samme forstand, men i praksis oppstår tilsvarende virkninger. Konkurrenter etablert i enkeltmarkeder må, i tillegg til å tilby en konkurransedyktig pris på sitt produkt, kompensere kjøperen for den rabatt han mister på alle andre produkter kjøpt hos det dominerende foretaket. De konkurransebegrensende virkningene ved denne typen kobling oppstår når konkurrenten må prise sitt produkt så lavt at det er ulønnsomt å forbli i markedet, selv om foretaket er minst like kostnadseffektivt som den dominerende aktøren.

I tillegg til å påvirke den prisen konkurrentene kan ta i markedet, kan koblingshandel også påvirke konkurrentenes kostnader. Koblingshandel kan være opphav til stordriftsfordeler hos det dominerende foretaket, se nærmere om dette i kapittel 7. Samtidig kan koblingshandel også føre til at konkurrentene *ikke* oppnår stordriftsfordeler de ellers ville hatt, fordi andelen tilgjengelige kunder, og dermed oppnåelig produksjonsvolum, reduseres.

Et sentralt spørsmål i analysen av koblingshandelens konkurransebegrensende virkninger er dermed å avgjøre hvor stor del av markedet som gjøres utilgjengelig for konkurrentene. Som jeg skal vise nedenfor, er dette imidlertid ikke alene avgjørende, også andre momenter kan være relevante i slike virkningsanalyser.

### 6.3.2 Hvor stor andel av kundemassen blir gjort utilgjengelig konkurrentene?

I *Hoffmann-La Roche* ble det uttalt at *enhver* ytterligere begrensning av konkurransen er tilstrekkelig til at det foreligger misbruk, jf. avsnitt 6.2. Likevel vil det normalt ha betydning hvor stor andel av kundemassen som “låses” til det dominerende foretaket. De konkurransebegrensende virkningene av koblingshandel oppstår ikke før en viss andel av kundemassen er bundet til den dominerende leverandøren av produkt A, fordi antallet potensielle kunder for konkurrenten i marked B først da blir merkbart redusert.

Dette spørsmålet henger normalt sammen med hvor stor andel av kundemassen som etterspør begge produkter. Dersom kun en liten andel av etterspørerne er kunder i begge markeder, vil koblingen av de to produktene bare gjøre en tilsvarende liten andel av det bundne markedet utilgjengelig for konkurrenten, og faren for utestengelse er minimal.<sup>147</sup>

Når koblingen skjer mellom hovedprodukter og forbruksvarer, vil samtlige kunder etterspørre begge produktene, og faren for utestengelse er betydelig. For eksempel etterspurte alle *Hiltis* kunder både patronmagasiner og spikre.<sup>148</sup> Ved å sørge for at patronmagasinene kun ble tilbudt sammen med spikre, ble uavhengige spikerprodusenter fullstendig nektet adgang til markedet.

Tilsvarende etterspurte alle kundene i *Tetra Pak II* både pakkemaskiner og kartonger. Gjennom koblingen gjorde Tetra Pak kartongmarkedet fullstendig avhengig av maskinmarkedet og utelukket dermed enhver konkurranse om kartonger.<sup>149</sup> På denne måten ble konkurransen begrenset til maskinmarkedet, hvor det eksisterte betydelige etableringshindringer. *Nalebuff* nevner som en slik etableringshindring at de forskjellige kundenes leieavtaler utløp på forskjellige tidspunkter. Dette innebar at på ethvert tidspunkt

---

<sup>147</sup> Koblingshandel kan utgjøre *utnyttende* misbruk overfor kunder som bare etterspør A, men som blir tvunget til å ta B “med på kjøpet”. Overfor disse kundene vil koblingen imidlertid ikke være konkurransebegrensende, fordi de innlåste kundene i fravær av koblingen uansett ikke ville kjøpt B av det dominerende foretakets konkurrenter.

<sup>148</sup> For de aktuelle kundene var det ikke et alternativ å slå inn spikre manuelt.

<sup>149</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 135. Spørsmålet ble ikke drøftet av EF-domstolen.

for nyetablering ville kun en liten andel av kundene være tilgjengelige for den nye aktøren.<sup>150</sup>

*Van den Bergh Foods* illustrerer problemstillingen fra en litt annen vinkel. Også her etterspurte alle detaljistene både frysere og iskrem. Dette førte imidlertid ikke til at koblingen automatisk stengte andre iskremprodusenter ute fra markedet. Kontraktsforpliktelsen om å kun oppbevare HB-is i Van den Berghs frysere hindret nemlig ikke i seg selv detaljistene i å føre iskrem fra andre produsenter. Omtrent 40 % av forretningene i det relevante markedet hadde imidlertid ikke plass til mer enn én fryser, og var dermed reelt sett avskåret fra å forhandle konkurrerende ismerker.<sup>151</sup> Van den Berghs sortiment var så mye bredere enn konkurrentenes at det å bare føre konkurrerende ismerker ikke ble ansett som et alternativ.<sup>152</sup> Det at 40 % av detaljistene ble forhindret fra å selge konkurrerende merker ble ansett tilstrekkelig til å utgjøre misbruk.<sup>153</sup>

### 6.3.3 Rammer koblingen særlig viktige kunder?

I tillegg til å vurdere *hvor mange* kunder som er låst til den dominerende aktøren kan det være relevant å undersøke *hvilke* kunder det dreier seg om. Dersom en nyetablerer nektes tilgang til kunder som er særlig viktige for foretaket, kan dette være avgjørende selv om det kun er en mindre del av markedet som berøres av koblingen. Koblingen kan f.eks. rette seg mot kunder med en særlig viktig geografisk plassering i forhold til den nye aktørens virksomhet.<sup>154</sup> Videre kan det være viktig for nye aktører å kunne være med å konkurrere om store enkeltkunder eller kunder med en særlig stabil etterspørsel.

I *Hoffmann-La Roche* var ca. 25 % av foretakets omsetning konsentrert hos 22 store kunder. Alle disse etterspurte et stort antall vitamingrupper. Den resterende omsetningen var fordelt på ca. 5000 mindre kunder.<sup>155</sup> Det fremgår ikke av dommen om også disse

---

<sup>150</sup> Nalebuff (2003b) s. 14.

<sup>151</sup> *Van den Bergh Foods*, premiss 97-98.

<sup>152</sup> *Van den Bergh Foods*, premiss 156.

<sup>153</sup> *Van den Bergh Foods*, premiss 160.

<sup>154</sup> Se f.eks. *Commission Discussion Paper (2005)* premiss 196.

<sup>155</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 35.

kundene etterspurte flere vitamingrupper, heller ikke om de ble tilbudt de samme rabattene. Avgjørelsen er imidlertid begrenset til de store kundenes kontrakter, og det å gjøre disse kundene utilgjengelige for konkurrerende vitaminprodusenter var tilstrekkelig til å utgjøre misbruk.

Også i *De Poste – La Poste* ble koblingen ansett å ha større konkurransebegrensende virkninger enn det andelen direkte berørte kunder skulle tilsi. Dette skyldtes nettverkseffekter, og omtales i neste avsnitt.

#### 6.3.4 Nettverkseffekter

I nettverksindustrier avhenger brukernes nytte av produktet av hvor mange andre som har det samme produktet. Det er vanlig å sondre mellom direkte og indirekte nettverkseffekter.<sup>156</sup>

Ved *direkte nettverkseffekter* øker konsumentenes nytte direkte med nettverkets størrelse. Det typiske eksemplet er telefontjenester, hvor brukerens nytte avhenger av hvor mange man kan ringe til og motta samtaler fra. Kommisjonens behandling av *De Poste – La Poste* illustrerer at slike nettverkseffekter kan gi koblingsatferden virkninger også utenfor den andelen kunder som direkte låses til det dominerende foretaket.

De Poste – La Poste (La Poste) ga Union Professionnelle de Compagnies d'Assurance (UPEA)<sup>157</sup> rabatterte takster på alminnelige brevforsendelser, hvor La Poste hadde lovfestet monopol. UPEA hadde samtidig en avtale med Hays Information Management SA (Hays) om distribusjon av B-2-B-forsendelser<sup>158</sup>. La Poste besluttet å opprette et eget tilsvarende system, og opphevet rabattavtalen med UPEA på vanlige brev dersom UPEA ikke samtidig inngikk avtale med La Poste om B-2-B-forsendelser.

---

<sup>156</sup> Den videre fremstillingen bygger på Motta (2004) s. 82 flg. Se også O'Donoghue/Padilla (2006) s. 497 med videre henvisninger.

<sup>157</sup> UPEA organiserte over halvparten av den belgiske forsikringssektoren.

<sup>158</sup> Se definisjon i note 37.



For at La Postes atferd skulle ha konkurransebegrensende virkninger var det tilstrekkelig at enkelte store kunder forlot konkurrenten Hays' nett og gikk over til La Poste. Dette ville nemlig gjøre systemet betydelig mindre attraktivt og føre til at mindre kunder, herunder kunder som ikke var utsatt for La Postes koblingsatferd, fulgte etter. Når denne "kritiske massen" av viktige kunder manglet hos Hays, kunne deres system ikke lengre opprettholdes og Hays ble ekskludert fra markedet.<sup>159</sup>

Også ved *indirekte nettverkseffekter* kan koblingen få betydning utover de kundene som direkte berøres av koblingen. Her avhenger ikke brukerens nytte direkte av hvor mange andre som bruker produktet, men derimot den effekt dette har på komplementære produkter. Et eksempel er kredittkort, hvor den enkelte kortholders nytte av at andre har det samme kortet skriver seg fra økt sannsynlighet for at den enkelte butikk aksepterer kortet.

*Microsoft* er her illustrerende. Markedet for mediespillere er en typisk nettverksindustri. Den enkelte brukers nytte av mediespilleren vil i stor grad avhenge av hvor mye innhold som er tilgjengelig til den. Leverandører av innholdstjenestene vil på sin side normalt velge å kode sitt materiale i det formatet som er mest utbredt. Jo flere som bruker Microsofts mediespiller WMP, jo mer innhold vil kodes til denne spilleren, og WMPs popularitet stiger ytterligere. WMP installeres automatisk på over 90 % av de PCer som selges i verden, og ingen andre leverandører av mediespillere har en liknende markedspenetrasjon. Ved å koble WMP og Windows klarte Microsoft derfor å skape en "positive feedback loop" som minnet om den som hadde gitt Windows en monopollignende stilling innenfor operativsystemer.<sup>160</sup> Som Kommisjonen uttalte i en pressemelding:

"This part of the investigation concluded that the ubiquity which was immediately afforded to WMP as a result of it being tied with the Windows PC OS artificially reduces the incentives of music, film and other media companies, as well as software developers and content providers to develop their offerings to competing media players."<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> *De Poste – La Poste*, premiss 70-72.

<sup>160</sup> *Microsoft*, premiss 882.

<sup>161</sup> Commission Press Release IP/04/382 of March 24, 2004. Dansk språkversjon ikke tilgjengelig.

I nettverksindustrier av denne typen spiller forventninger en stor rolle. For nye aktører i markedet er det ikke tilstrekkelig å ha et bedre produkt eller en lavere pris. Foretaket må også overbevise mulige kunder om at andre kommer til å kjøpe produktet. Jo flere kunder som er låst til det dominerende foretaket, jo vanskeligere blir denne oppgaven.

### 6.3.5 Har koblingen konkurransebegrensende virkninger i flere markeder?

Normalt vil formålet med koblingsatferden være å styrke foretakets posisjon i det bundne markedet. Koblingshandel kan imidlertid ha virkninger også i det bindende markedet, samt i markeder som ikke er direkte berørt av koblingen.

I *Tetra Pak II* fastslo Kommisjonen at Tetra Paks atferd, i tillegg til å utelukke all konkurranse om kartonger, også hindret konkurranse om tilknyttede tjenester.<sup>162</sup> I sin gjennomgang av saken argumenterer *Nalebuff* for at dette igjen kunne bidra til å øke etableringshindringene i maskinmarkedet. Begrunnelsen ligger i at tilgang til vedlikeholdstjenester er helt sentralt for den type maskiner det var tale om. Uten et selvstendig marked for slike tjenester måtte nye aktører i maskinmarkedene også etablere seg i det tilgrensende markedet for vedlikeholdstjenester. Det vil normalt være forbundet med økte kostnader og høyere risiko å etablere seg i to markeder samtidig, og Tetra Paks koblingsatferd kunne derfor redusere muligheten for nyetablering i maskinmarkedet.<sup>163</sup>

Også *Microsoft* illustrerer at koblingshandel kan ha virkninger i det bindende markedet. I tillegg til å begrense konkurransen innenfor mediespillere, ville koblingen av Windows og WMP gi Microsoft en så god kontroll over strategisk programvare at dette ville beskytte Windows mot konkurranse fra andre operativsystemer.<sup>164</sup>

*Microsoft* er videre et eksempel på at koblingshandel kan ha virkninger utenfor de markedene som er direkte involvert i koblingen. Med kontroll over den dominerende teknologien innenfor medieavspilling, fryktet Kommisjonen at Microsoft etter hvert ville

---

<sup>162</sup> *Commission Decision Tetra Pak II*, premiss 146. Dette ble ikke kommentert av domstolene.

<sup>163</sup> *Nalebuff* (2003b) s. 15.

<sup>164</sup> *Microsoft*, premiss 980.

kunne overføre sin dominerende stilling til tilgrensende markeder for bl.a. såkalte “set-top boxes”<sup>165</sup>, trådløse mediespillere og musikknedlasting på Internett.<sup>166</sup>

### 6.3.6 Inngår koblingen som ledd i en mer helhetlig strategi?

I både *Hilti* og *Tetra Pak II* inngikk koblingsatferden som ledd i mer omfattende strategier om å begrense konkurransen. Hilti hadde kombinert koblingsatferden med bl.a. tiltak for å hindre eksport, trenering av patronlisenser og selektive priskutt mot konkurrentenes kunder. Tetra Pak ble dømt for rovprising i tillegg til koblingshandelen. Det er ikke usannsynlig at dette virket inn på domstolenes strenge vurdering.

Denne antagelsen samsvarer godt med praksis om misbruksatferd mer generelt, som viser at det er atferdens samlede virkninger som er avgjørende for om det foreligger misbruk. Domstolene ser sjelden noe behov for å kvantifisere virkningene av hvert tiltak, men foretar en helhetsvurdering av atferdens konkurransebegrensende virkninger.

### 6.3.7 Kobling med enerettsområder

*De Poste – La Poste* illustrerer hvordan et marked underlagt lovbestemt monopol kan kobles sammen med en konkurranseutsatt tjeneste. Etter å ha foretatt en relativt konkret analyse av koblingens konkurransebegrensende virkninger, jf. avsnitt 6.3.4, uttalte Kommisjonen at kombinerte tilbud mellom tjenester underlagt monopol og tjenester utenfor enerettsområdet *alltid* påvirker konkurransen.<sup>167</sup> Dette er et meget formelt synspunkt som ikke gir mye rom for konkrete virkningsanalyser. Kommisjonens syn gir foretak med lovbestemte eneretter grunn til å være forsiktige med å koble disse sammen med markeder hvor de møter konkurranse.<sup>168</sup>

---

<sup>165</sup> “Set-top box” er en fellesbetegnelse på digitale dekodere som bl.a. brukes til å motta TV-signaler via bredbåndslinjer eller digitale bakkenett.

<sup>166</sup> *Microsoft*, premiss 897.

<sup>167</sup> *De Poste – La Poste*, premiss 73.

<sup>168</sup> Også i *Télémarketing* ble et enerettsområde koblet sammen med et konkurranseutsatt marked. Uttalelsene i denne prejudisielle avgjørelsen er imidlertid ganske generelle, og det ble ikke eksplisitt drøftet om en slik enerett påvirker misbruksvurderingen utover den generelle vekten som legges på foretakets størrelse.

### 6.3.8 Kobling hos vertikalt integrerte foretak

For vertikalt integrerte foretak vil foretakets avtakere av oppstrømsproduktet samtidig være dets konkurrenter i nedstrømsmarkedet. *Télémarketing*, omtalt i avsnitt 4.2.2, illustrerer hvordan dominerende foretak i oppstrømsmarkedet kan benytte koblingstiltak til å begrense konkurransen i nedstrømsmarkedet.<sup>169</sup> IPB, som hadde enerett på sendetid til tv-markedsføring, nektet å selge denne tjenesten med mindre annonsøren også benyttet deres telefonnummer til den påfølgende telefonmarkedsføringen.

Denne typen atferd ligger nært opp til rene leveringsnektelser overfor konkurrerende foretak i nedstrømsmarkedet. For å avgjøre om IPBs atferd utgjorde misbruk, tok EF-domstolen derfor utgangspunkt i *Commercial Solvents* hvor det ble slått fast at

“... innehaveren af en dominerende stilling på markedet for råmaterialer, der med henblik på at forbeholde disse råmaterialer for sin egen produktion af følgeprodukter nægter at levere til en kunde, der også producerer disse følgeprodukter, med fare for at eliminere enhver konkurrence fra denne kunde, [vil] misbruge sin dominerende stilling i artikel 86's forstand”.<sup>170</sup>

Det ble deretter uttalt at det samme gjaldt for et foretak med dominerende stilling innenfor en tjenesteytelse som var absolutt nødvendig for andre foretaks aktiviteter i andre markeder.<sup>171</sup> EF-domstolen konkluderte med at

“det er misbrug af en dominerende stilling, jfr. artikel 86, at en virksomhed, som har en dominerende stilling paa et bestemt marked \_ uden at det er objektivt noedvendigt \_ forbeholder sig selv eller en virksomhed i samme koncern forberedende arbejdsopgaver, som kan udfoeres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsomraade paa et beslegtet,

---

<sup>169</sup> Den motsatte løsning kan også tenkes; at foretaket er dominerende i nedstrømsmarkedet og bruker denne kjøpermakten til å begrense konkurransen i leverandørleddet.

<sup>170</sup> Forenede saker 6 og 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents Corporation mot Kommisjonen (Commercial Solvents)*, Sml. 1974 s. 223, premiss 25.

<sup>171</sup> *Télémarketing*, premiss 26.

men selvstendig marked, med fare for, at enhver konkurrence fra dennes virksomheds side bliver udelukket”.<sup>172</sup>

Selv om domstolene gjerne henfører atferd til de enkelte misbrukskategoriene, avhenger imidlertid ikke atferdens lovlighet av om man ser denne typen tiltak som koblingshandel eller leveringsnektelser. Det sentrale er om den vil ha konkurransebegrensende virkninger.

### 6.3.9 Betydning om konkurrentene kan tilby tilsvarende pakker?

Det kan hevdes at en forutsetning for at kobling skal være skadelig er at konkurrentene ikke kan tilby de samme pakkeløsningene.<sup>173</sup> Spørsmålet har imidlertid ikke vært drøftet eksplisitt av verken EF-domstolen eller Førsteinstansretten.

*Hoffmann-La Roche* kan likevel illustrere problemstillingen. *Hoffmann-La Roche* produserte flere vitamigrupper enn konkurrentene, mens konkurrentene fremstilte andre kjemiske produkter som vitaminkundene også etterspurte.<sup>174</sup> Selv om EF-domstolen ikke kommenterte dette i misbruksanalysen, kan det i alle fall reises som en problemstilling om konkurrentene kunne tilbudt andre attraktive “pakker”, og om dette ville redusert de konkurransebegrensende virkningene av *Hoffmann-La Roches* rabattpraksis.<sup>175</sup>

### 6.3.10 Andre momenter

Domstolene har i koblingssaker også lagt vekt på enkelte momenter som gjelder mer generelt i misbrukssaker.

Det relative størrelsesforholdet mellom et foretak og dets konkurrenter står sentralt i vurderingen av foretakets eventuelle dominerende stilling. *Michelin I* illustrerer at dette

---

<sup>172</sup> *Télémarketing*, premiss 27. EF-domstolen gir her uttrykk for at telefontjenesten var en forberedende oppgave til tv-annonseringen, og ikke motsatt, at sendetiden var en kritisk innsatsfaktor i telefonmarkedsføringen. Dette er uten betydning for konkurranseanalysen. Parallellen til leveringsnektelser, og dermed *Commercial Solvents*' relevans, blir imidlertid tydeligere hvis man ser telefontjenesten som nedstrømsmarkedet.

<sup>173</sup> O'Donoghue/Padilla (2006) s. 515.

<sup>174</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 45-46.

<sup>175</sup> Nalebuff (2000) s. 10 viser dog at under enkelte forutsetninger vil en slik strategi ikke være lønnsom for konkurrenten.

også er relevant i misbruksanalysen. Koblingseffektene av Michelins aggregerte rabatter ble forsterket av at Michelin var mye større enn de nærmeste konkurrentene. Størrelsesforskjellen medførte nemlig at konkurrentene måtte tilby svært store rabatter i forhold til solgt volum for å kompensere for den rabatten kunden ville miste hos Michelin.<sup>176</sup> Denne effekten oppstår også ved alminnelige lojalitetsrabatter, men forsterkes når flere produkter kobles sammen i aggregerte rabatter.

I *Michelin II* hadde foretaket anført at forpliktelsen knyttet til vulkanisering ikke kunne ha virkning i markedet, fordi det kun dreide seg om ett av 35 poeng. Førsteinstansretten avviste dette, under henvisning til at det var lave kostnader forbundet med å overholde forpliktelsen.<sup>177</sup> Saken illustrerer at det oppstår lojalitetsvirkninger selv ved små “premier” når kostnadene ved å være bundet til det dominerende foretaket er lave.

EF-domstolen vektlegger også om koblingen omfatter markeder i særlig vekst, se f.eks. *Hoffmann-La Roche*, hvor det ble uttalt at den aktuelle atferden tjente “spesielt i et ekspanderende marked, til at styrke denne stilling...”<sup>178</sup> Tilsvarende uttalte Kommissjonen i *Microsoft* at koblingen berørte “a market which could be a hotbed for new and exciting products springing forth in a climate of undistorted competition”.<sup>179</sup> Uttalelsene signaliserer at det i ekspanderende markeder er spesielt viktig å legge til rette for konkurranse, og at det i slike markeder skal særlig lite til før koblingshandel utgjør misbruk.

#### 6.4 Oppsummering

Rettspraksis viser at domstolene vurderer koblingshandel svært strengt. Selv om de sentrale sakene tilsynelatende gir uttrykk for en formålsoverordnet innfallsvinkel, kan det imidlertid ikke utelukkes at virkningsanalyser er nødvendig også i koblingssaker. Jeg har med bakgrunn i økonomisk teori og momenter jeg mener kan utledes fra rettspraksis, søkt å

---

<sup>176</sup> *Michelin I*, premiss 82.

<sup>177</sup> *Michelin II*, premiss 164.

<sup>178</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 90.

<sup>179</sup> *Microsoft*, premiss 981.

redegjøre for relevante momenter i den nærmere analysen av koblingshandelens konkurransebegrensende virkninger.

En konstatering av at atferden har eller kan ha konkurransebegrensende virkninger er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til at krrl. § 11 er overtrådt. Den domstolsskapte læren om “objektivt nødvendig atferd” gir nemlig en viss åpning for at atferd som i utgangspunktet vil bli ansett som misbruk likevel kan være tillatt. Denne læren er tema for neste kapittel.

## **7 Doktrinen om objektivt nødvendig atferd**

### **7.1 Innledning**

Krrl. § 11 og de tilsvarende bestemmelsene i EU/EØS inneholder ingen bestemmelse tilsvarende krrl. § 10 tredje ledd om unntak fra forbudet dersom visse vilkår knyttet til atferdens positive virkninger er oppfylt. Domstolene har likevel innfortolket i EF art. 82 læren om “objektivt nødvendig atferd”.<sup>180</sup> Denne gir en viss åpning for at atferd som tilsynelatende utgjør misbruk likevel kan være tillatt.

Hvorvidt man ser dette som unntak fra forbudet mot utilbørlig utnyttelse eller at atferden overhodet ikke anses å innebære et misbruk, er primært et terminologisk spørsmål, men vil kunne få betydning for plassering av bevisbyrden. Jeg behandler ikke dette prosessuelle spørsmålet nærmere.

Unntaket for objektivt nødvendig atferd tolkes snevert. Det oppstilles et krav om at det legitime hensynet ikke kan ivaretas på noen annen måte, samt at det konkurransebegrensende tiltaket må være proporsjonalt i forhold til det legitime hensynet.

---

<sup>180</sup> Se f.eks. *Télémarketing, Hilti og Tetra Pak II*.

I koblingsaker er særlig tre slike legitime begrunnelser aktuelle. For det første kan koblingshandel være opphav til *effektivitetsgevinster*. Videre har *sikkerhetshensyn* vært påberopt i flere saker. Endelig stiller ordlyden i krrl. § 11 *handelssedvaner* i en særlig posisjon ved koblingshandel. I de følgende avsnittene gis en oversikt over innholdet i disse begrunnelsene.

## 7.2 Nærmere om effektivitetsgevinster

### 7.2.1 Innledning

Parallelt med de konkurransebegrensende virkningene, kan koblingshandel være opphav til effektivitetsgevinster. For at dette skal utgjøre en legitim begrunnelse for det dominerende foretakets atferd, må gevinstene komme konsumentene til gode i tilstrekkelig grad til at de forsvarer den aktuelle atferden.<sup>181</sup>

Det er nær sammenheng mellom effektivitetsgevinster og handelssedvaner, som er eksplisitt omtalt i krrl. § 11. Konkurransen vil gjerne presse frem effektive løsninger som med tiden kan utvikle seg til sedvaner. Som vi skal se i avsnitt 7.4, er det imidlertid ikke slik at alle handelssedvaner er et utslag av effektivisering, spesielt ikke i markeder med en dominerende aktør.

### 7.2.2 Ulike effektivitetsgevinster knyttet til koblingshandel

Det er flere grunner til at koblingshandel kan være effektivt. Blant annet kan det muliggjøre både stordrifts- og breddefordeler i produksjon og distribusjon.

Det å selge flere produkter samlet er i seg selv ikke nødvendigvis opphav til stordriftsfordeler. Slike kostnadsbesparelser kan imidlertid være en konsekvens av at den dominerende aktøren reserverer deler av markedet for seg selv, og dermed oppnår et større produksjonsvolum enn han ellers ville ha gjort. Ifølge *Kolstad og Ryssdal* er effektivitetsgevinstenes rolle i misbrukssakene ikke å oppveie en skade som er påført samfunnet ved den aktuelle atferden, men å begrunne at foretakets atferd ikke er et utslag

---

<sup>181</sup> Se bl.a. *Irish Sugar*, premiss 189.



av markedsmakt.<sup>182</sup> Ut fra dette resonnementet er det mindre grunn til å vektlegge stordriftsfordeler i koblingssaker. Breddefordeler kan imidlertid være en direkte årsak til at to produkter kobles sammen, fordi det kan være billigere å produsere og distribuere flere produkter samlet.

Kostnadsbesparelser kan særlig være aktuelt ved økonomisk kobling. Kvantumsrabatter vil ofte gjenspeile kostnadsbesparelser knyttet til å selge produktene samlet. Lojalitetsrabatter, herunder aggregerte rabatter, er imidlertid domstolene betydelig mer skeptiske til. I *Hoffmann-La Roche* ble det blant annet vektlagt at formålet med rabatten ikke nødvendigvis var at kundene skulle kjøpe et størst mulig volum, men at de skulle dekke en stor andel av sitt behov hos foretaket.<sup>183</sup> I *Michelin II* uttalte Førsteinstansretten at det måtte undersøkes om rabattsystemet hvilte på “objektive økonomiske grunde”, men kom til at så ikke var tilfelle.<sup>184</sup>

Kobling kan også være et virkemiddel for å ta betalt for bruken av et produkt. Dette er en form for prisdiskriminering som gjerne omtales som “metering”.<sup>185</sup> Et klassisk eksempel er salg av toner sammen med skrivere. En forutsetning for at prisdiskriminering skal ha positive velferdseffekter er at totalt omsatt kvantum øker. I motsatt tilfelle kan det lede til et samfunnsøkonomisk tap. Verken i *Hilti* eller *Tetra Pak II*, som omhandlet kobling av primærprodukter og tilbehør, ble denne siden av koblingen kommentert.<sup>186</sup>

Koblingshandel kan videre redusere konsumentenes søkekostnader knyttet til å finne den beste kombinasjonen av to produkter. Med økende bruk av kompleks teknologi vil dette trolig bli mer og mer aktuelt. Det kan også være kostnadsbesparende å overlate til

---

<sup>182</sup> Kolstad/Ryssdal (2007) s. 376.

<sup>183</sup> *Hoffmann-La Roche*, premiss 100.

<sup>184</sup> *Michelin II*, premiss 107-109. At dette kriteriet er relevant ved vurderingen av rabatter ble bekreftet av EF-domstolen i *British Airways*, EF-domstolens dom av 15. mars 2007 i sak C95/04 P, premiss 69.

<sup>185</sup> Se f.eks. Nalebuff (2003a) s. 70 flg.

<sup>186</sup> Prisdiskriminering kan også henføres til krrl. § 11 annet ledd bokstav c, men dette behandles ikke nærmere.

produsenten å foreta selve sammenstillingen av de ulike komponentene. I *Microsoft* ble dette drøftet eksplisitt.

Microsoft anførte at koblingen av Windows og mediespilleren WMP var objektivt begrunnet fordi det å levere operativsystemet med WMP forhåndsinstallert medførte effektivitetsgevinster knyttet til distribusjon.

Etter Kommisjonens oppfatning måtte man imidlertid skille mellom effektivitetsgevinster knyttet til å ha en hvilken som helst mediespiller forhåndsinstallert, og gevinsten ved at Microsoft valgte hvilken mediespiller som skulle installeres. Installasjon av operativsystemet på maskinen foretas av såkalte "OEMer" (Original Equipment Manufacturers). Disse kan også installere annen programvare kunden måtte etterspørre. Dersom "OEMene" hadde stått fritt til å tilby enhver pakke av programvare, ville markedet sørget for at de pakker som ble foretrukket av kundene også var de pakker som ville blitt tilbudt.<sup>187</sup> De påberopte effektivitetsgevinstene kunne derfor oppnås på en mindre inngripende måte, og koblingen var ikke objektivt begrunnet.

Også *Tetra Pak II* illustrerer at det legitime hensynet ikke må kunne ivaretas på en mindre inngripende måte. Tetra Pak anførte at det ville ha synergieffekter at en og samme virksomhet leverte både maskiner og kartonger. Dette ble avvist, under henvisning til at eventuelle reelle synergieffekter ville oppstå også uten kontraktsmessige forpliktelser.<sup>188</sup>

### 7.3 Sikkerhetshensyn som legitim begrunnelse

#### 7.3.1 Innledning

I både *Hilti* og *Tetra Pak II* ble sikkerhetshensyn anført som legitime begrunnelser. Domstolene har i prinsippet anerkjent at sikkerhetshensyn kan forsvare kobling, men har så langt ikke godtatt det i noen konkret sak.

---

<sup>187</sup> *Microsoft*, premiss 956.

<sup>188</sup> *Commission Decision Tetra Pak II*, premiss 119. Spørsmålet ble ikke kommentert av domstolene.

### 7.3.2 *Hilti*

Hilti anførte at koblingen mellom patronmagasiner og spikre var nødvendig fordi det kunne være farlig å bruke spikre fra uavhengige produsenter i pistolene.

Det ble avvist, blant annet fordi Hilti ikke hadde tatt de initiativ overfor myndighetene som var forventet dersom koblingen skyldtes sikkerhetsmessige bekymringer.<sup>189</sup>

Førsteinstansretten uttalte mer prinsipielt at det ikke tilkommer

“en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, på eget initiativ, at træffe foranstaltninger med henblik på at udelukke produkter, som virksomheden, med rette eller urette, anser for farlige eller i det mindste anser for at være af en ringere kvalitet end virksomhedens egne produkter.”<sup>190</sup>

Et generelt prinsipp om å nekte å innfri garantier dersom det var brukt spikre fra andre produsenter var ikke akseptabelt, i alle fall ikke så lenge Hilti ikke kunne bevise at disse spikrene oftere førte til skader.<sup>191</sup>

### 7.3.3 *Tetra Pak II*

Tetra Pak mente at det nære samspillet mellom kartonger og maskiner gjorde koblingen nødvendig ut fra hensynet til den offentlige helse.

Innledningsvis slo Førsteinstansretten fast at atferden måtte bedømmes ut fra prinsippene i Hilti om at det ikke er dominerende foretaks oppgave å utelukke produkter foretakene selv mener har lavere kvalitet.<sup>192</sup> Det ble ansett legitimt å ivareta helsemessige hensyn, men disse kunne vært sikret gjennom meddelelse av nødvendige normer og spesifikasjoner. Dersom Tetra Pak mente selve bruken av andres kartonger ville være farlig, måtte foretaket benytte de mulighetene som lå i de ulike nasjonale lovgivninger.<sup>193</sup>

---

<sup>189</sup> *Hilti*, premiss 115-118.

<sup>190</sup> *Hilti*, premiss 118.

<sup>191</sup> *Commission Decision Hilti*, premiss 93.

<sup>192</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 138. EF-domstolen opprettholdt Førsteinstansrettens konklusjon om at atferden ikke var legitimt begrunnet, men drøftet ikke sikkerhetsargumentet særskilt.

<sup>193</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 139.

Etter Førsteinstansrettens oppfatning var klausulene “hinsides al rimelighed for saa vidt angaar hensynet til den offentlige sundhed...”<sup>194</sup> Atferden var dermed heller ikke proporsjonal og kunne ikke anses objektivt nødvendig.

#### 7.4 Særlig om handelssedvaner og koblingshandel

Konkurranseloven § 11 og de tilsvarende bestemmelsene i EU/EØS har en ordlyd som kan gi inntrykk av at kobling i samsvar med handelssedvaner ikke omfattes av forbudet. I *Tetra Pak II* ble nettopp dette påberopt som en legitim begrunnelse.

EF-domstolen opprettholdt Førsteinstansrettens vurdering av at det ikke forelå noen naturlig forbindelse mellom produktene og at atferden heller ikke var i samsvar med handelssedvane, men uttalte seg likevel om forbudets rekkevidde.

I et obiter dictum hadde Førsteinstansretten uttalt at “[e]n sædvane, der kan godtages under normale forhold paa et konkurrencepraeged marked, ... ikke [er] tilladt i tilfaelde af, at konkurrencen paa markedet allerede er begraenset”.<sup>195</sup>

Det følger allerede av *Michelin I* at dominerende foretak har et særlig ansvar for ikke å begrense konkurransen,<sup>196</sup> noe som innebærer at normal atferd i konkurransepregede markeder kan være ulovlig hos dominerende foretak. Førsteinstansrettens formulering kan imidlertid gi inntrykk av at handelssedvaner *aldri* kan utgjøre en legitim begrunnelse i koblingssaker. En slik tolkning er ikke lett å forene med bestemmelsens ordlyd.

EF-domstolen klargjorde imidlertid rettstilstanden ved å fastslå at

“opregningen af former for misbrug i traktatens artikel 86, stk. 2, ikke er uttømmende. Selv når koblingssalg af to produkter er i overensstemmelse med handelssædvane, eller når der er

---

<sup>194</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 140.

<sup>195</sup> *CFI Tetra Pak II*, premiss 137.

<sup>196</sup> *Michelin I*, premiss 57, gjentatt i mange senere saker.

en naturlig forbindelse mellom de pågældende to produkter, kan det derfor alligevel udgøre misbruk i artikkel 86's forstand, hvis det ikke er objektivt begrundet.”<sup>197</sup>

Det er altså ikke slik at handelssedvaner aldri kan utgjøre en legitim begrunnelse i koblingssaker. Samtidig synes det som om dette ikke er tilstrekkelig i seg selv, det kreves noe mer. Det som i praksis skjer, er at EF-domstolen sensurerer sedvanen, noe som skyldes at den nettopp kan være oppstått som følge av den dominerende aktørens atferd, og at konkurrentene har forsøkt å følge etter. EF-domstolen opprettholdt Førsteinstansrettens dom, og var følgelig enig i at atferden ikke var legitimt begrunnet.

### 7.5 Oppsummering

Den domstolsskapte læren om objektivt nødvendig atferd er et snevert unntak. Selv om prinsippet er anerkjent også i koblingssaker er det aldri godtatt som begrunnelse i noen konkret sak.

Praksis viser at domstolene i liten grad fokuserer på effektivitetsgevinster. *Microsoft* kan imidlertid gi inntrykk av at man ved fysisk kobling i større grad aksepterer at kobling kan ha positive virkninger. Ved økonomisk kobling har slike gevinster ikke vært viet særlig oppmerksomhet, til tross for at en virksom konkurranse forutsetter og oppmuntrer til priskonkurranse. Dersom den strenge holdningen fører til at dominerende aktører blir mer forsiktige med å tilby rabatter som kan komme i konkurransemyndighetenes søkelys, vil dette kunne lede til et redusert konkurranstrykk i markedet.

Sikkerhetshensyn er i prinsippet anerkjent som en legitim begrunnelse for koblingshandel, men har heller aldri vært godtatt i praksis. EF-domstolens holdning er at det ikke tilkommer det dominerende foretaket å vurdere om konkurrerende produkter er av lavere kvalitet enn foretakets egne.

---

<sup>197</sup> *Tetra Pak II*, premiss 37.

Når det gjelder handelssedvaner har EF-domstolen slått fast at dette kan utgjøre en legitim begrunnelse i koblingssaker, men at det ikke er slik at atferd i samsvar med sedvane alltid er tillatt. Det skjer i praksis en viss sensur av sedvanen, fordi denne nettopp kan være et resultat av det dominerende foretakets koblingsatferd.

## 8 Oppsummering og kritikk

### 8.1 Domstolenes holdning til koblingshandel – en oppsummering

Koblingshandel er nevnt i krrl. § 11 annet ledd bokstav d som ett av fire eksempler på misbruk. Ordlyden kan indikere at kun visse former for koblingshandel er forbudt, men *Tetra Pak II* viser at EF-domstolen i liten grad anser seg bundet av den tilsvarende ordlyden i EF art. 82.

EF-domstolen og Førsteinstansretten har så langt lagt til grunn en svært streng standard med hensyn til kobling. Dersom det kan konstateres at to markeder kobles sammen, blir atferden gjennomgående ansett som forbudt, og det foretas tilsynelatende ikke veldig omfattende virkningsanalyser. Domstolene synes å likestille bruken av tvang og økonomiske incentiver. Dette innebærer f.eks. at aggregerte rabatter alltid vil være forbudt dersom de tilbys av dominerende foretak. Når det gjelder fysisk kobling er det usikkert om mangelen på saker skyldes at denne type kobling bedømmes mildere eller om årsaken er at det dreier seg om et “nyere” fenomen.

Domstolene anerkjenner i prinsippet at kobling som er et utslag av naturlig forretningsmessig atferd kan være berettiget i henhold til den domstolsskapte læren om objektivt nødvendige handlinger. Det er likevel verdt å være oppmerksom på at det i praksis er lite fokus på effektivitetsgevinster og at domstolene heller ikke har godtatt andre slike legitime begrunnelser i noen konkret sak. Unntaket er derfor gitt et meget snevert anvendelsesområde.

Kommisjonen har imidlertid med *Microsoft* beveget seg i retning av mer virkningsorienterte analyser. Denne holdningen gjenfinnes i Kommisjonens *Discussion Paper*. Notatet omfatter konkurransebegrensende misbruk i sin alminnelighet og Kommisjonens holdning i *Microsoft* kan dermed være utslag av en tidsmessig endring i synet på misbrukssaker, og ikke bare en konsekvens av konkrete omstendigheter ved saken. Avgjørelsen er brakt inn for Førsteinstansretten, og mye tyder på at den først får sin endelige avslutning i EF-domstolen, som da får anledning til å ta stilling til om den mener en slik endring i synet på koblingshandel er riktig.

## 8.2 Virkningsorienterte analyser har støtte i økonomisk teori

Mer virkningsorienterte analyser er i tråd med økonomisk teori. Utover den mer grunnleggende uenighet i “leverage-teorien” som stammer fra Chicago-skolen,<sup>198</sup> anføres andre grunner til at koblingshandel har vært bedømt for strengt.

*Whish* mener man i for stor grad har sett bort fra at koblingshandel kan være rasjonelt begrunnet utover det å fjerne konkurrenter, f.eks. i form av reduserte produksjons- og distribusjonskostnader.<sup>199</sup> Han er særlig kritisk til domstolenes behandling av økonomisk kobling fordi rabatter er en svært viktig konkurranseparameter og dermed lite egnet for *per se*-forbud.<sup>200</sup>

*O’Donoghue og Padilla* mener økonomisk teori viser at man aldri bør operere med en presumsjon for at koblingshandel er konkurransebegrensende, og at potensielle konkurransebegrensende virkninger må veies opp mot eventuelle gevinster.<sup>201</sup> Særlig mener de Kommisjonen har anlagt en for kritisk holdning til økonomisk kobling, som i mange tilfeller har blitt ansett som forbudt med mindre det har foreligget klare

---

<sup>198</sup> Se omtalen av dette i kapittel 2.

<sup>199</sup> Whish (2005) s. 659.

<sup>200</sup> Whish (2005) s. 695. Med *per se*-forbud menes atferd som “i seg selv”, dvs. etter sin art, er forbudt, uten at det er nødvendig å gjennomføre analyser av atferdens virkninger i markedet.

<sup>201</sup> O’Donoghue/Padilla (2006) s. 512.

kostnadsbesparelser.<sup>202</sup> Etter deres oppfatning er økonomisk kobling i realiteten en form for prisdiskriminering. Den hyppige forekomsten av slik kobling i markeder med sterk konkurranse bør lede til en antagelse om at det er effektivt. Selv om den samme presumsjonen ikke automatisk kan oppstilles i markeder med en dominerende aktør, mener de man heller ikke kan oppstille den motsatte regel, at koblingshandel normalt vil være konkurransebegrensende. Også i markeder med en dominerende aktør må man hensynta mulige effektivitetsgevinster.<sup>203</sup>

Flere andre forfattere er også kritiske til domstolenes strenge vurdering av koblingshandel.<sup>204</sup>

### 8.3 Fungerer konkurransereglene etter sin hensikt?

Overtredelse av krrl. § 11 er straffesanksjonert og forbudet er gjennom rettspraksis gitt en meget vid rekkevidde. EF-domstolen og Førsteinstansretten gjentar i flere saker at atferd som kan aksepteres i markeder med høyt konkurranstrykk kan være forbudt dersom den utøves av en dominerende aktør. Også graden av dominans vil kunne spille inn når grensen mot misbruk skal trekkes. Et generelt problem ved krrl. § 11 og de tilsvarende bestemmelsene i EU/EØS er derfor at det kan være vanskelig for foretakene å oppnå den tilstrekkelige forutsigbarhet med hensyn til hvilken atferd som er lovlig og hvilken som vil innebære misbruk.

Domstolenes strenge holdning til koblingshandel vil kunne ha den uønskede effekt at foretakene blir “overforsiktige” i sin atferd, og dermed unnlater å konkurrere så hardt som de ellers ville ha gjort.<sup>205</sup> I så fall vil konkurransereglene virke mot sin hensikt. Dette reiser spørsmålet om alternative tilnærminger bør vurderes. I neste avsnitt redegjøres for enkelte slike alternative teorier.

---

<sup>202</sup> O’Donoghue/Padilla (2006) s. 501.

<sup>203</sup> O’Donoghue/Padilla (2006) s. 501.

<sup>204</sup> Se f.eks. Bishop/Walker (2002) s. 218, Motta (2004) s. 467 og Nalebuff (2003a og 2003b). Hovenkamp (1999) s. 403 er tilsvarende kritisk til behandlingen av koblingshandel i amerikansk rett.

<sup>205</sup> Se også i denne retning Whish (2005) s. 695-696.



## 8.4 Alternative tilnærminger til koblingshandel

### 8.4.1 O'Donoghue og Padillas forslag til alternative tester

*O'Donoghue og Padilla* gjennomgår flere ulike tilnærminger til koblingshandel.<sup>206</sup> Den ideelle rettslige standard skiller perfekt mellom konkurransebegrensende kobling og ikke-skadelig atferd, til et minimum av kostnader. I praksis skjer det imidlertid feil begge veier uansett valg av test; noen tilfeller av konkurransebegrensende kobling vil gå fri (type 2-feil) og noe effektivitetsfremmende atferd vil anses som misbruk (type 1-feil).

Hvilken test man bør velge avhenger av hvilke forventninger man har til hvor utbredt de skadelige virkningene av koblingshandel er, og hvor gode man mener domstolene er til å skille skadelig og effektiv koblingshandel. Dersom man mener koblingshandel normalt vil være skadelig, og at domstolene heller ikke i tilstrekkelig grad klarer å skille, bør utgangspunktet være et *per se*-forbud. Mellom denne ekstremløsningen og den motsatte, et "*per se* tillatt"-regime, finnes det mellomløsninger.

#### 8.4.1.1 "Unstructured rule of reason"

Den første muligheten er en "unstructured rule of reason". Dette innebærer en balansering av konkurransebegrensende virkninger og effektivitetsgevinster. Det ustrukturerte ligger i at det ikke anvendes på forhånd fastsatte kriterier. *Motta* synes å støtte denne tilnærmingen. Han legger til at jo høyere komplementaritet det er mellom produktene, jo mindre sannsynlig er det at koblingshandel blir brukt for å utestenge konkurrenter.<sup>207</sup>

#### 8.4.1.2 "Structured rule of reason"

I en "structured rule of reason"-test må en klage på konkurransebegrensende kobling gjennom tre trinn. Først vurderer man om konkurransebegrensende virkninger er *mulig*. For å besvare dette bekreftende vil foretaket måtte ha en dominerende stilling i det bindende markedet. Videre må det foreligge imperfekt konkurranse i det bundne markedet (f.eks.

---

<sup>206</sup> O'Donoghue/Padilla (2006) s. 512 flg.

<sup>207</sup> Motta (2004) s. 468.

som følge av høye faste kostnader eller etableringshindringer), og det må være en mulighet for at konkurrenter ekskluderes fra markedet.

Dersom markedsforholdene er slik at konkurransebegrensende virkninger er mulig, må man på neste trinn konkret vurdere om det er *sannsynlig* at atferden vil ha slike virkninger.

På det tredje trinnet i analysen vurderes eventuelle *effektivitetsgevinster*. Man vurderer da om effektivitetsgevinstene oppveier de negative virkningene, og om gevinstene eventuelt kan oppnås på alternative, mindre inngripende måter.

#### 8.4.1.3 “Modified per se legality”

Den tredje muligheten er en “modified per se legality”-test. Denne er enklere å anvende enn de foregående testene. Her presumeres koblingshandelen å være konkurransefremmende, og konkurransemyndighetene må finne klare bevis for det motsatte. Dette vil føre til flere type 2-feil (falske frifinnelser) enn de øvrige metodene. Kostnadene knyttet til dette må veies opp mot de administrative kostnadene ved å gjennomføre mer komplekse tester.

#### 8.4.2 Kommisjonens forslag til tilnærming i saker om økonomisk kobling

Kommisjonen foreslår i sitt *Discussion Paper* å anvende en test basert på prinsipper fra rovprisingsområdet, for å avgjøre om økonomisk kobling låser kundene til det dominerende foretaket.<sup>208</sup> Spørsmålet er hvorvidt merprisen ved å inkludere produkt B i pakken A+B er så lav at den hindrer minst like effektive tilbydere fra å tilby B på selvstendig basis. Dersom prisforskjellen mellom A og pakken A+B dekker merkostnaden ved å produsere B, er det mulig å konkurrere lønnsomt mot “pakken”.

En ulempe ved denne metoden er at det, særlig ved aggregerte rabatter, kan være vanskelig å beregne denne merprisen for produkt B. Etter min mening kan det også reises som en innvending at metoden i for liten grad hensyntar faste kostnader. En del kostnader vil

---

<sup>208</sup> *Commission Discussion Paper (2005)* premiss 189 flg.

påløpe uavhengig av hvor bredt produktsortiment foretaket har. Disse reflekteres ikke i merkostnaden. Et foretak som kun er etablert i marked B må imidlertid også dekke inn disse kostnadene. Dette kan tale for at felleskostnader i en viss grad bør allokere til det enkelte produkt.

Når det er avgjort om kundene er “innlåst”, må det så vurderes om koblingen omfatter en tilstrekkelig del av markedet. Denne analysen anvender mange av momentene behandlet i avsnitt 6.3.<sup>209</sup> Testen legger altså stor vekt på atferdens potensielt skadelige virkninger.

#### 8.4.3 Avsluttende merknader

Både *Microsoft* og Kommisjonens *Discussion Paper* signaliserer at Kommisjonen ønsker å anvende mer virkningsorienterte analyser enn det domstolene har gjort til nå. Slike analyser er mer faglig krevende og bidrar kanskje til enda større usikkerhet omkring grensen mellom lovlig og forbudt atferd. Mer virkningsorienterte analyser har imidlertid den fordel at de i større grad vil anerkjenne at koblingshandel også kan være et utslag av legitim konkurranse. På denne måten kan man kanskje begrense den uønskede effekten at konkurransereglene “overbeskytter” konkurransen. Det gjenstår å se om EF-domstolen vil følge denne linjen i sin fremtidige praksis.

---

<sup>209</sup> *Commission Discussion Paper (2005)* premiss 196 flg.

## 9 Registre

### Litteratur

- Bishop (2002) Bishop, Simon and Walker, Mike. *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*. 2. utg. London, 2002
- EØS-rett (2004) *EØS-rett*. Fredrik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004
- Faull/Nikpay (1999) Faull, Jonathan og Nikpay, Ali. *The EC law on competition*. Oxford, 1999
- Hovenkamp (1999) Hovenkamp, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice*. 2. utg. St. Paul, 1999
- Jones/Sufrin (2004) Jones, Alison og Sufrin, Brenda. *EC Competition Law*. 2. utg. Oxford, 2004
- Kolstad/Ryssdal (2007) Kolstad, Olav og Ryssdal, Anders. *Norsk konkurranserett Bind I – Atferdsregler og strukturkontroll*. Oslo, 2007
- Magnussen (1997) Magnussen, Mads. *EF-domstolens avgjørelse i Tetra Pak II*. I: Tidsskrift for forretningsjus. 1997, hefte 3, s. 53
- Motta (2004) Motta, Massimo. *Competition Policy*. Cambridge/New York, 2004
- Nalebuff (2000) Nalebuff, Barry. *Competing Against Bundles*. I: Incentives, Organization, and Public Economics: Papers in Honour of Sir James Mirrlees. Oxford University Press, 2000 (Nalebuff 2000), tilgjengelig via <http://groups.haas.berkeley.edu/imio/Competing.pdf>
- Nalebuff (2003a) Nalebuff, Barry. *Bundling, Tying, and Portfolio Effects. Part I – Conceptual Issues*. DTI Economics Paper no. 1, 2003 (Nalebuff 2003a), tilgjengelig via <http://www.dti.gov.uk/publications/index.html>

## **Litteratur, forts.**

- Nalebuff (2003b) Nalebuff, Barry. *Bundling, Tying, and Portfolio Effects. Part 2 – Case Studies*. DTI Economics Paper no. 1, 2003  
(Nalebuff 2003b), tilgjengelig via  
<http://www.dti.gov.uk/publications/index.html>
- O'Donoghue/Padilla (2006) O'Donoghue, Robert og Padilla, A Jorge. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oxford/Portland, Oregon, 2006
- Whish (2005) Whish, Richard. *Competition Law*. Oxford, 2005

## **Lover, forarbeider og traktater**

### **Lover**

- markedsføringsloven Lov 16. juni 1972 nr. 47 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår
- konkurranseloven Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger

### **Forarbeider**

- Ot.prp. nr. 6 (2003-2004) A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler m.v. (EØS-konkurranseloven)

### **Traktater**

- Romatraktaten (1957) Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab, konsolidert utgave, EFT 2002 C 325/33
- Wienkonvensjonen (1969) Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969
- EØS-avtalen (1992) Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, hoveddelen gjennomført i norsk rett ved lov av 27. november 1992 nr. 109.
- Amsterdamtraktaten (1997) Amsterdamtraktaten, EFT 1997 C 340/308

## **Praksis**

### **EF-domstolen**

Sml. 1973 s. 215	Sak 6/72, <i>Europemballage Corporation og Continental Can mot Kommisjonen</i>
Sml. 1974 s. 223	Forenede saker 6 og 7/73, <i>Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. og Commercial Solvents Corporation mot Kommisjonen</i>
Sml. 1978 s. 207	Sak 27/76, <i>United Brands Company mot Kommisjonen</i>
Sml. 1979 s. 461	Sak 85/76, <i>Hoffmann-La Roche mot Kommisjonen</i>
Sml. 1979 s. 1869	Sak 22/78, <i>Hugin Kassaregister AB og Hugin Cash Registers Ltd. mot Kommisjonen</i>
Sml. 1982 s. 3415	Sak 283/81, <i>CILFIT og Lanificio di Gavardo S.p.A. mot Sundhedsministeriet</i>
Sml. 1983 s. 3461	Sak 322/81, <i>NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin mot Kommisjonen (Michelin I)</i>
Sml. 1985 s. 3261	Sak 311/84, <i>Télémarketing (CBEM) mot CLT og IPB</i>
Sml. 1988 s. 6039	Sak 53/87, <i>CICCRA mot Renault</i>
Sml. 1988 s. 6211	Sak 238/87, <i>Volvo mot Veng</i>
Sml. 1994 s. I-667	Sak C-53/92 P, <i>Hilti mot Kommisjonen</i>
Sml. 1996 s. I-5951	Sak C-333/94 P, <i>Tetra Pak International SA mot Kommisjonen</i>
Sml. 2000 s. I-1365	Forenede saker C-395/96 P og C-396/96 P, <i>Compagnie Maritime Belge Transports</i>
Ennå ikke publ.	Sak C-95/04 P, <i>British Airways mot Kommisjonen</i> , dom av 15. mars 2007

### **Førsteinstansretten**

Sml. 1991 s. II-1439	Sak T-30/89, <i>Hilti mot Kommisjonen</i>
Sml. 1993 s. II-389	Sak T-65/89, <i>BPB Industries og British Gypsum mot Kommisjonen</i>
Sml. 1994 s. II-755	Sak T-83/91, <i>Tetra Pak II mot Kommisjonen</i>
Sml. 1999 s. II-2969	Sak T-228/97, <i>Irish Sugar mot Kommisjonen</i>
Sml. 2003 s. II-4071	Sak T-203/01, <i>Michelin mot Kommisjonen (Michelin II)</i>
Sml. 2003 s. II-4653	Sak T-65/98, <i>Van den Bergh Foods mot Kommisjonen</i>
Sml. 2003 s. II-5917	Sak T-219/99, <i>British Airways mot Kommisjonen</i>

### **Europakommisjonen**

#### *Kommisjonsavgjørelser*

EFT 1988 L 65/19	<i>Hilti</i>
EFT 1988 L 284/41	<i>Napier Brown – British Sugar</i>
EFT 1988 L 317/47	<i>London European/Sabena</i>
EFT 1989 L 10/50	<i>BPB Industries plc</i>
EFT 1992 L 72/1	<i>Tetra Pak II</i>
EFT 2002 L 61/32	<i>De Poste – La Poste</i>
Ennå ikke publ.	<i>Microsoft, COMP/37.792, Commission Decision of March 24, 2004</i>

#### *Forlik*

1984	<i>IBM, European Commission, Report on Competition Policy 1984 (Vol XIV), s. 77-79</i>
1996	<i>IRI/Nielsen, European Commission, Report on Competition Policy 1996 (Vol XXVI), s. 144-148</i> <i>Novo Nordisk, European Commission, Report on Competition Policy 1996 (Vol XXVI), s. 142-143</i>
1997	<i>Digital, European Commission, Report on Competition Policy 1997 (Vol XVII), s. 130-131</i>

## **Diverse**

Chevalier, P., “*Dominance sur un marché de produits secondaires*”, Commission’s Competition Policy Newsletter 1998/1, 26

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (2005)

ETFAs overvåkningsorgans kunngjøring om avgrensning av det relevante marked, EF-Tidende 1998 L 200/48 og EØS-tillegget 1998 28/3, C 372 av 9. desember 1997

*Microsoft*, Commission Press Release IP/04/382 of March 24, 2004 in case COMP/37.792

*Microsoft*, Microsofts anke i sak T-201/04, *Microsoft mot Kommisjonen*, EUT 2004 C 179/18 (avventer behandling)

Opinion of Advocate Generale Kokott delivered on 23 February 2006 in case C-95/04 P, *British Airways mot Kommisjonen*, tilgjengelig via [www.eur-lex.eu](http://www.eur-lex.eu)