

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 28 maj 1998 *

1. I detta mål har Oberlandesgericht Wien, i sin egenskap av Kartellgericht (förstainstansdomstol i konkurrensområde), frågat domstolen huruvida det utgör missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 86 i fördraget om en tidningskoncern, som kontrollerar en betydande andel av dagstidningsmarknaden, vägrar att låta utgivaren av en konkurrerande tidning få tillgång till dess distributionsnät för utbärning av tidningar, eller medger tillgång till det endast om utgivaren köper ytterligare tjänster av koncernen.

Bakgrund och den nationella domstolens frågor

2. Oscar Bronner GmbH & Co. KG (nedan kallat Bronner) ger ut dagstidningen *Der Standard*. År 1994 innehade tidningen på den österrikiska dagstidningsmarknaden en marknadsandel på 3,6 procent av upplagan och omkring 6 procent av annonsintäkterna.

3. Den första svaranden i målet vid den nationella domstolen, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, ger ut dagstidningarna *Neue Kronen Zeitung* och *Kurier*, och ombesörjer distribution av

och annonsverksamhet i dessa tidningar genom sitt helägda dotterbolag Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG och Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, som är den andra respektive den tredje svaranden i målet vid den nationella domstolen. År 1994 innehade de två tidningarna tillsammans en marknadsandel om 46,8 procent av den totala upplagan och 42 procent av totala annonsintäkter. Dessutom nådde de ut till 53,3 procent av samtliga personer över 14 år i privata hushåll och till 71 procent av samtliga dagstidningsläsare.

4. I den talan som väckts vid den nationella domstolen med stöd av § 35 i den österrikiska Kartellgesetz har Bronner yrkat att Mediaprint-koncernen (nedan kallad Mediaprint) skall förpliktas upphöra med att missbruka sin, enligt vad som påstås, dominerande ställning och tillåta Bronner att mot rimlig ersättning få tillgång till Mediaprints rikstäckande system för utbärning till hemmen av dagstidningar. Det finns ett flertal regionala och lokala distributionsnät, men det förefaller som om Mediaprints distributionsnät är det enda rikstäckande i Österrike. Bronner hävdar att endast utbärning till hemmen kan säkerställa att prenumeranten får dagstidningen tidigt på morgonen. Utdelning av tidningen med post, vilket i allmänhet sker först senare på morgonen, utgör inte ett likvärdigt alternativ. Med tanke på det låga antalet prenumeranter är det inte lönsamt för Bronner att inrätta ett eget distributionssystem för utbärning till hemmen.

* Originalspråk: engelska.

Bronner gör även gällande att Mediaprint har gjort sig skyldig till diskriminering gentemot Bronner, eftersom det tillåter en annan dagstidning, *Wirtschaftsblatt*, som inte ges ut av Mediaprint, att få tillgång till dess distributionssystem.

5. Mediaprint hävdar att inrättandet av dess distributionssystem har medfört betydande ekonomiska och administrativa kostnader. Även om Mediaprint har en dominerande ställning är den inte skyldig att hjälpa sina konkurrenter. Situationen för *Wirtschaftsblatt*, som fått tillgång till distributionsnätet, kan inte likställas med *Der Standards* situation, eftersom utgivaren av *Wirtschaftsblatt* även har anförtrott tryckning och marknadsföring åt Mediaprint. Således var tillgången till distributionsnätet bara en del av ett totalpaket. För övrigt är *Wirtschaftsblatt* inte en direkt konkurrent till Mediaprints dagstidningar, eftersom den saknar vissa av en dagstidnings grundläggande inslag, såsom sport, kultur och TV. Slutligen skulle distributionsnätets kapacitet överskridas om Mediaprint var skyldig att ge alla österrikiska dagstidningsutgivare tillgång till det.

6. Den nationella domstolen anser att den endast är behörig att tillämpa nationella konkurrensregler och saknar behörighet att tillämpa fördragets konkurrensregler direkt. Enligt dess resonemang skall det dock logiskt sett anses utgöra ett missbruk i den mening som avses i § 35 i Kartellgesetz, vars innehåll är identiskt med artikel 86, om en ekonomisk aktörs beteende omfattas av artikel 86 i fördraget. På grund av gemenskaps-

rättens företräde skall ett beteende som strider mot gemenskapsrätten inte tillåtas enligt nationell lagstiftning. Den nationella domstolen har konstaterat att tillämpligheten av artikel 86 i fördraget förutsätter att handeln mellan medlemsstater kan påverkas av missbruket och har hänvisat till Bronners farhågor att företaget skulle tvingas ut från marknaden för dagstidningar och dess överlevnad hotas om det inte fick tillgång till Mediaprints distributionssystem. Eftersom Bronner, såsom utgivare av en nationell dagstidning som även finns tillgänglig utomlands, erbjuder tjänster inom den internationella handeln, anser den nationella domstolen att det har styrkts att gemenskapshandeln påverkas.

7. Den nationella domstolen har begärt att domstolen skall ge ett förhandsavgörande rörande följande frågor:

”1) Skall artikel 86 i EG-fördraget tolkas på så sätt att ett företag, som ger ut, producerar och distribuerar dagstidningar och som tack vare sina produkter intar en dominerande ställning på den österrikiska dagstidningsmarknaden (nämligen 46,8 procent av den totala upplagan, 42 procent av annonsintäkterna och en täckningsgrad om 71 procent, allt i förhållande till det totala antalet dagstidningar) och som driver det enda rikstäckande nätet för utbärning av tidningar till prenumeranter i Österrike och som vägrar att avge ett bindande anbud till ett annat företag — som också ger ut, producerar och distribuerar en dagstidning i Österrike — för att låta denna dagstidning ingå i nämnda

distributionssystem, skall anses missbruka sin dominerande ställning genom att otillbörligen hindra det andra företaget från att få tillträde till marknaden, under den ytterligare förutsättningen att det, på grund av den låga upplagan och det därmed sammanhängande ringa antalet prenumeranter, inte är möjligt för det företag som vill ingå i distributionssystemet att, vare sig ensamt eller i samarbete med de övriga företag som säljer dagstidningar på marknaden, bygga upp ett eget distributionssystem till en rimlig kostnad och att driva detta med vinst?

- 2) Är det fråga om missbruk i den mening som avses i artikel 86 i EG-fördraget, om — under de i den första frågan närmare angivna förutsättningarna — innehavaren av distributionssystemet för dagstidningar gör upptagandet av affärsförbindelser med utgivaren av en konkurrerande produkt beroende av att den senare inte endast ger den förre i uppdrag att ombesörja tidningsutbärningen, utan även inom ramen för ett totalpaket kräver att få utföra andra tjänster som denne erbjuder (exempelvis lösnummerförsäljning i kiosker eller tryckning)?”

8. Skriftliga yttranden har inkommit från Bronner, Mediaprint och kommissionen, vilka samtliga även var företrädare vid förhandlingen.

Upptagande till sakprövning

9. Mediaprint och kommissionen hävdar att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning. De anser att den nationella domstolen i själva verket är en konkurrensmyndighet som endast är behörig att tillämpa nationell konkurrenslagstiftning.

10. Jag anser dock att det står klart att Kartellgericht är en domstol som handlar i den egenskapen i målet vid den nationella domstolen. Den skall därför anses vara behörig att tillämpa artikel 86.

11. Att Kartellgericht är en domstol och handlar i den egenskapen bekräftas av domstolens rättspraxis avseende frågan om ett organ skall anses utgöra ”en domstol i en medlemsstat” i den mening som avses i artikel 177. Enligt denna praxis skall EG-domstolen beakta flera omständigheter, bland dem om organet är upprättat enligt lag, dess varaktighet, den tvingande karaktären av dess avgöranden, om förfarandet är kontradiktoriskt, organets tillämpning av rättsregler samt dess oberoende.¹ Dessutom skall organet handla i egenskap av domstol. Så är fallet ”om en tvist är anhängig vid [det] och om

¹ — Se till exempel dom av den 17 september 1997 i mål C-54/96, Dorsch Consult (REG 1997, s. I-4961).

[det] skall fälla avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett beslut med karaktär av dom ...".²

12. Mediaprint och kommissionen har inte påstått att Kartellgericht inte uppfyller dessa krav. Oberlandesgericht Wien har nämligen upprättats genom Kartellgesetz som en varaktig kartelldomstol för hela Österrike.³ Den består av en domare, som är ordförande, och två lekmän⁴ med säkerställd teknisk kompetens och oberoende⁵ (interimistiska förfaranden handläggs av ordföranden själv⁶). Den har till uppgift att tillämpa Kartellgesetz i enlighet med det förfarande som föreskrivs däri.⁷

13. Även om vissa av förfarandena mer är av administrativ än av dömande karaktär (exempelvis att föra register över karteller), är förfarandet vid den nationella domstolen i detta fall av klart dömande karaktär. Talan har väckts av en enskild part mot en annan med stöd av § 35 i Kartellgesetz, där det föreskrivs att Kartellgericht på begäran skall förordna att ett företag skall upphöra med att missbruka sin dominerande ställning. Det ordval som används i bestämmelsen, i synnerhet orden "hat auf Antrag ... aufzutragen" ("på begäran skall förordna") visar tydligt att bestämmelsen fastställer en rätt att inge en begäran och som inte ger Kartellgericht något utrymme för skönsmässig bedömning

av huruvida begäran skall tas upp till prövning. För att bedöma begäran tillämpar Kartellgericht de bestämmelser och begrepp som anges i §§ 34 och 35 i Kartellgesetz, i synnerhet begreppen avseende dominerande ställning och missbruk.

14. Det tycks således inte föreligga några tvivel om att Kartellgericht skall anses vara en domstol. Eftersom artikel 86 i fördraget har direkt effekt skall följaktligen enskilda kunna stödja sig på denna artikel i mål som väckts vid Kartellgericht.⁸ Detta är fallet även om enskilda kan göra gällande sina rättigheter enligt denna artikel vid allmän domstol. Principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan kräver att varje domstol som är behörig att pröva en talan avseende omständigheter som omfattas av en gemenskapsbestämmelse skall kunna tillämpa denna regel.⁹

15. Det är förbryllande att kommissionen hänvisar till domstolens dom i målet BRT och SABAM till stöd för den motsatta åsikten. I den domen uttalade domstolen att inte heller domstolar som särskilt har till uppgift att tillämpa nationell konkurrenslagstiftning eller att kontrollera att de administrativa myndigheternas tillämpning av denna är laglig undantas från skyldigheten att tillämpa artikel 86 när denna artikel åberopas vid dessa.¹⁰

2 — Dom av den 19 oktober 1995 i mål C-111/94, Job Centre (REG 1995, s. I-3361), punkt 9.

3 — § 88.

4 — § 89.1.

5 — § 94.

6 — § 92.

7 — Se särskilt § 43.

8 — Dom av den 30 januari 1974 i mål 127/73, BRT och SABAM (REG 1974, s. 51; svensk specialutgåva, volym 2, s. 201), punkterna 19 och 20.

9 — Dom av den 15 december 1976 i mål 35/76, Simmenthal (REG 1976, s. 1871; svensk specialutgåva, volym 2, s. 233).

10 — Punkterna 19 och 20.

16. Det kan dock hävdas att frågan inte avgjordes i målet BRT och SABAM, eftersom den hänskjutande domstolen i det målet var en civilrättslig domstol som prövade ett vanligt tvistemål snarare än en specialdomstol för konkurrens mål. I meddelandet om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter för handläggning av ärenden som omfattas av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget¹¹ har kommissionen godtagit att myndigheterna i vissa medlemsstater enbart kan tillämpa nationella bestämmelser därför att de saknar processuella medel för att tillämpa artiklarna 85 och 86. Eftersom artiklarna 85 och 86 riktar sig till företag snarare än till medlemsstaterna, och eftersom kommissionen har utsetts till den myndighet som har huvudansvaret för att övervaka att dessa bestämmelser efterlevs, kan det mycket väl vara så att medlemsstaterna inte är skyldiga att ge sina nationella konkurrensmyndigheter (till skillnad från sina domstolar) till uppgift att övervaka att dessa bestämmelser efterlevs. Det kan således vara så att den enda skyldigheten som åligger dessa myndigheter är att tillämpa nationella konkurrensregler på ett sätt som inte strider mot artiklarna 85 och 86.

17. Om så är fallet skulle det kunna anses ovanligt om en nationell domstol kunde utsträcka grunderna för omprövning av de nationella myndigheternas beslut till att omfatta att gemenskapsbestämmelser inte har tillämpats eller har tillämpats på ett felaktigt sätt. I sådana fall kan det vara nödvändigt att

se den nationella domstolen som en förlängning av ett rent nationellt konkurrensorgan.

18. Det är dock inte nödvändigt att utveckla denna fråga här. Denna fråga uppstår inte när, som i detta fall, en medlemsstat organiserar sitt system på ett sådant sätt att det specialiserade konkurrensorganet självt är en domstol och när det relevanta förfarandet är kontradiktoriskt och av dömande karaktär. Under sådana omständigheter krävs det enligt principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan och den direkta effekten av artikel 86 att den nationella domstolen skall kunna tillämpa artikel 86 direkt i det mål som har anhängiggjorts vid den. Därigenom avlägsnas behovet av att väcka särskild talan baserad på gemenskapsrätten vid en annan domstol.

19. Det är inte heller nödvändigt att i förevarande mål bedöma frågan huruvida domstolen borde fatta ett avgörande med tillämpning av artikel 86 i fördraget och fastställa att artikeln inte är tillämplig som sådan, men att ett avgörande skulle kunna hjälpa den nationella domstolen att tillämpa den nationella lagstiftningen. Denna fråga skulle uppstå om den nationella domstolen inte var behörig att tillämpa artikel 86. För övrigt utgör detta grunden för den begäran om förhandsavgörande som hänskjutits till domstolen.

20. Det är tveksamt om det skulle vara lämpligt att domstolen fattade ett avgörande

¹¹ — EGT C 313, 1997, s. 3.

på den grunden. Såsom kommissionen har påpekat, är de österrikiska konkurrensbestämmelserna inte direkt baserade på gemenskapens konkurrensrätt och hänvisar inte till denna. I österrikisk lagstiftning ges en helt annan definition av dominerande ställning än i gemenskapsrätten. Ett missbruk är förbjudet endast efter det att Kartellgericht har förordnat att det skall upphöra. Dessutom finns det specialbestämmelser rörande dominerande ställning i förhållande till massmedia. Förevarande mål skiljer sig därför från de mål där det finns ett direkt samband mellan nationell lagstiftning och gemenskapsrätten, till exempel om nationell lagstiftning består av ett direkt införlivande av gemenskapsrätten.¹²

21. Det kan dock hävdas att konkurrensrättsområdet har särskilda särdrag vilka borde medföra att domstolen fattade ett avgörande, åtminstone i mål där det finns en inverkan på handeln inom gemenskapen. Enligt gällande gemenskapsrätt skall gemenskapens och medlemsstaternas konkurrensbestämmelser tillämpas samtidigt i de fall som omfattas av artiklarna 85 och 86.¹³ Fastän den hänskjutande domstolen i målet vid den nationella domstolen har föreslagit att nationell lagstiftning skall tillämpas, är dock artikel 86 tillämplig på den situation som föreligger och i det sammanhang som den har begärt att domstolen skall fatta ett avgörande.

22. Det är oklart vilka gränser som uppställs i gemenskapsrätten avseende avvikande

tillämpning i nationell lagstiftning i fall som omfattas av artiklarna 85 och 86.¹⁴ Det har till och med föreslagits att själva principen om samtidig tillämpning bör omprövas med hänsyn till svårigheterna att definiera sådana gränser på ett enhetligt sätt.¹⁵ I praktiken förefaller det som om osäkerheten på detta område delvis har övervunnits genom nära samarbete mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna, och kommissionen har betonat betydelsen av detta.¹⁶ Mot denna bakgrund är det förståeligt att en nationell domstol, även för det fall den endast är behörig att tillämpa nationell lagstiftning, vill få förtydliganden om situationen enligt gemenskapsrätten, särskilt när handeln mellan medlemsstater påverkas, för att om möjligt komma fram till motsvarande resultat vid tillämpningen av de nationella bestämmelserna. Även om det inte finns någon skyldighet för den nationella domstolen enligt gemenskapsrätten eller nationell rätt att tillämpa domstolens avgörande, kan avgörandet mycket väl vara av väsentlig betydelse i ett sådant fall. Ett sådant fall skiljer sig därför helt från ett fall där förfarandet för begäran om förhandsavgörande endast används som en övning i komparativ rätt.¹⁷

23. Vore det nödvändigt att avgöra denna fråga, finns det således motstridiga övervä-

12 — Domar av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), och i mål C-130/95, Giloy (REG 1997, s. I-4291).

13 — Dom av den 13 februari 1969 i mål 14/68, Wilhelm m. fl. (REG 1969, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1, s. 379).

14 — Se domen i det ovannämnda målet Wilhelm m. fl., dom av den 10 juli 1980 i de förenade målen 253/78, 1/79, 2/79 och 3/79, Giry och Guerlain m. fl. (REG 1980, s. 2327), generaladvokaten Tesauros förslag till avgörande till domen av den 24 oktober 1995 i mål C-266/93, Volkswagen och VAG Leasing (REG 1995, s. I-3477), och kommissionens ovannämnda meddelande (ovan fotnot 11), punkt 16—22.

15 — Robert Walz: "Rethinking *Walt Wilhelm*, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law", 1996, *ELRev*, volym 21, s. 449.

16 — Se allmänt kommissionens meddelande, ovan fotnot 11.

17 — Jämför dom av den 28 mars 1995 i mål C-346/93, Kleinwort Benson (REG 1995, s. I-615).

ganden som kräver en lösning. Enligt min mening är dock diskussionen ovan hypotetisk, eftersom det, såsom redan har angetts, står klart att en nationell domstol som prövar en sådan talan såsom den vid den nationella domstolen måste kunna tillämpa artikel 86 direkt. Den omständigheten att artikel 86 inte har åberopats i målet vid den nationella domstolen medför inte att domstolens behörighet att fatta det begärda avgörandet sätts i fråga. Den nationella domstolen har begärt ett förhandsavgörande avseende artikel 86 och kan behöva tillämpa artikeln när det fastställts att den är behörig att göra detta.

24. Mediaprint och kommissionen har även gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan upptas till sakprövning därför att kravet att handeln mellan medlemsstater skall påverkas inte är uppfyllt, i motsats till vad den nationella domstolen har konstaterat. Slutsatsen att *Der Standard* skulle tvingas ut från marknaden är osannolik, och om den var riktig skulle påverkan på handeln inte vara märkbar med hänsyn till det fåtal exemplar av tidningen som säljs utomlands.

25. Den nationella domstolen har dock preliminärt konstaterat att kravet på att handeln påverkas är uppfyllt och den har ställt sina frågor på grundval av detta. Detta är tillräckligt för att begäran om förhandsavgörande skall kunna tas upp till sakprövning. Även om Mediaprints påstående i dess skriftliga yttrande, att de exemplar av *Der Standard* som säljs utanför Österrike utgör en ytterst

liten andel av den totala försäljningen, skulle, om det befanns styrkt, innebära att den nationella domstolens resonemang måste ifrågasättas, är det inte tillräckligt för att domstolen skall konstatera att den nationella domstolens frågor uppenbart saknar samband med den tvist som anhängiggjorts vid den.

26. Dessutom kan den nationella domstolens konstaterande finna stöd i ett annat resonemang, vilket kommissionen har medgett. Om vägran att ge tillgång till Mediaprints distributionsnät gör det svårt att få tillgång till den österrikiska marknaden, kan det få till effekt att den österrikiska marknaden isoleras från konkurrens av utgivare från andra medlemsstater, som vill ge ut eller sälja tidningar i Österrike. Detta skulle följaktligen störa utvecklingen av handelsflöden inom gemenskapen. Kommissionens argument att en sådan effekt är osannolik med hänsyn till att andra distributionssätt finns tillgängliga, är en sakfråga. Om Mediaprints vägran att ge tillgång till sitt distributionssystem skulle visa sig utgöra ett missbruk på grund av sitt påverkan på den österrikiska dagstidningsmarknaden, skulle det enligt bedömningen ovan även föreligga en potentiell påverkan på handeln inom gemenskapen.

27. Jag anser därför att begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.

Den första frågan

28. För att fastställa huruvida ett företag har missbrukat en dominerande ställning på marknaden i strid med artikel 86 skall för det första den relevanta marknaden definieras. För det andra skall det fastställas huruvida det berörda företaget intar en dominerande ställning på den definierade marknaden och, om så är fallet, huruvida dess uppträdande utgör ett missbruk av denna dominerande ställning.

Den relevanta marknaden

29. Den nationella domstolens frågor tycks utgå från att den relevanta marknaden är dagstidningsmarknaden, och Mediaprints högt utvecklade distributionsnät utgör en faktor vid bedömningen av huruvida koncernen intar en dominerande ställning på denna marknad. Jag anser dock, såsom Bronner och kommissionen påstår, att i detta fall är det lämpligare att inte definiera den relevanta marknaden som tidningsmarknaden som sådan utan som distributionsmarknaden eller en del därav. Ett företag kan ha en dominerande ställning på en produktmarknad utan att ha kontroll över distributionen och vice versa. Det påstådda missbruket utgörs av en vägran att ge tillgång till Mediaprints distributionssystem, eller att oskäligen villkor har uppställts för tillgången till detta. Talan avser således Mediaprints påstådda missbruk av sin ekonomiska styrka på området för tidnings-

distribution i syfte att eliminera konkurrensen på den angränsande tidningsmarknaden.

30. Det framgår att i Österrike finns det utöver Mediaprints rikstäckande distributionsnät ett antal lokala och regionala distributionsnät. Därutöver finns det andra distributionssätt, såsom postbefordran, lösnúmerförsäljning i affärer och kiosker, tidningsstånd eller automater och så vidare. Mot bakgrund av detta skall det fastställas huruvida den relevanta marknaden är a) distribution av tidningar i allmänhet, b) regional och rikstäckande utbärning till hemmen av dagstidningar, eller c) rikstäckande utbärning till hemmen av dagstidningar. I det avseendet är den huvudsakliga frågan i vilken utsträckning rikstäckande utbärning till hemmen är utbytbar mot regionala eller lokala distributionstjänster eller andra distributionssätt. Rikstäckande utbärning till hemmen utgör en separat marknad om den i begränsad utsträckning är utbytbar mot andra distributionsformer. Av särskild betydelse är i vilken utsträckning den har särskilda kännetecken som påverkar konsumenternas val och efterfrågans grad av korselasticitet mellan tjänsten och andra typer av distribution.¹⁸

31. Det är dock inte nödvändigt att ytterligare bedöma denna fråga här. Som jag

18 — Se dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9), punkt 22—35. Se även kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapen konkurrenslagstiftning, (EGT C 372, 1997, s. 5).

kommer att förklara nedan utgör inte Mediaprints vägran att ge tillgång till sitt distributionsnät ett missbruk som strider mot artikel 86 även om den snävaste definitionen av den relevanta marknaden används, nämligen rikstäckande utbärning till hemmen av dagstidningar.

Missbruk

Dominerande ställning

32. Vid en traditionell bedömning är nästa steg att fastställa huruvida Mediaprint intar en dominerande ställning på den relevanta marknaden. I domen i målet *United Brands* mot kommissionen definierade domstolen en dominerande ställning som "en sådan ekonomisk maktställning att [företaget] får möjlighet att hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter".¹⁹ Resultatet kan därför variera beroende på den nationella domstolens definition av den relevanta marknaden. Det är dock onödigt att beakta alla de olika möjligheterna, eftersom det kommer att visa sig att det är lämpligt att i detta sammanhang beakta frågan avseende dominerande ställning i samband med frågan om missbruk.

33. Den huvudsakliga fråga som väckts genom den hänskjutande domstolens första fråga är huruvida vägran av ett företag i Mediaprints ställning att ge en konkurrent tillgång till sitt rikstäckande distributionssystem utgör missbruk. Bronner har hänvisat till vad som kallas teorin om "essential facilities" och anser att Mediaprint är skyldig att ge tillgång till detta, eftersom det utgör en förutsättning för effektiv konkurrens på dagstidningsmarknaden.

34. Enligt denna teori gör ett företag, som intar en dominerande ställning vad gäller tillhandahållande av anläggningar som är oundgängliga för att tillhandahålla varor eller tjänster på en annan marknad, sig skyldigt till missbruk av denna ställning om det utan att det är objektivt berättigat vägrar tillgång till dessa anläggningar. I vissa fall måste således ett företag i dominerande ställning inte bara avstå från konkurrensbegränsande handlande utan måste även aktivt främja konkurrens genom att ge potentiella konkurrenter tillgång till de anläggningar som det har inrättat.

¹⁹ — Punkt 65.

Relevant rättspraxis och praxis

35. Domstolen har i sin rättspraxis ännu inte hänvisat till teorin om oundärliga anläggningar. Den har dock avgjort ett flertal mål rörande vägran att tillhandahålla varor eller tjänster. I två äldre rättsfall klargjorde domstolen att inställande av leveranser till en tidigare kund kan utgöra missbruk. I domen i målet *Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen*²⁰ uttalade domstolen att ett företag i dominerande ställning vad gäller produktion av råvaror inte kunde upphöra med leveranserna till en tidigare kund som tillverkade reaktionsprodukter av dessa råvaror bara på grund av att företaget hade beslutat att självt påbörja produktionen av reaktionsprodukter och ville eliminera sin tidigare kund från marknaden.

36. I målet *United Brands mot kommissionen*²¹ upphörde på samma sätt ett företag (nedan kallat UBC), som hade en dominerande ställning vad gäller produktion av bananer som den marknadsförde under varumärket "Chiquita", med leveranser till en dansk mognare-distributör, efter det att denne till följd av en meningsskiljaktighet mellan denne och UBC började att främja försäljningen av en konkurrents bananer och inte lade ner samma omsorg på mogningen av UBC:s bananer. Domstolen uttalade att

"ett företag som har en dominerande ställning då det gäller distributionen av en vara — en vara som åtnjuter goodwill genom att den har ett märke som är välkänt och uppskattat av konsumenterna — inte får inställa sina leveranser till en gammal kund, som iakttar rådande handelsbruk, när denna kunds beställningar inte på något sätt är onormala".²²

37. I domarna i målen *CBEM*²³ och *GB-Inno-BM*²⁴ fastslog domstolen principen att "missbruk i den mening som avses i artikel 86 föreligger när ett företag i en dominerande ställning på en viss marknad utan att det framstår som objektivt nödvändigt förbehåller sig självt en sidoverksamhet som ett utomstående företag skulle kunna bedriva inom ramen för sin verksamhet på en näraliggande men separat marknad, med risk för att all konkurrens från ett sådant företag slås ut".²⁵ I målet *Télémarketing* ansågs ett televisionsbolag missbruka sin dominerande ställning på marknaden för TV-utsändning genom att den krävde att annonsörer skulle använda sig av tjänster från dess dotterbolag, ett telemarketingföretag. Sammankopplingen mellan de två tjänsterna utgjorde en vägran att tillhandahålla TV-stationens tjänster till andra telemarketingföretag, och därmed eliminerades all konkurrens på en sidomarknad till fördel för dess dotterbolag.

22 — Punkt 182.

23 — Dom av den 3 oktober 1985 i mål 311/84 (REG 1985, s. 3261, nedan kallat målet *Télémarketing*).

24 — Dom av den 13 december 1991 i mål C-18/88, *GB-Inno-BM* (REG 1991, s. I-5941).

25 — Domen i målet *GB-Inno-BM*, punkt 18.

20 — Dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73 (REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229, nedan kallat målet *Commercial Solvents*).

21 — Se ovan fotnot 18.

38. Genom att hänvisa till domen i målet *Télémarketing* fastslog domstolen i domen i målet *GB-Inno-BM* att det faktum att ett företag — som har monopol på marknaden för upprättande och drift av telekommunikationsnätet — utan att det framstår som objektivt nödvändigt förbehåller sig själv en näraliggande men separat marknad för import, saluföring, anslutning, idriftsättning och underhåll av de apparater som är avsedda att anslutas till nätet, och således slår ut all konkurrens från andra företag, utgör en överträdelse i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.

39. Slutligen har domstolen i ytterligare två mål bedömt huruvida leveransvägran utgjorde missbruk när det inte förelåg några andra omständigheter såsom avbrott i leveranser till en tidigare kund eller sammankoppling av leveranser som saknar samband med varandra. I domen i målet *Volvo*²⁶ ansåg domstolen att det inte utgjorde missbruk av en dominerande ställning att en biltillverkare som var innehavare av mönster-skydd för karosdelar till sina bilar vägrade att ge andra licens att leverera reservkarosser som var nödvändiga vid reparation av bilarna. Domstolen uttalade följande:

”Det måste även betonas att rätten för innehavaren av ett skyddat mönster att hindra utomstående parter från att tillverka och sälja eller importera utan dess samtycke, produkter som omfattas av mönsterrätten, utgör ensamrättens egentliga innehåll. Av detta

följer att en skyldighet varigenom innehavaren av ett skyddat mönster åläggs att ge utomstående parter licens att tillhandahålla produkter som omfattas av mönsterrätten innebär att innehavaren av rättigheten berövas innehållet i denna ensamrätt även om det sker mot skälig ersättning. Vägran att ge en sådan licens kan inte i sig utgöra missbruk av en dominerande ställning.

Det skall dock noteras att utövandet av en ensamrätt av innehavaren av ett registrerat mönster för karosdelar till bilar kan omfattas av förbudet i artikel 86 om det medför att det företag som har en dominerande ställning uppträder på sätt som utgör missbruk, exempelvis genom att godtyckligt vägra att leverera reservdelar till fristående reparatörer, fastställa oskäliga priser för reservdelar eller besluta att inte längre tillverka reservdelar till en viss modell trots att många bilar av den modellen fortfarande är i omlopp, förutsatt att sådant uppträdande kan påverka handeln mellan medlemsstater”.²⁷

40. Senare har dock domstolen i målet *RTE och ITP mot kommissionen*²⁸ bekräftat förstainstansrättens konstaterande att televisionsbolag missbrukade sin dominerande ställning genom att stödja sig på nationell upphovsrätt avseende sina programtabläer för att förhindra att utomstående gav ut

26 — Dom av den 5 oktober 1988 i mål 238/87 (REG 1988, s. 6211).

27 — Punkterna 8 och 9. Se även dom av den 5 oktober 1988 i mål 53/87, *CICRA och Maxicar* (REG 1988, s. 6039).

28 — Dom av den 6 april 1995 i de förenade målen C-241/91 P och C-242/91 P (REG 1995, s. I-743; nedan kallat målet *Magill*).

en veckovis utkommande TV-programguide, som skulle konkurrera med de TV-programguider som gavs ut av varje televisionsbolag och som endast omfattade dess egna program. Domstolen noterade följande:

”Således har klagandena — som på grund av omständigheterna är de enda källorna till basuppgifter om programmen som är den första oundgängliga förutsättningen för skapandet av en veckovis utkommande TV-programguide — inte gett de TV-tittare som vill skaffa sig information om programmen under den kommande veckan någon annan möjlighet än att köpa varje kanals veckovis utkommande TV-programguide och själv ta fram de nödvändiga uppgifterna för att kunna göra jämförelser.

Klagandenas vägran att med åberopande av nationella upphovsrättsliga bestämmelser utlämna basuppgifter har således förhindrat tillkomsten av en ny produkt, en heltäckande veckovis utkommande TV-programguide, som klagandena inte erbjöd och för vilken det fanns en potentiell efterfrågan hos konsumenterna vilket utgör ett missbruk enligt artikel 86 andra stycket b i fördraget”.²⁹

41. I målet Tiercé Ladbroke mot kommissionen³⁰ bedömde förstainstansrätten avgö-

randet i målet Magill. I det målet hade kommissionen avslagit sökandens klagomål avseende vägran från de företag som innehade rättigheterna till TV-bilder och referat av franska hästkapplöpningar och företaget som innehade ensamrättigheterna att sälja dessa bilder i Tyskland och Österrike att ge sökanden rätt att återsända bilderna och referaten i sina vadhållningsbyråer i Belgien. Förstainstansrätten bekräftade kommissionens beslut och ansåg först att kommissionen på ett korrekt sätt hade definierat produktmarknaden som återsändning av referat och TV-bilder från hästkapplöpningar i allmänhet och den geografiska marknaden som den belgiska marknaden. Därefter undersökte förstainstansrätten frågan om missbruk och noterade att företagen hittills inte hade beviljat någon licens för det belgiska territoriet. Deras vägran att bevilja en licens till sökanden utgjorde således inte någon diskriminering mellan aktörerna på den belgiska marknaden. Dessutom ansågs denna vägran inte medföra någon uppdelning av marknaderna, eftersom den geografiska marknaden var uppdelad i separata marknader.

42. Förstainstansrätten ansåg slutligen att vägran att ge licens i avsaknad av sådana omständigheter inte utgjorde ett missbruk i enlighet med domen i målet Magill. I motsats till målet Magill, där vägran att bevilja en licens till sökanden förhindrade denne från att inträda på marknaden för allmänna TV-programguider, var sökanden i det föreliggande fallet inte enbart närvarande på marknaden utan innehade den största andelen på den huvudsakliga marknaden för vadupptagning där produkten i fråga, nämligen

29 — Punkterna 53 och 54.

30 — Dom av den 12 juni 1997 i mål T-504/93 (REG 1997, s. II-923), överklagandet inte avgjort (mål C-300/97 P).

referat och TV-bild, erbjuds till konsumenterna, medan innehavarna av dessa rättigheter inte var närvarande på denna marknad. Eftersom kapplöpningsbolagen varken direkt eller indirekt nyttjade sina immateriella äganderättigheter på den belgiska marknaden, kunde dessa bolags omtvistade vägran följaktligen inte anses innebära någon som helst begränsning av konkurrensen på den belgiska marknaden. Även om det antogs att rättighetsinnehavarnas närvaro på den belgiska marknaden inte var avgörande, skulle artikel 86 inte vara tillämplig. Förstainstansrätten uttalade följande:

”Den vägran som riktades mot sökanden kan nämligen omfattas av förbudet i artikel 86 endast om det skulle avse en produkt eller tjänst som antingen är väsentlig för utövandet av verksamheten i fråga, så att det inte finns någon faktisk eller potentiell ersättning, eller utgör en ny produkt vars tillträde förhindras trots en potentiell specifik, bestående och reguljär efterfrågan från konsumenternas sida ...”³¹

43. Det framgår klart av de ovannämnda avgörandena att ett företag i dominerande ställning gör sig skyldigt till missbruk när det utan någon motivering avbryter tillhandahållandet av varor eller tjänster till en tidigare kund eller eliminerar konkurrens på en angränsande marknad genom att sammankoppla skilda varor och tjänster. Det tycks dock som om missbruk även kan bestå av enbart en vägran att ge licens, när den hindrar en ny produkt från att komma ut på en angränsande marknad som konkurrerar med

den produkt som företaget i dominerande ställning själv har på den marknaden.

44. Kommissionen har bedömt fall av leveransvägran i ett flertal fall enligt artiklarna 85 och 86. Bland exemplen finns IBM:s sammankoppling av datorförsäljning med försäljning av huvudminnen och grundläggande programvara och vägran att tillhandahålla vissa programvaror för användning i andra datorer än IBM-datorer,³² vägran att tillhandahålla snabbfilm utan någon garanti om var filmen kommer att återförsäljas,³³ vägran att tillhandahålla industrisocker till en producent av raffinerat socker genom att minska prisskillnaden mellan socker som säljs på detaljhandelnivå och industrisocker så att vinstmarginalen för en fristående producent av socker som säljs på detaljhandelnivå blev otillräcklig,³⁴ vägran av ett flygbolag att ge ett konkurrerande flygbolag tillgång till ett datoriserat bokningssystem för att sätta press på det andra flygbolaget att höja sina biljettpreiser eller dra sig tillbaka från en linje,³⁵ vägran att tillämpa interline, det vill säga utställa biljetter för ett annat flygbolags räkning när ett annat flygbolag

32 — Dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen (REG 1981, s. 2639; svensk specialutgåva, volym 6, s. 225).

33 — Polaroid/SSI, XIII: e rapporten om konkurrenspolitiken (1984), s. 99.

34 — Kommissionens beslut 88/518/EEG av den 18 juli 1988 om ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/30.178 — Napier Brown — British Sugar) (EGT L 284, 1988, s. 41).

35 — Kommissionens beslut 88/589/EEG av den 4 november 1988 om ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/32.318, London European — SABENA) (EGT L 317, 1988, s. 47).

31 — Punkt 131.

började konkurrera på en linje,³⁶ klausuler i distributions- och försäljningsavtal som förhindrar stormarknader från att lagerföra kryddor av andra leverantörers märken,³⁷ och begränsning av tillgången till underjordiska pipeliner för att tanka flygplan vid en flygplats.³⁸ Dessutom har kommissionen krävt, som villkor för undantag, att tillgång till vissa anläggningar skall ges på icke-diskriminerade grund, såsom datoriserade bokningssystem för flygtransport³⁹ och ankomst- och avgångstider vid flygplatser⁴⁰.

45. Vissa kommentatorer har sett domen i målet *Télémarketing*, och i synnerhet i målet *Magill*, som att domstolen har anslutit sig till teorin om oumbärliga anläggningar, som kommissionen i allt större utsträckning använder i sina beslut. Eftersom denna teori har sitt ursprung i Förenta staternas antitrustlagstiftning, kan det vara till hjälp att

36 — Kommissionens beslut 92/213/EEG av den 26 februari 1992 om ett förfarande för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget (IV/33.544 — *British Midland mot Aer Lingus*) (EGT L 96, 1992, s. 34), och *Lufthansa mot Air Europe*, XX: *e rapporten om konkurrenspolitiken* (1991), s. 98.

37 — Kommissionens beslut 78/172/EEG av den 21 december 1977 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/29.418: kryddor) (EGT L 53, 1978, s. 20).

38 — *Disma*, XXIII: *e rapporten om konkurrenspolitiken* (1994), s. 153.

39 — Kommissionens förordning (EG) nr 3652/93 av den 22 december 1993 om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på vissa kategorier av avtal mellan företag med avseende på datoriserade bokningssystem för lufttransporttjänster (EGT L 333, 1993, s. 37; svensk specialutgåva, område 7, volym 5, s. 72).

40 — Kommissionens förordning (EEG) nr 1617/93 av den 25 juni 1993 om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på vissa kategorier av avtal och samordnade förfaranden med avseende på gemensam planering och samordning av tidtabeller, gemensam drift, samråd om passagerar- och frakttaxor i regelbunden luftfart samt fördelning av avgångs- och ankomsttider på flygplatser (EGT L 155, 1993, s. 18; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 197), och rådets förordning (EEG) nr 95/93 av den 18 januari 1993 om gemensamma regler för fördelning av ankomst- och avgångstider vid gemenskapens flygplatser (EGT L 14, 1993, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 4, s. 188).

ge en kort redogörelse över den relevanta amerikanska lagstiftningen på området.

46. Enligt amerikansk rätt utgör friheten att ingå avtal eller att inte ingå avtal en grundläggande del av handelsfriheten. Amerikansk antitrustlagstiftning, som återfinns i avsnitt 2 i Sherman Act 1890, syftar i huvudsak till att skydda konkurrensen genom att förbjuda förvärv eller upprätthållande av monopolställning, snarare än att reglera handlandet hos företaget i dominerande ställning. Amerikanska domstolar har dock fastställt att det föreligger en skyldighet att ingå bindande avtal för det fall teorin om "essential facilities" är tillämplig, eller om ett företag använder sig av en monopolställning på en marknad för att få en dominerande ställning på en annan marknad genom konkurrensbegränsande åtgärder ("leveraging") eller om en vägran att ingå avtal har till syfte att avlägsna konkurrens och skapa ett monopol. Ett monopol har rätt att vägra att ingå avtal om syftet endast är att välja företagets kunder eller att förbättra effektiviteten. Det är inte tillåtet om vägran leder till minskad konkurrens och högre priser, eller på något annat sätt minskar tjänstens eller varornas kvalitet i förhållande till konsumenternas pris.

47. Enligt den amerikanska teorin om "essential facilities" skall ett företag i monopolställning ingå avtal med en konkurrent om fem villkor är uppfyllda.⁴¹ För det första skall en monopolist ha kontroll över en

41 — Se *MCI Communications mot AT & T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), 464 US 891 (1983).

oumbärlig anläggning. En anläggning anses oumbärlig när tillgång till den är oundgänglig för att konkurrera på marknaden med det företag som har kontroll över denna. Exempelvis har följande ansetts utgöra oumbärliga anläggningar: järnvägsbroar i staden St. Louis,⁴² ett lokalt telekommunikationsnät⁴³ och ett lokalt elnät.⁴⁴ För det andra skall det praktiskt eller rimligt sett vara omöjligt för konkurrenten att inrätta en liknande oumbärlig anläggning. Det är inte tillräckligt att det skulle vara svårt eller dyrt att inrätta den, men det krävs inte att det är absolut omöjligt.⁴⁵ För det tredje skall användningen av anläggningen förvägras konkurrenten. Det villkoret tycks omfatta vägran att ingå avtal på rimliga villkor.⁴⁶ För det fjärde skall det vara möjligt att ge tillgång till anläggningen. För det femte skall det inte finnas något befogat kommersiellt skäl för att vägra tillgång till anläggningen. Ett bolag i dominerande ställning som har kontroll över en oumbärlig anläggning kan berättiga vägran att ingå avtal av tekniska eller kommersiella skäl.⁴⁷ En vägran att ingå avtal kan även vara berättigad av effektivitetsskäl.⁴⁸

48. Kommissionen hänvisade för första gången uttryckligen till teorin om "essential

42 — United States mot Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 US 383 (1912).

43 — MCI Telecommunications mot AT & T, ovan fotnot 41.

44 — Otter Tail Power Co. mot United States, 410 US 366 (1973).

45 — Se till exempel Fishman mot Estate of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986).

46 — Eastman Kodak Co. mot Southern Photo Materials Co., 273 US 359 (1927).

47 — Se till exempel Byars mot Bluff City News Co., 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979).

48 — R. H. Bork: *The Antitrust Paradox*, 1978 (omtryckt 1993), s. 346. Aspen Skiing Co. mot Aspen Highlands Skiing Corp., 427 US 585 (1985).

facilities" i två interimistiska beslut avseende Holyhead-hamnen, nämligen B & I Line plc mot Sealink Harbours Ltd och Sealink Stena Ltd⁴⁹ och Sea Containers mot Stena Sealink.⁵⁰ I det andra av dessa mål fastslog kommissionen att Sealink såsom förvaltare av hamnen hade missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för hamntjänster genom att vägra en potentiell konkurrent på marknaden för färjetjänster tillgång till Holyhead-hamnen på skäliga och icke-diskriminerande villkor. Kommissionen uppgav följande genom att upprepa och utveckla vad den hade angett i det första beslutet:

"Ett företag som har en dominerande ställning vad gäller tillhandahållandet av en oumbärlig anläggning och som själv använder denna (det vill säga en anläggning eller infrastruktur utan vilken konkurrenterna inte kan tillhandahålla tjänster till sina kunder), och som förvägrar andra företag tillgång till denna anläggning utan att det är objektivt berättigat eller endast ger konkurrenterna tillgång på mindre fördelaktiga villkor än dem som gäller för dess egna verksamheter, överträder artikel 86 om övriga villkor i denna artikel är uppfyllda. Ett företag som har en dominerande ställning får inte diskriminera till fördel för sin egen verksamhet på en angränsande marknad. Ägaren till en oumbärlig anläggning som använder sin

49 — Kommissionens beslut av den 11 juni 1992 [1992] 5 CMLR 255.

50 — Kommissionens beslut 94/19/EG av den 21 december 1993 om ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EG-fördraget (IV/34.689 — Sea Containers mot Stena Sealink — Interimistiska åtgärder) (EGT L 15, 1994, s. 8).

styrka på en marknad för att skydda eller stärka sin ställning på en annan angränsande marknad genom att i synnerhet vägra en konkurrent tillgång, eller genom att ge tillgång på mindre fördelaktiga villkor än dem som gäller för dess egna verksamheter, och därigenom ger sina konkurrenter en konkurrensnackdel, överträder artikel 86".⁵¹

49. Kommissionen baserade det ovan nämnda rättsliga uttalandet på domstolens domar i målen *Commercial Solvents*,⁵² *Télémarketing*,⁵³ *GB-Inno-BM*,⁵⁴ *ERT*⁵⁵ och förstainstansrättens dom i målet *Magill*.⁵⁶ Därefter tillade kommissionen följande: "Denna princip är tillämplig när den konkurrent som ansöker om tillgång till de oumbärliga anläggningarna är ny på marknaden".⁵⁷

50. Det står därför klart att kommissionen anser att vägran att ge en konkurrent tillgång till en oumbärlig anläggning i sig kan utgöra missbruk även om det inte föreligger några andra omständigheter, såsom sammankoppling av varor vid försäljning, diskriminering gentemot en annan fristående konkurrent, upphörande av leveranser till tidigare kunder eller avsiktligt handlande för att skada en konkurrent (det skall dock noteras att i många av de fall som kommissionen har

handlagt har i större eller mindre utsträckning sådana ytterligare omständigheter föreläggat). En oumbärlig anläggning kan vara en produkt, såsom råvaror, eller en tjänst, inbegripet att ge tillgång till en plats som exempelvis en hamn eller en flygplats eller till ett distributionssystem som exempelvis ett telekommunikationsnät. I många fall är förhållandet vertikalt, eftersom företaget i dominerande ställning förbehåller en produkt eller en tjänst eller diskriminerar till fördel för sin egen verksamhet i det senare produktions- eller tjänsteledet, till nackdel för konkurrenter på marknaden i det senare produktions- eller tjänsteledet. Förhållandet kan dock även vara horisontalt i den mening att försäljning av närliggande, men olika, varor eller tjänster sammankopplas.

51. När kommissionen beslutar om en anläggning är oumbärlig försöker den att bedöma omfattningen av hindret och huruvida det är bestående eller endast tillfälligt. Det kriterium som skall användas har av en kommentator beskrivits som "huruvida det hinder som resulterar av vägran att ge tillgång är sådant att det skäligen kan förväntas medföra att det antingen blir omöjligt eller bestående, allvarligt och oundvikligen olönsamt att bedriva konkurrerande verksamhet på marknaden i fråga".⁵⁸ Det kriterium som tillämpas är objektivt och rör konkurrenter i allmänhet. En särskild konkurrent kan således inte hävda att den är särskilt sårbar.

51 — Punkt 66 i beslutet.

52 — Se ovan fotnot 20.

53 — Se ovan fotnot 23.

54 — Se ovan fotnot 25.

55 — Dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89 (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11).

56 — Dom av den 10 juli 1991 i mål T-69/89, RTE mot kommissionen (REG 1991, s. II-485).

57 — Punkt 67 i kommissionens beslut 94/19.

58 — J. Temple Lang: "Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities", *Fordham International Law Journal*, volym 18 (1994), 245—284 och 285.

52. Det framstår således som om begreppet oundärliga anläggningar är av stor betydelse i kommissionens praxis i ärenden rörande leveransvägran.

53. I medlemsstaternas lagstiftningar anses avtalsfrihet i allmänhet vara en grundläggande del av fri handel. Trots detta föreskrivs det uttryckligen i konkurrensreglerna i vissa medlemsstater att en oberättigad vägran att ingå ett bindande avtal kan utgöra missbruk av en dominerande ställning. Så är fallet i Spanien,⁵⁹ Finland,⁶⁰ Frankrike,⁶¹ Grekland⁶² och Portugal.⁶³ Vad beträffar i synnerhet oundärliga anläggningar finns det i vissa medlemsstater lagbestämmelser som förbjuder företag som har kontroll över dessa att oberättigat vägra att ingå avtal för att tillhandahålla dessa anläggningar. Så är fallet i Finland beträffande telefonnätet,⁶⁴ elnätet⁶⁵ och posttjänster⁶⁶ och i Österrike beträffande järnvägsnätet,⁶⁷ produktion och distribution av energi,⁶⁸ samt spårvagns- och busstjänster.⁶⁹ I andra medlemsstater har begreppet oundärliga anläggningar börjat att utvecklas från mer allmänna principer till att

kräva att företag som har kontroll över sådana anläggningar inte oberättigat förvägrar tillgång till dessa. Före det att en ny lag trädde i kraft⁷⁰ i Danmark tillämpades detta begrepp på hamnen i Helsingör och elnätet på Själland.⁷¹ I Frankrike har begreppet tillämpats i fråga om en helikopterflygplats.⁷² I ett spanskt mål avseende tillgång till tobakslieferanser⁷³ gjordes många hänvisningar till teorin om oundärliga anläggningar såsom den utvecklats i kommissionens beslut i ärendet *Sea Containers mot Stena Sealink*.⁷⁴

Bedömning av frågorna

54. Mot denna bakgrund skall jag nu undersöka de frågor som väckts genom den nationella domstolens första fråga. Det skall noteras att trots att en av Bronners anmärkningar är att *Mediaprint* har gjort sig skyldig till en diskriminering mellan Bronner och en annan utgivare genom att vägra tillgång till sitt distributionsnät, har den nationella domstolen inte ställt någon fråga avseende detta spörsmål. Den nationella domstolens första

59 — § 6 i lag nr 16/1989 om konkurrens av den 17 juli 1989, *Defensa de la Competencia* (BOE nr 170, 18 juli 1989); mål 350/94 3C *Communications España mot Telefónica de España* (Teléfonos en Aeropuertos), beslut av Tribunal de la Defensa de la Competencia av den 1 februari 1995.

60 — § 7 i Laki kilpailunrajoituksista 27.5.1992/480.

61 — Artikel 8 i förordning nr 86-1243 av den 1 december 1986, code de commerce, *Dalloz* (éd) (1990-91), s. 523.

62 — § 2 c i lag nr 703/1977.

63 — §§ 3.4 och 2 f och 2 g i lagdekret nr 371/93.

64 — § 15 i *Telemarkkinalaki* 30.4.1997/396.

65 — §§ 9.2 och 10.1 i *Sähkömarkkinalaki* 17.3.1995/386.

66 — § 4.2 i *Postitoimintalaki* 29.10.1993/907.

67 — § 3 i *Eisenbahnbeförderungsgesetz* 1988, *BGBI.* 180/1988

68 — §§ 6 och 8 i *Elektrizitätswirtschaftsgesetz* 1975, *BGBI.* 260/1975.

69 — § 8.2 i *Kraftfahrlinienverkehrsgesetz* 1952, *BGBI.* 84/1952.

70 — Lag nr 384 av den 10 juni 1997.

71 — Konkurrencerådet Dokumentation 1996-1, s. 60.

72 — Beslut nr 96-D-51 av den 3 september 1996 av Conseil de la concurrence, *SARL Héli-Inter Assistance*, *BOCC* 8 januari 1997, s. 3.

73 — Mål 21/97 *McLanc España mot Tabacalera*, beslut av Tribunal de la Defensa de la Competencia av den 26 maj 1997.

74 — Se ovan punkt 48.

fråga syftar till att fastställa huruvida ett företag i Mediaprints ställning gör sig skyldig till missbruk om det, i avsaknad av andra omständigheter såsom avbrott i leveranser, sammankoppling av varor vid försäljning eller diskriminering mellan fristående kunder, vägrar att ge en annan tidningsutgivare tillgång till ett distributionssystem som det har inrättat för sin egen tidningsverksamhet.

55. Det framgår klart av diskussionen ovan att denna fråga aktualiserar ett allmänt spörsmål som kan uppstå i ett flertal olika sammanhang. Även om det inte skulle vara lämpligt att i förevarande mål försöka ge en uttömmande vägledning i detta spörsmål, skall jag göra ett par allmänna anmärkningar innan jag övergår mer specifikt till förevarande mål.

56. För det första är det uppenbart att rätten att välja sina handelspartners och att fritt förfoga över sin egendom är allmänt erkända principer i medlemsstaternas lagstiftningar, och som i vissa fall har grundlagsstatus. Det krävs noggrann motivering för att inkräkta på dessa rättigheter.

57. För det andra krävs det för att det i konkurrenspolitiskt hänseende skall vara berättigat att inskränka ett företags avtalsfrihet ofta en noggrann avvägning av motstridiga överväganden. På lång sikt är det i allmänhet konkurrensfrämjande och i konsumenternas intresse att tillåta ett bolag att för eget bruk behålla anläggningar som det har inrättat för

sin egen verksamhet. Om exempelvis tillgång till produktions-, inköps- eller distributionsanläggningar skulle ges alltför lätt skulle konkurrenterna sakna incitament att inrätta konkurrerande anläggningar. På så sätt skulle konkurrensen öka på kort sikt, men minska på lång sikt. Dessutom skulle ett företag i dominerande ställning vara mindre benäget att investera i effektiva anläggningar om dess konkurrenter på begäran skulle kunna dela fördelarna med dessa. Således kan endast den omständigheten, att ett företag i dominerande ställning fortsätter att ha en fördel i förhållande till konkurrenterna genom att den behåller en anläggning för eget bruk, inte berättiga ett krav på att tillgång skall ges till den.

58. För det tredje är det viktigt vid bedömningen av denna fråga att hålla i minnet att det främsta syftet med artikel 86 är att förebygga snedvridning av konkurrensen — och i synnerhet att skydda konsumenternas intressen — snarare än att skydda vissa konkurrenters ställning. Det kan därför till exempel vara otillfredsställande att i ett fall där en konkurrent begär tillgång till råvaror, för att kunna konkurrera med ett företag i dominerande ställning på en marknad i ett senare produktionsled för en slutprodukt, endast fokusera på den sistnämndes ekonomiska styrka på marknaden i det tidigare produktionsledet och dra slutsatsen att dess uppträdande att reservera åt sig själv marknaden i det senare produktionsledet automatiskt utgör missbruk. Sådant uppträdande har inte en negativ inverkan på konsumenterna såvida inte företaget i dominerande ställnings slutprodukt är tillräckligt isolerad från konkurrens för att ge det inflytande på marknaden.

59. Det skall noteras att i målet *Commercial Solvents* kom generaladvokaten Warner fram till samma slutsats som domstolen, och han bedömde även ställningen på marknaden i det senare produktionsledet på följande sätt:

”Jag anser inte att frågan huruvida marknaden för råvaror till produktionen av en särskild lösning är en relevant marknad som skall beaktas vid tillämpningen av artiklarna 85 och 86 logiskt sett kan skiljas från frågan huruvida marknaden för denna lösning är en relevant marknad. Konsumenterna är trots allt endast intresserade av slutprodukten, och det är den skada som konsumenterna antingen direkt eller indirekt åsamkas som artikel 86 åsyftar”.⁷⁵

60. Lösningen i fråga var etambutol, en medicin mot tuberkulos. Generaladvokaten ansåg att det var korrekt av kommissionen att konstatera att marknaden för etambutol kunde anses utgöra en egen marknad, eftersom etambutol användes i kombination med andra mediciner mot tuberkulos och kompletterade snarare än konkurrerade med dessa.

61. Å andra sidan står det klart att vägran att ge tillgång i vissa fall kan medföra att kon-

kurrensen elimineras eller minskar väsentligt till nackdel för konsumenterna både på kort och lång sikt. Så är fallet när tillgång till en anläggning är en förutsättning för att konkurrens skall förekomma på en angränsande marknad för varor eller tjänster som endast i ringa grad är utbytbara.

62. Vid bedömningen av sådana motstridiga intressen krävs särskild uppmärksamhet när de varor eller tjänster eller anläggningar som det begärs tillgång till utgör resultatet av betydande investeringar. Detta kan vara fallet i synnerhet vad gäller vägran att ge licens till immateriella rättigheter. När sådana ensamrättigheter beviljas för en begränsad period innebär det i sig en avvägning mellan intresset av fri konkurrens och av att stimulera forskning, utveckling och kreativitet. Det var därför motiverat av domstolen att anse att en vägran att ge licens i avsaknad av andra omständigheter inte i sig utgör missbruk.⁷⁶

63. Domen i målet *Magill*⁷⁷ kan enligt min mening förklaras av de särskilda omständigheter som förelåg i det fallet, vilka gjorde att

75 — Se s. 270.

76 — Domen i målet *Volvo*, ovan fotnot 26.

77 — Ovan fotnot 28.

pendeln vägde över till fördel för en skyldighet att ge licens. För det första var redan existerande produkter, nämligen separata, veckovis utkommande programguider för varje TV-station, otillräckliga, särskilt i jämförelse med de programguider som finns tillgängliga för tittare i andra länder. Utövändet av upphovsrätten förhindrade därför en ny produkt som var mycket efterfrågad från att komma ut på marknaden. För det andra var det svårt att motivera skyddet för upphovsrätten till TV-tablåer med att det belönade eller stimulerade kreativa ansträngningar. För det tredje utgjorde utövändet av upphovsrätten ett bestående hinder för att den nya produkten skulle komma ut på marknaden, eftersom TV-programguider har en relativt kortvarig livslängd. Det kan för övrigt noteras att det i nationella regler om immaterialrätt föreskrivs begränsningar under vissa omständigheter genom regler om obligatorisk licens.

och att göra en lämplig vinst på sin investering med hänsyn till de risker som är förknippade därmed. Jag lämnar obesvarad frågan huruvida det i vissa fall kan vara lämpligt att låta företaget behålla sitt monopol under en begränsad period.

65. Jag anser att ingripanden av detta slag, oberoende av om det ses som tillämpning av teorin om "essential facilities" eller mer traditionellt som en reaktion på en vägran att tillhandahålla varor eller tjänster, kan vara berättigade i konkurrenspolitiskt hänseende endast i fall där företaget i dominerande ställning har ett verkligt strupgrepp på den angränsande marknaden. Detta kan vara fallet när det exempelvis är omöjligt eller ytterst svårt att inrätta anläggningen på grund av fysiska, geografiska eller juridiska restriktioner eller att det inte alls är önskvärt på grund av hänsyn till allmän ordning. Det är inte tillräckligt att företaget ges en konkurrensfördel därför att det har kontroll över en anläggning.

64. Medan utövändet av immateriella rättigheter begränsar konkurrensen endast för en begränsad period, kan monopoliet på en produkt, tjänst eller anläggning hos ett företag i dominerande ställning i vissa fall leda till att konkurrensen varaktigt elimineras på en angränsande marknad. I sådana fall kan konkurrens endast uppnås genom att ett företag i dominerande ställning förmås tillhandahålla produkten eller tjänsten eller ge tillgång till anläggningen. Om så krävs anser jag dock att företaget måste ersättas helt genom att det tillåts att fördela en lämplig andel av sina investeringskostnader på tillhandahållandet,

66. Jag utesluter inte möjligheten att kostnaden för att inrätta en anläggning i sig kan utgöra ett oöverstigligt hinder för att komma in på marknaden. Detta kan vara fallet i synnerhet när inrättandet av en anläggning har skett under omständigheter utan konkurrens, till exempel genom delvis statlig finansiering. Enligt min mening skall dock kriteriet vara objektivt. Med andra ord måste det vara

ytterst svårt inte bara för det företag som begär tillgång utan även för alla andra företag att konkurrera, för att en vägran att ge tillgång skall utgöra missbruk. Om kostnaden för att inrätta anläggningen i sig utgör ett hinder för att komma in på marknaden, måste den vara sådan att den avskräcker alla omdömesgilla företag från att komma in på marknaden. I det avseendet anser jag att det är nödvändigt att beakta alla omständigheter, däribland i vilken utsträckning som företaget i dominerande ställning, med hänsyn till amorteringsnivån på investeringen och underhållskostnaderna, är tvunget att vältra över investerings- eller underhållskostnader på det pris som tas ut på den angränsande marknaden (med beaktande av att en konkurrent, som är tvungen att konkurrera på den angränsande marknaden på grund av att den har inrättat en liknande anläggning, kommer att ha höga amorteringskostnader i början, men möjligen låga underhållskostnader).

67. Enligt min mening står det klart att det i förevarande mål inte kan föreligga någon skyldighet för Mediaprint att ge Bronner tillgång till sitt rikstäckande distributionsnät. Även om Bronner själv inte kan inrätta ett sådant distributionsnät som Mediaprints finns det flera alternativa distributionssätt, även om dessa är mindre ändamålsenliga. Denna slutsats bekräftas av påståenden i själva *Der Standard*, där det anges att ”Standard’ har vuxit på ett imponerande sätt vad gäller såväl nya prenumerationer (en ökning med 15 procent) som annonsplaceringar (en ökning med 30 procent jämfört med förra

året)”.⁷⁸ Sådana påståenden tycks knappast vara förenliga med ståndpunkten att Mediaprints distributionssystem är oumbärligt för att Bronner skall kunna konkurrera på tidningsmarknaden.

68. Dessutom är det nödvändigt att styrka att den investering som krävs för att inrätta ett rikstäckande distributionssystem är sådan att den avskräcker ett utgivningsföretag, som är övertygat om att det finns en marknad för ytterligare en stor dagstidning, från att komma in på marknaden. Det kan mycket väl vara så att det är olönsamt att inrätta ett rikstäckande system för en tidning med en liten upplaga, vilket Bronner påstår. Kortsiktigt kan förluster därför förväntas på grund av att vissa investeringar krävs. Syftet med att inrätta ett konkurrerande rikstäckande distributionsnät är dock att göra det möjligt att konkurrera på samma villkor som Mediaprints tidningar och att avsevärt öka tidningens geografiska spridning och upplaga.

69. Om Bronners påstående godtogs skulle det leda gemenskapen samt nationella myndigheter och domstolar till en detaljreglering av gemenskapsmarknaderna, vilken skulle innebära fastställelse av priser och villkor för tillhandahållande inom omfattande ekonomiska områden. Ingripanden i den omfattningen skulle inte bara vara ohanterliga, utan

78 — Nummer av den 28 februari 1997, bifogat till Mediaprints yttranden.

även konkurrensbegränsande på lång sikt och skulle knappast vara förenliga med fri marknadsekonomi.

70. Jag anser därför att förevarande mål långt ifrån utgör en sådan situation där det skulle kunna vara lämpligt att ålägga ett företag i dominerande ställning en skyldighet att ge tillgång till en anläggning som det har inrättat för eget bruk.

Den andra frågan

71. Syftet med den nationella domstolens andra fråga är att fastställa huruvida ett företag i Mediaprints ställning missbrukar sin dominerande ställning genom att sammankoppla tillgången till dess tjänster för tidningsutbärning med tillhandahållandet av andra tjänster, såsom marknadsföring genom försäljningsställen och tryckning.

72. Den andra frågan har inte uttryckligen ställts endast för det fall den första frågan besvaras jakande. Jag anser dock att denna fråga endast tycks kunna uppstå om så är fallet.

73. Det stämmer att den andra frågan i princip även kan uppstå om den första frågan besvaras nekande. Även om vägran av ett företag i dominerande ställning att ge tillgång till dess distributionsnät inte i sig utgör missbruk, kan företaget dock göra sig skyldigt till missbruk om det oberättigat sammankopplar sådan tillgång med tillhandahållandet av andra tjänster och således försöker att utsträcka sin ekonomiska styrka till en angränsande marknad. Under de omständigheter som föreligger i detta mål är dock en sådan fråga rent hypotetisk. Mediaprint har vägrat att ge Bronner tillgång till sitt distributionsystem oavsett villkoren. Företaget har inte i sina affärsförbindelser med Bronner försökt att sammankoppla tillgången med tillhandahållandet av andra tjänster.

74. Syftet med den andra frågan är därför snarare att fastställa, för det fall att vägran att ge tillgång till det rikstäckande distributionsnätet utgör missbruk, huruvida Mediaprint genom att ge sådan tillgång kan kräva att Bronner köper vissa andra tjänster. Detta skulle kunna vara fallet om det exempelvis kunde visas att det var ogenomförbart att låta separata företag sköta tryckning och distribution på grund av dagstidningarnas korta tidsfrister. Med andra ord vill den nationella domstolen veta på vilka villkor som tillgång skall förordnas för den händelse att den första frågan skulle besvaras jakande.

75. Eftersom den första frågan enligt min mening skall ges ett nekande svar, uppstår inte den andra frågan.

Förslag till avgörande

76. Följaktligen anser jag att de frågor som hänskjutits av Oberlandesgericht Wien skall besvaras på följande sätt:

Att ett företag, som har en mycket betydande andel av dagstidningsmarknaden i en medlemsstat och som innehar det enda rikstäckande distributionssystemet för utbärning till prenumeranternas hem, förvägrar utgivaren av en konkurrerande dagstidning tillträde till nämnda distributionstjänst utgör inte missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EG-fördraget.