

CONCLUSION GENERALE – THESES

Cette étude était consacrée, sous l'angle de la politique de la concurrence, à l'analyse économique et juridique comparée des transactions couplées, également appelées « *tying arrangements* » en droit américain, « ventes liées » en droit communautaire ou « affaires liées » en droit suisse.

Nous ne pouvions raisonnablement mener cette analyse qu'en suivant une approche pluridisciplinaire – associant économie et droit – tout en étant conscient des difficultés que réservait la confrontation de ces deux disciplines (n. 437 ss).

I. LES FONDEMENTS

1° Du point de vue juridique (n. 28 ss), la « *transaction couplée* » est un contrat complexe – ou tout accord ou pratique produisant des effets analogues – dans lequel l'offreur impose au preneur lié, ou provoque chez celui-ci, l'acceptation de deux prestations-composantes parallèles qui, faute de convention de couplage, pourraient avoir une existence indépendante (n. 28). On appelle « bien couplant » la prestation-composante désirée par le preneur et « bien couplé » la prestation-composante supplémentaire (n. 59).

Il est possible d'opérer plusieurs *distinctions* (n. 92 ss) en relation avec ce concept : on différencie ainsi les transactions couplées hermétique et transparente (n. 96 ss), contractuelle et technologique (n. 100 ss) ainsi que celles en proportion fixe et variable (n. 105 ss). La distinction la plus utile porte sur la nature de la transaction couplée : selon que l'offreur impose, respectivement provoque l'acceptation des prestations-composantes, on a affaire à une transaction couplée au sens étroit, respectivement au sens large (n. 93 s.).

2° Du point de vue économique (n. 74 ss), la « *transaction couplée* » désigne un accord vertical par lequel l'offreur combine un bien à un ou plusieurs autres biens proposés par lui-même ou par un tiers qu'il a désigné (n. 74). Ce concept recouvre les notions économiques de *tying* et de (*mixed* et *pure*) *bundling* (n. 82). Les pratiques de *tying* et de *pure bundling* se rapprochent de la notion juridique de transaction couplée au sens étroit, la pratique de *mixed bundling*, de celle de transaction couplée au sens large (n. 80). Toutefois, plus que sa définition qui ne fait d'ailleurs pas l'unanimité parmi les économistes, ce sont surtout les différentes fonctions de la transaction couplée qui retiennent l'attention des économistes (n. 83).

3° La perception économique (n. 439 ss) de la transaction couplée a radicalement changé au cours des dernières décennies, passant d'une défiance systématique au début du XX^{ème} siècle (conception classique ; n. 441 ss) à une confiance parfois suffisante au cours des années 70 (Ecole de Chicago ; n. 445

ss). Ce n'est que depuis le début des années 90 que les travaux de l'Ecole post-Chicago ont relativisé ces points de vue extrêmes, en établissant qu'une transaction couplée pouvait effectivement porter atteinte à la concurrence, mais uniquement à des conditions restrictives (n. 455 ss).

4° Une transaction couplée peut remplir les **fonctions économiques** suivantes (n. 119 ss) :

- a) **Les fonctions traditionnelles** (n. 122 ss). Grâce à une transaction couplée, l'offreur peut étendre sa position sur le marché du bien couplé – on parle d'effet de levier (n. 123 ss) – et contrôler la qualité des biens qu'il propose (n. 179 ss).
- b) **Les fonctions révélées par la théorie économique moderne** (n. 207 ss). La transaction couplée peut également réduire les coûts de l'offreur (n. 208 ss), dissimuler le prix effectif d'un bien (n. 232 ss), réaliser, dissimuler ou simuler une discrimination par le prix (n. 280 ss), reporter le risque économique sur l'offreur ou sur le preneur (n. 344 ss) ou améliorer l'écoulement du bien couplant (n. 371 ss).

II. L'APPRÉCIATION ÉCONOMIQUE

L'appréciation des arguments avancés à l'encontre des transactions couplées parvient à des **résultats différenciés** :

5° **Les arguments dénonçant l'exploitation du preneur** (n. 468 ss) ne permettent en principe pas de fonder à eux seuls le caractère inadmissible des transactions couplées (n. 586, 588, 608, 636, 668, 679). Il en est ainsi de l'argument dénonçant la restriction de la liberté économique du preneur (n. 470 ss) et de ceux critiquant la corruption des décisions de celui-ci (n. 589 ss).

La fixation d'un prix excessif par l'offreur puissant sur le marché du bien couplant constitue une **exception**. Celle-ci ne justifie toutefois qu'un contrôle *a posteriori* des prix pratiqués par l'offreur, à moins que le marché ne fasse l'objet d'une réglementation étatique (n. 586) : seule cette situation d'exploitation du preneur permet de fonder l'inadmissibilité *a priori* d'une transaction couplée (n. 587).

6° **Les arguments dénonçant l'entrave des concurrents** (n. 680 ss) contiennent des objections plus sérieuses. Une transaction couplée peut provoquer l'éviction des concurrents actuels (n. 681 ss) ou empêcher l'entrée sur le marché des concurrents potentiels de l'offreur (n. 783 ss) : grâce à ces effets anticoncurrentiels, l'offreur peut étendre son pouvoir sur le marché du bien couplé (n. 747, 781) et augmenter les barrières à l'entrée sur les marchés des biens couplant et couplé (n. 804, 821).

7° Une transaction couplée est inadmissible (« caractérisée ») lorsque *quatre conditions cumulatives* sont réunies (n. 833 ss) :

- (i) *L'offreur impose une transaction couplée au sens étroit.*
- (ii) *L'offreur détient un pouvoir de marché important sur le marché du bien couplant.*
- (iii) *La combinaison des biens couplant et couplé entraîne une détérioration sensible et durable du marché du bien couplé.*
- (iv) *Des gains d'efficacité propres ne résultent pas de la combinaison des biens couplant et couplé.*

8° Ces **quatre conditions** appellent les commentaires suivants :

- a) *L'offreur impose une transaction couplée au sens étroit* (n. 69 ss) lorsqu'il conditionne – techniquement, économiquement ou juridiquement – l'offre du bien couplant à celle du bien couplé (n. 839).
- b) *L'offreur détient un pouvoir de marché important sur le marché du bien couplant* (840 ss). Cette condition s'apprécie en fonction des développements économiques et juridiques les plus récents (n. 842). Pour avoir affaire à une transaction couplée « caractérisée », l'offreur doit effectivement utiliser son pouvoir de marché pour contraindre le preneur à accepter la transaction couplée (n. 850). La détention d'un pouvoir de marché sur un marché secondaire uniquement ne suffit en principe pas à satisfaire la condition du pouvoir de marché important (n. 859).
- c) *La combinaison des biens couplant et couplé entraîne une détérioration sensible et durable du marché du bien couplé* (n. 860 ss). L'évaluation de cette détérioration doit se faire en appliquant un test identique à celui du contrôle des concentrations (n. 871). Il suffit qu'un risque de détérioration existe, sans que celui-ci se soit forcément concrétisé (n. 875). Dans ce contexte, la délimitation du marché du bien couplé joue un rôle primordial (n. 876). Ces deux dernières conclusions sont aussi analogues à ce qui se fait pour le contrôle des concentrations (n. 875, 877).
- d) *Des gains d'efficacité propres ne résultent pas de la combinaison des biens couplant et couplé* (n. 878 ss). L'absence de gains d'efficacité se traduit en principe par une communion d'intérêts des demandeurs libres et des preneurs liés (n. 878). Par contre, une transaction couplée provoque entre eux des conflits lorsqu'elle permet une réduction des coûts de l'offreur répercutée sur les preneurs (n. 879 ss), une réduction des coûts d'acquisition de tous les preneurs liés (n. 881 ss), ou encore la satisfaction d'un nombre accru de preneurs liés (n. 883 ss).

9° *De lege ferenda* (n. 892 ss), un droit de la concurrence devrait prévoir le régime suivant :

a) Les « *transactions couplées caractérisées* » sont *illicites* (n. 896). L'autorité compétente doit pouvoir interdire les pratiques en cours (n. 952 ss), imposer des sanctions administratives à l'offreur et/ou accorder des dommages-intérêts à un demandeur privé (n. 954 ss). Il faut néanmoins renoncer à imposer des sanctions pénales (n. 957). Les transactions couplées passées doivent être frappées d'une nullité *sui generis* : celle-ci n'affecte que la convention de couplage et la prestation-composante couplée, sans toucher à la validité de la prestation-composante couplante (n. 974 ss). Les transactions couplées envisagées sont également interdites : l'autorité doit punir sévèrement la récidive, au besoin par des sanctions pénales (n. 982).

Le régime doit prévoir une procédure à la fois civile et administrative (n. 898 ss). Le fardeau de l'allégation et de la preuve doit reposer sur la partie qui conteste la transaction couplée (n. 902 ss), à l'exception des gains d'efficience propres que l'offreur doit alléguer et rendre vraisemblables (n. 909 s.).

b) Les « *transactions couplées anticoncurrentielles isolées* » sont *illicites* (n. 911 ss) : il s'agit notamment de celles permettant la consolidation d'un cartel horizontal rigide (n. 914), la fixation d'un prix excessif pour le bien couplant (n. 915) et la réalisation d'une stratégie de prédation sur le marché du bien couplant (n. 916).

Le régime applicable à ces pratiques doit tenir compte de leurs effets anticoncurrentiels spécifiques : la simple interdiction de la combinaison des biens couplant et couplé ne suffit généralement pas à les combattre efficacement (n. 911).

c) Les « *autres transactions couplées* » – la catégorie quantitativement la plus importante – *doivent être soumises à un régime moins strict qu'une règle de raison ordinaire* (n. 917 ss, 949). La théorie de la décision nous enseigne que le régime retenu pour les « autres transactions couplées » doit éviter tout risque de condamnation erronée (n. 949) : il faut faire largement supporter le fardeau de la preuve à celui qui conteste la transaction couplée, en exigeant notamment qu'il établisse l'existence d'effets anticoncurrentiels et l'absence de gains d'efficience propres suffisants. Une telle répartition du fardeau de la preuve, combinée aux difficultés qu'a la théorie économique contemporaine d'apprécier avec certitude l'impact concurrentiel des « autres transactions couplées », favorisera en principe leur licéité (n. 949).

III. L'APPRÉCIATION JURIDIQUE

10° Le régime des « *tying arrangements* » en droit américain (n. 984 ss) est le suivant :

- a)* Il *repose* sur les sct. 1 Sherman Act, 3 Clayton Act et 5 FTC Act (n. 996 ss). Toutefois, quelle que soit la base légale appliquée, un *tying arrangement* s'apprécie selon la règle d'interdiction « *per se* modifiée » (n. 1006). Les tribunaux ont exceptionnellement recommandé l'utilisation de la *rule of reason* (n. 1009).
- b)* La règle *per se* modifiée prévoit l'*illicéité* (n. 1029 ss) d'un *tying arrangement* lorsque les quatre conditions cumulatives suivantes sont réunies : *(i)* la présence de deux biens distincts (n. 1036 ss), *(ii)* une combinaison imposée (n. 1059 ss), *(iii)* la possession d'un pouvoir important sur le marché du bien couplant qui permette de restreindre de manière appréciable la libre concurrence sur le marché du bien couplé (n. 1080 ss) et *(iv)* l'affectation d'un volume commercial non négligeable sur le marché du bien couplé (n. 1112 ss).
- c)* Les *conséquences* (n. 1146 ss) d'un *tying arrangement* illicite résultent d'une procédure engagée par une autorité administrative (n. 1148 ss) ou par un particulier (n. 1159). Le *Department of Justice* peut requérir l'imposition de sanctions pénales (n. 1150), au contraire de la *Federal Trade Commission* qui est limitée à des sanctions administratives (n. 1158). Les particuliers peuvent obtenir des dommages-intérêts triples (n. 1159). Les autorités compétentes ont également la possibilité d'accorder des remèdes en *equity*, adaptés aux effets anticoncurrentiels spécifiques du *tying arrangement* (n. 1153).
- d)* Les *résultats de cette étude* (n. 1162 ss) recommandent d'abandonner la règle *per se* modifiée et de lui préférer le régime proposé dans ce travail (n. 1162). Il faut en particulier renoncer à la condition du volume commercial non négligeable et lui substituer celle de la détérioration sensible et durable de la structure du marché du bien couplé (n. 1167a). Il convient en outre d'apprécier plus généreusement les efficacités propres d'un *tying arrangement* (n. 1166). Il faut enfin supprimer les sanctions pénales et les dommages-intérêts triples et se contenter de sanctions administratives ainsi que de dommages-intérêts simples (n. 1171 ss).

11° Le régime des « ventes liées » en droit communautaire (n. 1174 ss) est le suivant :

- a)* Il *repose* sur les art. 81 § 1 let. e et 82 let. d TCE (n. 1183 ss). Ces clauses générales laissent une grande liberté d'appréciation aux autorités communautaires, qui ont précisé leur pratique non seulement dans leurs décisions, mais également dans plusieurs règlements et communications.

- b)* Selon l'art. 81 § 1 let. e TCE, l'*illicéité* (n. 1220 ss) d'une vente liée suppose réalisées les quatre conditions cumulatives suivantes : *(i)* l'existence d'une entente entre entreprises (n. 1221 ss), *(ii)* l'affectation du commerce entre Etats membres (n. 1254 ss), *(iii)* une restriction sensible à la concurrence (n. 1270 ss) et *(iv)* l'absence d'une exemption fondée sur l'art. 81 § 3 TCE (n. 1321 ss).

Une vente liée isolée constitue une entente suffisante pour entrer dans le champ d'application matériel de l'art. 81 TCE (n. 1203). Cette disposition ne s'applique qu'à une vente liée entre deux entreprises, à l'exclusion de celle impliquant un consommateur (n. 1222).

Le REC n° 2790/1999 et les nouvelles Lignes directrices sur les restrictions verticales expriment un point de vue novateur, intégrant les principes de l'analyse économique (n. 1329 ss, 1526). Une vente liée s'apprécie en tenant prioritairement compte du pouvoir de marché de l'offreur et en prêtant une attention soutenue aux gains d'efficacité économique (n. 1337 ss). Dans le secteur automobile, le REC n° 1400/2002 reste sévère à l'égard des ventes liées (n. 1340 ss, 1527). Quant au REC n° 240/96 sur les accords de transfert de technologie, il représente le dernier vestige d'une approche formaliste dépassée et fait preuve d'une suspicion infondée envers les ventes liées (n. 1350 ss, 1528). Il est sur le point d'être abrogé et remplacé par un nouveau règlement (REC n° 772/2004) qui, à l'image des REC les plus récents, intègre les principes de l'analyse économique (n. 1360).

- c)* Selon l'art. 82 let. d TCE, l'*illicéité* (n. 1397 ss) d'une vente liée suppose réalisées les deux conditions cumulatives suivantes : *(i)* la détention par l'offreur d'une position dominante sur le marché du bien couplant (n. 1401 ss) et *(ii)* la présence d'une transaction couplée abusive (n. 1465 ss). Pour qu'une vente liée soit abusive (n. 1477 ss), il faut deux biens distincts (n. 1482), combinés dans une transaction couplée au sens étroit (n. 1489) qui entraîne un effet de levier ou verrouille le marché du bien couplé (n. 1490) et pour laquelle il n'existe pas de motifs justificatifs suffisants (n. 1492).
- d)* Le droit communautaire prévoit uniquement les *conséquences* (n. 1497 ss) d'une procédure administrative (n. 1498 ss), celles imposées à l'issue d'une procédure de droit privé relevant de la compétence des Etats-membres (n. 1522 ss). La Commission européenne et les tribunaux communautaires peuvent interdire une vente liée (n. 1500 ss), condamner l'offreur à des sanctions pécuniaires (n. 1504 ss) et exiger de lui un comportement visant à restaurer la concurrence (n. 1501). En vertu de l'art. 81 § 2 TCE, une vente liée illicite est nulle de plein droit (n. 1511 ss). Le sort d'une vente liée constituant un contrat accessoire relève du droit national si elle ne constitue pas elle-même une violation directe de l'art. 81 ou 82 TCE (n. 1516 ss).
- e)* Au vu des *résultats de cette étude* (n. 1525 ss), l'illicéité d'une vente liée devrait rarement reposer sur le seul *art. 81 § 1 let. e TCE*, à l'exception des

ententes horizontales prévoyant le recours à une vente liée (n. 1530). La vente liée d'un offreur non dominant n'entraîne en principe pas une détérioration suffisamment sensible du marché du bien couplé pour correspondre à une atteinte à la concurrence au sens de l'art. 81 TCE (n. 1530).

Dans le cadre de l'application de l'art. 82 TCE, il faut saluer la volonté – récemment exprimée – des autorités communautaires de privilégier la défense de l'efficacité économique et de l'institution de la concurrence (n. 1534). On peut toutefois regretter l'absence d'une décision sur une pratique de vente liée allant en ce sens. Une telle décision devrait accorder un rôle plus important au risque concret de la détérioration du marché du bien couplé et considérer les motifs justificatifs avec un point de vue plus magnanime que par le passé (n. 1533).

Quant aux *conséquences* d'une vente liée illicite, il convient de préciser que la nullité de plein droit prévue par l'art. 81 § 2 TCE devrait porter uniquement sur la prestation-composante couplée et sur la convention de couplage, à l'exclusion de la prestation-composante couplée (n. 1517).

12° Le régime des « affaires liées » en droit suisse (n. 1538 ss) est le suivant :

- a) Il *repose* sur l'art. 7 al. 2 let. f LCart (n. 1549 ss). Cette disposition interdit les affaires liées en tant qu'abus de position dominante. Il n'existe à ce jour pas de décision de principe décrivant avec précision la pratique des autorités helvétiques en relation avec les affaires liées (n. 1554).
- b) L'*illicéité* (n. 1565 ss) d'une affaire liée suppose réalisées, en sus de la position dominante de l'offreur sur le marché du bien couplant (n. 1576 ss), les quatre conditions cumulatives suivantes : (i) la présence de deux biens distincts (n. 1634 ss), (ii) une transaction couplée au sens étroit (n. 1637 ss), (iii) l'existence d'un effet anticoncurrentiel sur le marché du bien couplé (n. 1640 ss) et (iv) l'absence de justifications objectives (n. 1643 ss). Nonobstant l'illicéité d'une pratique de jumelage, une partie peut obtenir du Conseil fédéral une autorisation exceptionnelle fondée sur l'art. 8 LCart (n. 1646 ss).
- c) Les *conséquences* (n. 1656 ss) d'une affaire liée illicite résultent d'une procédure menée par un particulier (n. 1681 ss) ou par l'autorité administrative, la Commission de la concurrence (n. 1658 ss). Celle-ci peut interdire cette pratique (n. 1660 ss) et, suite à la révision adoptée le 20 juin 2003 par le Parlement fédéral, imposer des sanctions administratives directes (n. 1665 ss et 1672 ss). Elle peut également infliger des sanctions pénales en cas de récidive (n. 1669 ss). Le juge civil a, entre autres, la possibilité de prononcer la nullité partielle d'un contrat produisant les effets d'une affaire liée illicite (n. 1695 ss).
- d) L'analyse des affaires liées en droit suisse repose sur des fondements globalement conformes aux *résultats de cette étude* (n. 1706 ss). En

anticipant une future décision de principe, soulignons que seules une dégradation sensible et durable de la structure du marché du bien couplé et l'absence d'efficacités propres suffisantes peuvent justifier l'interdiction d'une affaire liée (n. 1709). Nous recommandons par conséquent aux autorités helvétiques de conserver la retenue adoptée jusqu'alors dans l'appréciation des affaires liées (n. 1712). Ce n'est en effet pas contre cette pratique que la fermeté des autorités cartellaires doit se manifester en premier lieu, mais plutôt contre celles qui portent incontestablement atteinte à la concurrence.

ALLGEMEINE SCHLUSSFOLGERUNGEN - THESEN

Unter dem Gesichtspunkt der Wettbewerbspolitik wurde diese Studie der ökonomischen und rechtsvergleichenden Analyse der Koppelungsgeschäfte, welche im amerikanischen Antitrust Recht auch "*Tying Arrangements*", im EG-Wettbewerbsrecht "*Koppelungsverkäufe*" oder im Schweizer Recht "*Koppelungsgeschäfte*" genannt werden, gewidmet.

Wir konnten diese Analyse nur anhand eines interdisziplinären Konzeptes - welches Wirtschaft und Recht verbindet - führen, wobei wir uns der Schwierigkeiten der Gegenüberstellung dieser beiden Disziplinen wohl bewusst waren (n. 437 ff.).

I. DIE GRUNDLAGEN

1° **Aus rechtlicher Sicht** (n. 28 ff.) ist das "*Koppelungsgeschäft*" ein zusammengesetzter Vertrag - respektiv jede andere Vereinbarung oder Verhalten mit analogen Effekten - bei dem der Anbieter dem gebundenen Abnehmer die Annahme von zwei parallelen Leistungskomponenten, die mangels einer Koppelungsvereinbarung eine unabhängige Existenz haben können, auferlegt oder verursacht (n. 28). Die vom Abnehmer gewünschte Leistungskomponente wird als "koppelndes Gut", die zusätzliche Leistungskomponente wird als "gekoppeltes Gut" bezeichnet (n. 59).

Im Zusammenhang mit diesem Konzept können mehrere *Unterscheidungen* (n. 92 ff.) vorgenommen werden: man unterscheidet so die hermetischen Koppelungsgeschäfte von den transparenten (n. 96 ff.), die vertraglichen von den technologischen (n. 100 ff.) sowie jene in fester von jenen in veränderlicher Proportion (n. 105 ff.). Die nützlichste Unterscheidung bezieht sich auf die Natur des Koppelungsgeschäftes: je nachdem, ob der Anbieter die Annahme der Koppelungskomponenten aufdrängt, oder verursacht, hat man es mit einem Koppelungsgeschäft im engeren, bzw. im weiteren Sinne zu tun (n. 93 f.).

2° **Aus ökonomischer Sicht** (n. 74 ff.) stellt das "*Koppelungsgeschäft*" eine vertikale Vereinbarung dar, durch welche der Anbieter ein Gut mit einem oder mehreren von ihm selbst oder durch einen von ihm bezeichneten Dritten vorgeschlagenen anderen Gütern kombiniert (n. 74). Dieses Konzept umfasst die wirtschaftlichen Begriffe des *Tying* und des (*mixed* und *pure*) *Bundling* (n. 82). Die *Tying*- und *pure Bundling*-Verhaltensweisen nähern sich dem Rechtsbegriff des Koppelungsgeschäftes im engeren Sinn an, während sich die *mixed Bundling*-Verhaltensweise letzteren im weiteren Sinn nähert (n. 80). Allerdings mehr als seine Definition, welche übrigens keine Einstimmigkeit unter Ökonomen genießt, sind es vor allem die verschiedenen Funktionen des Koppelungsgeschäftes, welche die Aufmerksamkeit der Wirtschaftsexperten wecken (n. 83).

3° Die ökonomische Betrachtung (n. 439 ff.) des Koppelungsgeschäftes hat sich im Laufe der letzten Jahrzehnte radikal verändert. Von einem systematischen Misstrauen anfangs des XX. Jahrhunderts (klassische Konzeption; n. 441 ff.) hat sie sich zu einem manchmal fast übertriebenen Vertrauen im Laufe der siebziger Jahre (Chicago Schule; 445 ff.) hin entwickelt. Erst seit Beginn der neunziger Jahre haben die Arbeiten der post Chicago Schule diese extremen Gesichtspunkte relativiert, indem sie die Meinung vertraten, dass ein Koppelungsgeschäft den Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigen könne, dies aber nur unter restriktiven Bedingungen (n. 455 ff.).

4° Ein Koppelungsgeschäft kann folgende **ökonomische Funktionen** (n. 119 ff.) ausüben:

a) Die traditionellen Funktionen (n. 122 ff.). Dank eines Koppelungsgeschäftes kann der Anbieter seine Position auf den Markt des gekoppelten Gutes ausdehnen – in diesem Zusammenhang wird von einer Hebelwirkung (n. 123 ff.) gesprochen - und er kann die Qualität der von ihm angebotenen Güter kontrollieren (n. 179 ff.).

b) Die von der modernen ökonomischen Theorie aufgedeckten Funktionen (n. 207 ff.). Das Koppelungsgeschäft kann zudem die Kosten des Anbieters reduzieren (n. 208 ff.), den effektiven Preis des Gutes verschleiern (n. 232 ff.), eine Diskriminierung durch den Preis verwirklichen, verschleiern oder simulieren (n. 280 ff.), das wirtschaftliche Risiko auf den Anbieter oder auf den Abnehmer übertragen (n. 344 ff.) oder den Absatz des koppelnden Gutes fördern (n. 371 ff.).

II. DIE ÖKONOMISCHE BEURTEILUNG

Die Beurteilung der den Koppelungsgeschäften entgegengebrachten Argumente führen zu **differenzierten Ergebnissen**:

5° Die Argumente, welche die Ausnutzung des Abnehmers anprangern (n. 468 ff.), reichen alleine im Prinzip nicht aus, um den unzulässigen Charakter des Koppelungsgeschäftes zu begründen (n. 586, 588, 608, 636, 668, 679). Dem ist so für das Argument, das die Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des Abnehmers (n. 470 ff.) darlegt sowie für jenes, welches die Entscheidungsbestechung desselben kritisiert (n. 589 ff.).

Die Festsetzung eines exzessiven Preises durch den auf dem Markt des koppelnden Gutes mächtigen Anbieter stellt eine **Ausnahme** dar. Diese rechtfertigt allerdings nur eine *a posteriori* Kontrolle der vom Anbieter festgesetzten Preise, es sei denn, der Markt sei Gegenstand einer staatlichen Regulierung (n. 586): nur eine solche Ausnutzungslage des Abnehmers kann die *a priori* Unzulässigkeit eines Koppelungsgeschäftes begründen (n. 587).

6° Die Argumente, welche eine Konkurrentenbeeinträchtigung anprangern (n. 680 ff.), zeigen ernsthaftere Einwände. Ein Koppelungsgeschäft kann den Ausschluss der aktuellen Konkurrenten bewirken (n. 681 ff.) oder den Eintritt auf den Markt der potentiellen Konkurrenten des Anbieters verhindern (n. 783 ff.): aufgrund dieser wettbewerbswidrigen Wirkungen kann der Anbieter seine Macht auf den Markt des gekoppelten Gutes ausdehnen (n. 747, 781) und die Zutrittsschranken auf dem Markt des koppelnden Gutes und/oder des gekoppelten Gutes erhöhen (n. 804, 821).

7° Ein Koppelungsgeschäft ist unzulässig („hart“), wenn vier kumulative Bedingungen erfüllt sind (n. 883 ff.):

- (i) *Der Anbieter drängt ein Koppelungsgeschäft im engeren Sinne auf.*
- (ii) *Der Anbieter besitzt eine bedeutende Marktmacht auf dem Markt des koppelnden Gutes.*
- (iii) *Die Kombination des koppelnden und des gekoppelten Gutes bewirkt eine spürbare und dauerhafte Verschlechterung der Struktur des Marktes für das gekoppelte Gut.*
- (iv) *Die eigenen Effizienzgewinne ergeben sich nicht aus der Kombination des koppelnden und gekoppelten Gutes.*

8° Diese vier Bedingungen bedürfen folgender Kommentare:

- a) **Der Anbieter drängt ein Koppelungsgeschäft im engeren Sinne auf** (n. 69 ff.), wenn er das Angebot eines koppelnden Gutes - technisch, wirtschaftlich oder juristisch – von der Annahme des gekoppelten Gutes abhängig macht (n. 839).
- b) **Der Anbieter besitzt eine bedeutende Marktmacht auf dem Markt des koppelnden Gutes** (n. 840 ff.). Diese Bedingung wird gemäß den neuesten wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen beurteilt (n. 842). Um es mit einem "harten" Koppelungsgeschäft zu tun zu haben, muss der Anbieter seine Marktmacht tatsächlich ausnutzen, um den Abnehmer dazu zu bringen, das Koppelungsgeschäft zu akzeptieren (n. 850). Das Vorhandensein einer Marktmacht auf einem sekundären Markt alleine reicht im Prinzip nicht aus, um die Bedingung der bedeutenden Marktmacht zu erfüllen (n. 859).
- c) **Die Kombination des koppelnden und des gekoppelten Gutes bewirkt eine spürbare und dauerhafte Verschlechterung der Struktur des Marktes für das gekoppelte Gut** (n. 860 ff.). Die Beurteilung dieser Beeinträchtigung muss anhand eines Tests erfolgen, welcher analog jener der Zusammenschlusskontrolle ist (n. 871). Es genügt, dass ein Beeinträchtigungsrisiko besteht, ohne dass dieses sich effektiv verwirklicht hat (n. 875). In diesem Zusammenhang spielt die Abgrenzung des Marktes des gekoppelten Gutes eine wesentliche Rolle (n. 876). Diese Prüfung entspricht auch dem, was im Zusammenhang mit der Zusammenschlusskontrolle gemacht wird (n. 875, 877).

d) **Die eigenen Effizienzgewinne ergeben sich nicht aus der Kombination des koppelnden und gekoppelten Gutes** (n. 878 ff.). Das Fehlen eines Effizienzgewinnes äussert sich im Prinzip im Interesseneinklang der freien Abnehmer einerseits und der gebundenen Abnehmer andererseits (n. 878). Dagegen verursacht ein Koppelungsgeschäft zwischen ihnen dann Konflikte, wenn der Anbieter die Möglichkeit hat, eine auf die gebundenen Abnehmer abgewälzte Senkung seiner Kosten zu erzeugen (n. 879 ff.), eine Senkung der Erwerbskosten aller gebundenen Abnehmer zu erzeugen (n. 881 ff.) oder die Zufriedenheit einer grösseren Anzahl gebundener Abnehmer zu bewirken (n. 883 ff.).

9° **De lege ferenda** (n. 892 ff.) sollte ein Wettbewerbsrecht folgende Regelung vorsehen:

a) **"Harte Koppelungsgeschäfte" sind unzulässig** (n. 896). Die zuständige Behörde muss in der Lage sein, die laufenden Praktiken zu verbieten (n. 952 ff.), dem Anbieter Verwaltungssanktionen aufzuerlegen und/oder einem privaten Kläger einen Schadenersatz zu gewähren (n. 954 ff.). Auf Strafsanktionen sollte hingegen verzichtet werden (n. 957). Die bereits getätigten Koppelungsgeschäfte unterliegen einer Nichtigkeit *sui generis*, welche sich nur auf die Koppelungsvereinbarung und die gekoppelte Leistungskomponente bezieht, ohne die koppelnde Leistungskomponente zu berühren (n. 974 ff.). Vorgesehene Koppelungsgeschäfte sind ebenfalls verboten: die Behörde soll den Wiederholungsfall streng bestrafen, je nachdem sogar durch Strafsanktionen (n. 982).

Die Regelungen sollen sowohl ein zivilrechtliches als auch ein verwaltungsrechtliches Verfahren vorsehen (n. 898 ff.). Die Tatsachen- und Beweislast soll jene Partei tragen, welche das Koppelungsgeschäft bestreitet (n. 902 ff.), vorbehalten bleiben Effizienzgewinne, die der Anbieter vorzuweisen und plausibel zu machen hat (n. 909 f.).

b) **"Isolierte wettbewerbswidrige Koppelungsgeschäfte" sind unzulässig** (n. 911 ff.): es handelt sich insbesondere um jene Geschäfte, die die Konsolidierung eines horizontalen (harten) Kartells (n. 914), die Festsetzung eines exzessiven Preises für das koppelnde Gut (n. 915) und die Verwirklichung einer missbräuchlichen Preispolitik (*Predatory Pricing*) auf dem Markt des koppelnden Gutes erlauben (n. 916).

Die Regelungen, die auf diese Praktiken anwendbar sind, sollen ihre spezifischen wettbewerbswidrigen Wirkungen berücksichtigen: das Verbot der Kombination des koppelnden und gekoppelten Gutes alleine reicht im Allgemeinen nicht aus, um letztere wirksam zu bekämpfen (n. 911).

c) **Die „übrigen Koppelungsgeschäfte“** – die quantitativ bedeutendste Kategorie – sollen einer *weniger strengen Regelung als der gewöhnlichen Rule of Reason unterstellt werden* (n. 917 ff., 949). Die Entscheidungstheorie

(*Decision Theory*) lehrt uns, dass die Regelung, die für die „übrigen Koppelungsgeschäften“ gelten sollte, jegliches Risiko eines Fehlurteils vermeiden soll (n. 949): die Beweislast soll jenem auferlegt werden, der das Koppelungsgeschäft bestreitet, indem man ihn insbesondere auffordert, die Existenz wettbewerbswidriger Wirkungen und das Fehlen von ausreichenden eigenen Effizienzgewinnen aufzuzeigen. Eine solche Beweislastverteilung und die Schwierigkeit, die die heutige ökonomische Theorie hat, die wettbewerbsrechtlichen Effekte der „übrigen Koppelungsgeschäfte“ mit Sicherheit abzuwägen, wird im Prinzip ihre Wettbewerbszulässigkeit begünstigen (n. 949).

III. DIE RECHTLICHE BEURTEILUNG

10° Gemäss Amerikanischem Recht gilt bezüglich der „*Tying Arrangements*“ folgende Regelung (n. 984 ff.):

- a) Sie *beruht* auf den Sect. 1 Sherman Act, 3 Clayton Act und 5 FTC Act (n. 996 ff.). Ungeachtet der angewendeten rechtlichen Grundlage wird allerdings ein *Tying Arrangement* nach der *modified per se* Verbotsregel beurteilt (n. 1006). Die Gerichte haben ausnahmsweise die *Rule of Reason* angewandt (n. 1009).
- b) Die *modified per se* Regel sieht die *Unzulässigkeit* (n. 1029 ff.) eines *Tying Arrangements* dann vor, wenn die vier folgenden kumulativen Bedingungen erfüllt sind: (i) das Vorhandensein von zwei verschiedenen Gütern (n. 1036 ff.), (ii) der vom Kauf eines weiteren Gutes bedingte Verkauf eines Gutes (n. 1059 ff.), (iii) der Besitz einer bedeutenden Marktmacht auf dem Markt des koppelnden Gutes, welche es erlaubt, den freien Wettbewerb auf dem Markt des gekoppelten Gutes beträchtlich einzuschränken (n. 1080 ff.) und (iv) die Beeinträchtigung eines nicht unerheblichen Handelsvolumens auf dem Markt des gekoppelten Gutes (n. 1112 ff.).
- c) Die *Auswirkungen* (n. 1146 ff.) eines unzulässigen *Tying Arrangements* ergeben sich aus einem Verfahren, das durch eine Verwaltungsbehörde (n. 1148 ff.) oder von einer Privatperson eingeleitet wird (n. 1159). Das *Department of Justice* kann, im Gegensatz zum *Federal Trade Commission*, das auf das Verhängen von Verwaltungsanktionen beschränkt ist (n. 1158), die Auferlegung von Strafsanktionen beschliessen (n. 1150). Privatpersonen können dreifachen Schadenersatz erhalten (n. 1159). Die zuständigen Behörden haben zusätzlich die Möglichkeit, *Remedies in Equity* zu gewähren, die den spezifischen wettbewerbswidrigen Auswirkungen des *Tying Arrangements* angepasst sind (n. 1153).
- d) Als *Schlussfolgerungen dieser Studie* (n. 1162 ff.) ist zu empfehlen, die *modified per se* Regel zu Gunsten der in dieser Arbeit vorgestellten Regelung aufzugeben (n. 1162). Insbesondere soll auf die Bedingung des nicht unerheblichen Handelsvolumens verzichtet werden und diese durch jene der spürbaren und dauerhaften Verschlechterung der Struktur des Marktes für das

gekoppelte Gut zu ersetzen (n. 1167a). Es empfiehlt sich ausserdem, die eigene Effizienz eines *Tying Arrangements* freiebig abzuwägen (n. 1166). Schliesslich sollen sowohl die Strafsanktionen als auch der dreifache Schadenersatz zugunsten von Verwaltungssanktionen und einfachem Schadenersatz abgeschafft werden (n. 1171 ff.).

11° Nach dem EG-Recht gilt bezüglich den „Koppelungsverkäufen“ folgende Regelung (n. 1174 ff.):

- a)* Sie **beruht** auf den Art. 81 § 1 lit. e und 82 lit. d EGV (n. 1183 ff.). Diese allgemeinen Klauseln lassen den EG-Behörden große Ermessensfreiheit. Die Behörden haben ihre Praxis nicht nur in ihren Entscheidungen, sondern ebenfalls in mehreren Verordnungen und Mitteilungen erläutert.
- b)* Gemäss Art. 81 § 1 lit. e EGV sind Koppelungsverkäufe dann **unzulässig** (n. 1220 ff.), wenn die vier folgenden kumulativen Bedingungen erfüllt sind: *(i)* die Existenz einer Vereinbarung zwischen Unternehmen (n. 1221 ff.), *(ii)* die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten (n. 1254 ff.), *(iii)* eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs (n. 1270 ff.) und *(iv)* das Fehlen einer auf Art. 81 § 3 EVG beruhenden Freistellung (n. 1321 ff.).

Ein isolierter Koppelungsverkauf stellt eine ausreichende Vereinbarung dar, um dem materiellen Anwendungsbereich von Art. 81 EGV anzugehören (n. 1203). Diese Bestimmung findet einzig auf einen Koppelungsverkauf zwischen zwei Unternehmen Anwendung, unter Ausschluss desjenigen, welches einen Verbraucher hinzuzieht (n. 1222).

Die GVO n° 2790/1999 und die neuen Leitlinien über vertikale Beschränkungen stellen einen innovativen Ansatzpunkt dar, der die Grundsätze der ökonomischen Analyse integriert (n. 1329 ff., 1526). Ein Koppelungsverkauf wird vorrangig anhand der Marktmacht des Anbieters beurteilt, wobei dem wirtschaftlichen Effizienzgewinn grössere Aufmerksamkeit geschenkt wird (n. 1337 ff.). Im Automobilsektor geht die GVO n° 1400/2002 hinsichtlich den Koppelungsverkäufen streng vor (n. 1340 ff., 1527). Was die GVO n° 240/96 für die Technologietransfervereinbarungen betrifft, stellt jene das letzte Relikt eines überholten formalistischen Konzeptes dar, welches sich als unbegründet verdächtig in Bezug auf Koppelungsverkäufe erweist (n. 1350 ff., 1528). Dieses soll abgeschafft werden und durch eine neue Verordnung ersetzt werden, die dem Bild der neueren GVO (GVO n° 772/2004) entsprechend die Grundsätze der ökonomischen Analyse integriert (n. 1360).

- c)* Gemäss Artikel 82 lit. d EGV ist ein Koppelungsverkauf dann **unzulässig** (n. 1397 ff.), wenn die zwei folgenden kumulativen Bedingungen erfüllt sind: *(i)* Eine marktbeherrschende Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Gutes (n. 1401 ff.) und *(ii)* das Vorhandensein eines missbräuchlichen Koppelungsgeschäfts (n. 1465 ff.). Die Missbräuchlichkeit

eines Koppelungsverkaufes (n. 1477 ff.) bedarf zweier verschiedener in einem Koppelungsgeschäft im engeren Sinne kombinierter Güter (n. 1482, 1489), welches eine Hebelwirkung auslöst oder den Markt des gekoppelten Gutes abschottet (n. 1490) wofür keine ausreichenden ökonomischen Rechtfertigungsgründe bestehen (n. 1492).

- d) Im EG-Recht sind einzig **Auswirkungen** (n. 14971 ff.) eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens vorgesehen; die Auswirkungen eines Zivilrechtsverfahrens liegen im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten vor (n. 1522 ff.). Die europäische Kommission und die europäischen Gerichtshöfe können Koppelungsverkäufe verbieten (n. 1500 ff.), den Anbieter zu finanziellen Sanktionen verurteilen (n. 1504 ff.) und von ihm ein Verhalten verlangen, das darauf abzielt, den Wettbewerb wiederherzustellen (n. 1501). Gemäss Art. 81 § 2 EGV ist ein Koppelungsverkauf nichtig (n. 1511 ff.). Das Schicksal eines Koppelungsverkaufs, der einen Folgevertrag darstellt, ergibt sich aus dem nationalen Recht, sofern es keine direkte Verletzung von Art. 81 oder 82 EGV darstellt (n. 1516 ff.).
- e) Angesichts **der Schlussfolgerungen dieser Studie** (n. 1525 ff.) sollte die Unzulässigkeit eines Koppelungsverkaufs selten einzig auf *Art. 81 Abs. 1 lit. e EGV* beruhen, vorbehalten bleiben Horizontlabsprachen, welche die Anwendung von Koppelungsverkäufen vorsehen (n. 1530). Der Koppelungsverkauf eines nicht marktbeherrschenden Anbieters verursacht im Allgemeinen keine ausreichend spürbare Verschlechterung der Struktur des Markts für das gekoppelte Gut, um einer Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 81 EGV zu entsprechen (n. 1530).

Im Rahmen der Anwendung von *Art. 82 EGV* muss das Ansinnen der EG-Behörden begrüsst werden, die Verteidigung der ökonomischen Effizienz und der Institution des Wettbewerbs zu bevorzugen (n. 1534). Allerdings muss das Fehlen einer Entscheidung bezüglich Koppelungsverkäufen in diese Richtung bedauert werden. Eine solche Entscheidung sollte dem konkreten Risiko einer Verschlechterung des Marktes des gekoppelten Gutes eine wichtigere Rolle zumessen und die rechtfertigenden Gründe aus einer grossmütigeren Sicht als bisher in Betracht ziehen (n. 1533).

Was die **Auswirkungen** eines unzulässigen Koppelungsverkaufes betrifft, empfiehlt es sich zu präzisieren, dass die von Art. 81 § 2 EGV vorgesehene Nichtigkeit sich nur auf die gekoppelte Leistungskomponente und auf die Koppelungsvereinbarung beziehen sollte, nicht jedoch auf die koppelnde Leistungskomponente (n. 1517).

12° Gemäss schweizerischen Recht gilt für "Koppelungsgeschäfte" folgende Regelung (n. 1538 ff.):

- a) Sie **beruht** auf Art. 7 Abs. 2 lit. f KG (n. 1549 ff.). Diese Bestimmung untersagt qualifizierte Koppelungsgeschäfte als unzulässige Verhaltensweise

marktbeherrschender Unternehmen. Es existiert bis zum heutigen Tag keine Grundsatzentscheidung, die mit Genauigkeit die Praxis der schweizerischen Behörden bezüglich Koppelungsgeschäfte darstellt (n. 1554).

- b)** Damit ein Koppelungsgeschäft als **unzulässig** (n. 1565 ff.) erklärt wird, müssen zusätzlich zur marktbeherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Gutes (n. 1576 ff.), die vier folgenden kumulativen Bedingungen erfüllt sein: *(i)* die Anwesenheit von zwei verschiedenen Gütern (n. 1634 ff.), *(ii)* ein Koppelungsgeschäft im engeren Sinne (n. 1637 ff.), *(iii)* die Existenz eines wettbewerbswidrigen Effektes auf dem Markt des gekoppelten Gutes (n. 1640 ff.) und *(iv)* das Fehlen von objektiven Rechtfertigungsgründen (n. 1643 ff.). Ungeachtet des unzulässigen Charakters eines Koppelungsgeschäftes kann eine Partei eine auf Art. 8 KG gestützte ausserordentliche Zulassung durch den Bundesrat erhalten (n. 1646 ff.).
- c)** Die **Auswirkungen** (n. 1656 ff.) eines unzulässigen Koppelungsgeschäftes zeitigen sich aus einem von einer Privatperson eingeleiteten und vor einem Zivilrichter geführten Verfahren (n. 1681 ff.) oder aber durch eine Verwaltungsbehörde, in diesem Falle der Wettbewerbskommission eingeleiteten und geführten Verfahren (n. 1658 ff.). Die Weko kann diese Praxis untersagen (n. 1660 ff.) und aufgrund der Gesetzesrevision, die am 20. Juni 2003 durch das Bundesparlament angenommen worden ist, neu auch direkte Verwaltungsanktionen verhängen (n. 1665 ff., 1672 ff.). Im Wiederholungsfall kann die Weko auch Strafsanktionen aussprechen (n. 1669 ff.). Der Zivilrichter hat unter anderem die Möglichkeit, die partielle Nichtigkeit eines Vertrags auszusprechen, der dieselben Wirkungen eines unzulässigen Koppelungsgeschäftes zeitigt (n. 1695 ff.).
- d)** Die Analyse der Koppelungsgeschäfte nach Schweizer Recht beruht auf Grundlagen, die prinzipiell analog den **Schlussfolgerungen dieser Studie** sind (n. 1706 ff.). Indem man eine künftige Grundsatzentscheidung vorwegnimmt, ist zu unterstreichen, dass einzig eine spürbare und dauerhafte Verschlechterung der Struktur des Marktes für das gekoppelte Gut und das Fehlen von ausreichenden eigenen Effizienzgewinnen die Untersagung eines Koppelungsgeschäftes rechtfertigen können (n. 1712.). Wir empfehlen folglich den schweizerischen Behörden, die bis anhin praktizierte Zurückhaltung in der Beurteilung von Koppelungsgeschäften beizubehalten (n. 1712). Es ist in der Tat nicht in erster Linie gegen solche Praktiken einzuschreiten; die Kartellrechtsbehörden sollten vielmehr mit grosser Strenge gegen diejenigen vorgehen, die unbestrittenermassen den Wettbewerb einschränken.

GENERAL CONCLUSION - THESES

This study addressed the economic and comparative legal analysis of tie-ins (or tying arrangements), with a specific focus on competition policy. Tie-ins are called “tying arrangements” under U.S. antitrust law, “tied selling” (*ventes liées*) under EC competition law and “*affaires liées*” under Swiss competition law.

This assessment reasonably could only be made pursuant to an interdisciplinary approach – combining economics and law – notwithstanding the difficulties that could arise from the comparison of these two disciplines (n. 437 ff).

I. THE BASICS

1° From a legal perspective (n. 28 ff), a “*tie-in*” is a complex contract (network contract) – or any agreement or practice producing similar effects – according to which the seller forces or otherwise causes the buyer to accept two parallel component performances, which, in the absence of a tying agreement, could have been acquired independently (n. 28). The ‘component performance’ desired by the buyer is called the “tying good”, whereas the other is deemed the “tied good” (n. 59).

It is possible to rely on several *distinctions* (n. 92 ff) in connection with the concept: thus, one can differentiate between opaque and transparent tie-ins (n. 96 ff), contractual and technological tie-ins (n. 100 ff) and tie-ins in fixed and in variable proportions (n. 105 ff). The most useful distinction turns on the nature of the tie-in: whether the tying arrangement is achieved by force or by encouragement, one distinguishes a tie-in in the narrow or broad sense, respectively (n. 93 f.).

2° From an economic perspective (n. 74 ff), the “*tie-in*” is a vertical agreement by which the seller combines a good with one or more other goods offered by the seller or a third person designated by the seller (n. 74). This concept contains the economic elements of *tying* and (*mixed* and *pure*) *bundling* (n. 82). The practices of *tying* and *pure bundling* align with the legal concept of tie-ins in the narrow sense, whereas the practice of *mixed bundling* aligns with the legal concept of tie-ins in the broad sense (n. 80). However, economists focus on the different functions of a tie-in, rather than its definition, given that there is no general agreement among economists as to the latter (n. 83).

3° The economic perception (n. 439 ff) of a tie-in has radically changed over the course of the last decades, from a systematic distrust at the beginning of the 20th Century (Classical School; n. 441 ff) to a sometimes exaggerated confidence during the seventies (Chicago School; n. 445 ff). It is only since the beginning of the nineties that the contributions of the Post-Chicago School have put these

extreme positions into perspective by establishing that a tie-in effectively can restrain competition, but only if certain conditions are satisfied (n. 455 ff).

4° A tie-in may fulfill the following **economic functions**:

- a) *The traditional functions* (n. 122 ff). Pursuant to a tie-in, the seller may extend his position on the tied market – the so-called leverage effect (n. 123 ff) – or control the quality of the goods he is selling (n. 179 ss).
- b) *The functions revealed by modern economic theory* (n. 207 ff). A tie-in can also reduce the costs to the seller (n. 208 ff), conceal the real price of a good (n. 232 ff), allow, conceal or simulate price discrimination (n. 280 ff), transfer the economic risk to the seller or to the buyer (n. 344 ff) or improve the distribution of the tying good (n. 371 ff).

II. THE ECONOMIC ASSESSMENT

An assessment of the arguments against tie-ins reaches **differentiated results**:

5° **Arguments against exploitation of the buyer** (n. 468 ff) do not in and of themselves justify a prohibition of tie-ins (n. 586, 588, 608, 636, 668, 679). It is the case for the argument against the restriction of the buyer's economic freedom (n. 470 ff) and the argument criticizing the distortion of the buyer's decisions (n. 589 ff).

The setting of an excessive price by a seller with market power on the tying market constitutes an **exception**. Yet, it only justifies an *a posteriori* control of the price set by the seller, unless the tying market is regulated (n. 586): and only in this case will the exploitation of the buyer trigger the *a priori* inadmissibility of a tie-in (n. 587).

6° **The arguments against the foreclosure of competitors** (n. 680 ff) contain more serious objections. A tie-in can cause the elimination of actual competitors (n. 681 ff) or prevent the market entry of potential competitors (n. 783 ff): based on these anticompetitive effects, the seller can extend its market power on the tied market (n. 747, 781) and increase barriers to entry on the tying or the tied markets (n. 804, 821).

7° **A tie-in is inadmissible (“hard core”) when four cumulative conditions are met** (n. 833 ff):

- (i) *The seller imposes a tie-in in the narrow sense.*
- (ii) *The seller holds substantial market power on the tying market.*
- (iii) *The combination of the tying and the tied goods leads to an appreciable and durable deterioration of the tied market.*
- (iv) *Specific efficiency gains do not result from the combination of the tying and the tied goods.*

8° The following should be noted with respect to these **four conditions**:

- a) **The seller imposes a tie-in in the narrow sense** (n. 69 ff) when the seller conditions – technically, economically or contractually – the selling of the tying good to the acceptance of the tied good (n. 839).
- b) **The seller holds substantial market power on the tying good market** (n. 840 ff). This condition should be assessed according to the latest economic and legal developments (n. 842). In order to have a “hard-core” tie-in, the seller effectively must employ its market power to coerce the buyer to accept the tie-in (n. 850). Having market power only on a secondary market is, in principle, insufficient to satisfy the condition of substantial market power (n. 859).
- c) **The combination of the tying and the tied goods leads to an appreciable and durable deterioration of the tied market** (n. 860 ff). This deterioration should be assessed by applying the test used in the merger control field (n. 871). It is sufficient that there is a risk of deterioration; this risk does not have to materialize (n. 875). Determination of the tied market plays an essential role for the assessment of this condition (n. 876). The two last assertions also correspond to what is done in the merger control test (n. 875, 877).
- d) **Specific efficiency gains do not result from the combination of the tying and the tied goods** (n. 878 ff). In general, the absence of efficiency gains corresponds to a unity of interests as between the free and the tied buyers of the tied good (n. 878). In contrast, a tie-in causes conflicts between these two groups when it allows: the seller a reduction in costs which is passed on to the tied buyers (n. 879 ff), a reduction of the acquisition costs for all tied buyers (n. 881 ff) or when it satisfies a larger number of tied buyers (n. 883 ff).

9° *De lege ferenda* (n. 892 ff), an antitrust law regime should provide for the following system:

- a) **“Hard core” tie-ins are prohibited** (n. 896). The competent authority should be authorized to: forbid ongoing practices (n. 952 ff), impose administrative sanctions on the seller and/or grant damages to private plaintiffs (n. 954 ff). The use of criminal sanctions should be rejected, however (n. 957). Past “hard core” tie-ins should be voided in a *sui generis* manner, to affect only the tying agreement and the tied good, without influencing the validity of the tying good (n. 974 ff). Contemplated “hard core” tie-ins are also forbidden: the competent authority should punish the seller severely in the event of a subsequent offence, if necessary with criminal sanctions (n. 982).

The system must provide for both civil and administrative procedures (n. 898 ff). The party challenging the validity of the tie-in must bear the burden of proof (n. 902 ff), except for specific efficiency gains that the seller should allege and demonstrate possible (n. 909 f.).

- b) “*Isolated anticompetitive tie-ins*” are prohibited (n. 911 ff). This category encompasses, *inter alia*, tie-ins that: provide for the consolidation of a hardcore horizontal cartel (n. 914), enable the setting of an excessive price for the tying good (n. 915), and facilitate predatory pricing on the tying market (n. 916).

The regulatory system applicable to these practices must take into account their specific anticompetitive effects: as a rule, the mere prohibition of the combination of the tying and tied goods is insufficient to combat these practices successfully (n. 911).

- c) “*Oher tie-ins*” – the largest category – *must be subject to a less strict standard than the ordinary rule of reason* (n. 917 ff, 949). Decision theory shows us that the standard used for “other tie-ins” must avoid the risk of an erroneous conviction (n. 949): the burden of proof should be borne by the party contesting the tie-in’s validity, such that the plaintiff should establish the presence of anticompetitive effects and the lack of sufficient, specific efficiency gains. Such an approach to the burden of proof – combined with the difficulties that current economic theory has in evaluating the competitive impact of “other tie-ins” with certainty – will favor their legal admissibility (n. 949).

III. THE LEGAL ASSESSMENT

10° The test for the admissibility of *tying arrangements* under American law (n. 984 ff) is as follows:

- a) It is *based* on §1 Sherman Act, §3 Clayton Act and §5 FTC Act (n. 996 ff). Nevertheless, no matter the applicable legal basis applies, a tying arrangement is analyzed under a single substantive test, the so-called “modified *per se*” standard (n. 1006). Exceptionally, courts have recommended the use of the rule of reason standard, notably in the *Microsoft III* case (n. 1009).
- b) According to the modified *per se* rule, a tying arrangement is *prohibited* (n. 1029 ff) when the following four cumulative conditions are satisfied: (i) the existence of two distinct goods (n. 1036 ff), (ii) the purchase of the tying good must be conditioned upon the purchase of the tied good (n. 1059 ff), (iii) the seller must have substantial economic power over the tying market so that he can noticeably restrain competition on the tied market (n. 1080 ff) and (iv) the tying arrangement must affect a not insubstantial amount of interstate commerce in the tied product market (n. 1112 ff).
- c) The *consequences* (n. 1146 ff) of an illegal tying arrangement can result from a proceeding initiated by an administrative authority (n. 1148 ff) or by a private person (n. 1159). The Department of Justice can call for criminal sanctions (n. 1150), whereas the Federal Trade Commission only can impose

administrative sanctions (n. 1158). Private claimants can obtain treble damages (n. 1159). The competent authority may also grant remedies in equity, tailored to combat the specific anticompetitive effects of a tying arrangement (n. 1153).

- d)* The **results of this study** (n. 1162 ff) recommend that the modified *per se* rule be abandoned in lieu of a new regime proposed in this study (n. 1162). In particular, the condition that there be an effect on a not insubstantial amount of commerce in the tied market should be abandoned in favor of a condition requiring an appreciable and durable deterioration of the tied market (n. 1167a). In addition, specific efficiencies of a tying arrangement should be recognized more prominently (n. 1166). Finally, criminal sanctions and treble damages should be abolished and administrative sanctions and simple damages made available (n. 1171 ff).

11° The tied selling regime (*ventes liées*) under EC competition law (n. 1174 ff) is as follows:

- a)* It is **based** on art. 81 § 1 lit. e and art. 82 lit. d EC Treaty (n. 1183 ff). These general clauses grant a large freedom of action to the EC authorities, who have clarified their practice not only in their decisions but also in many regulations and notices.
- b)* According to art. 81 §1 lit. e EC Treaty, tied selling is **prohibited** (n. 1220 ff) when the four following cumulative conditions are satisfied: *(i)* an agreement between undertakings exists (n. 1121 ff), *(ii)* there is an effect on trade between Member States (n. 1254 ff), *(iii)* a restriction of competition (n. 1270 ff) and *(iv)* the absence of an exemption based on art. 81 § 3 TCE (n. 1321 ff).

An isolated tied selling event constitutes an agreement that falls into the material scope of application of art. 81 EC Treaty (n. 1203). This provision applies only to a tie-in between two undertakings, to the exclusion of a tied selling involving an end-consumer (n. 1222).

The Block Exemption Regulation n° 2790/1999 and the new Guidelines on Vertical Restraints provide an innovative point of view that integrates the principles derived from the economic analysis (n. 1329 ff, 1526). In assessing tied sales, one should focus first and foremost on the seller's market power and, next, should pay sustained attention to the economic efficiency gains (n. 1337 ff). In the automobile sector, the Block Exemption Regulation n° 1400/2002 remains very severe with respect to tied sales (n. 1340 ff, 1527). The Block Exemption Regulation n° 240/96, which applies to categories of technology transfer agreements, represents the last remnant of an out-dated formalist approach to, and reflects an unfounded suspicion of, tied sales (n. 1350 ff, 1528). This regulation is about to be repealed and replaced by a new Regulation (REC n° 772/2004) which, following the most recent Block

Exemption Regulations, integrates the principles of the economic analysis (n. 1360).

- c) According to art. 82 lit. d EC Treaty, tied sales are **prohibited** (n. 1397 ff) when the following two cumulative conditions are satisfied: (i) the seller must have a dominant position on the tying market (n. 1401 ff) and (ii) the tied sale must be “abusive” (n. 1465 ff). In order for a tied sale to be abusive (n. 1477 ff), there must be two separate goods (n. 1482 ff) that are combined in a tying arrangement in the narrow sense (n. 1489), that generate a leverage effect or foreclose the tied market (n. 1490) and for which there are insufficient countervailing business justifications (n. 1492).
- d) EC Law provides only for the **consequences** (n. 1497 ff) of an administrative proceeding (n. 1498 ff), whereas the Member States are competent for the consequences related to a civil proceeding (n. 1522 ff). The EC Commission and the European courts may forbid a tied sale (n. 1500 ff), impose pecuniary sanctions on the seller (n. 1504 ff) and oblige the seller to adopt behavior aimed at restoring competition (n. 1501). According to art. 81 § 2 EC Treaty, a prohibited tied sale is automatically void by law (n. 1511 ff). Review of an incidental tied sale are a matter for national law if the sale does not constitute a direct violation of art. 81 or art. 82 EC Treaty, in and of itself (n. 1516 ff).
- e) According to the **results of this study** (n. 1525 ff), the prohibition of a tied sale rarely should rest on the sole basis of *art. 81 § 1 lit. e EC Treaty*, with the exception of horizontal agreements requiring the use of a tied sale (n. 1530). Tied selling by a non-dominant seller does not, as a rule, lead to a sufficiently appreciable deterioration of the tied market to be deemed to amount to a restriction of competition pursuant to art. 81 EC Treaty (n. 1530).

In relation to the application of *art. 82 EC Treaty*, the recent expressions of EC authorities in favor of economic efficiency defenses and the institution of competition should be welcome (n. 1534); though one may regret the absence of a decision concerning tied selling, giving material expression to this approach. Such a decision should grant a greater role to the concrete risk of deterioration of the tied market and show greater openness to legitimate business reasons justifying the tied sale, than has been the case in the past (n. 1533).

As to the **consequences** of a prohibited tied sale, one should specify that the automatic nullity contained in art. 81 § 2 EC Treaty should affect only the tied good and the tying agreement, to the exclusion of the tying good (n. 1517).

12° The system of “*affaires liées*” under Swiss law (n. 1538 ff) is as follows:

- a) It is **based** on art. 7 para. 2 lit. f LCart (n. 1549 ff). This provision prohibits *affaires liées* as an abuse of a dominant position. To date, there is no

principle decision that describes precisely the practice of the Swiss authorities with respect to *affaires liées* (n. 1554).

- b)** An *affaire liée* is **prohibited** (n. 1565 ff) if, apart the dominant position of the seller on the market for the tying product (n. 1576 ff), the following four cumulative conditions are satisfied: (i) the presence of two separate goods (n. 1634 ff), (ii) a tying arrangement in the narrow sense (n. 1637 ff), (iii) the existence of an anticompetitive effect on the tied market (n. 1640 ff), and (iv) the absence of legitimate business justifications for the tying arrangement (n. 1643 ff). Notwithstanding the unlawful nature of an *affaire liée*, a party to the arrangement may obtain an exceptional authorization from the Federal Council based on art. 8 LCart (n. 1646 ff).
- c)** The **consequences** (n. 1656 ff) of a prohibited *affaire liée* can be the result of a proceeding introduced either by an individual person (n. 1681 ff) or by the administrative authority, the Competition Commission (Comco; n. 1658 ff). The Comco may prohibit the anticompetitive practice and – since the revision adopted by the Federal Parliament on June 20, 2003, in force since April 1, 2004 – impose direct administrative sanctions (n. 1665 ff, 1672 ff). The Comco may also impose criminal sanctions in the event of a subsequent offence (n. 1669 ff). The civil judge may rule, *inter alia*, that a contract having the effects of a prohibited *affaire liée* is null in part (n. 1695 ff).
- d)** The legal regime of *affaires liées* under Swiss Law is based on fundamentals, which, as a general rule, are in accordance with the **results of this study** (n. 1706 ff). In anticipation of a principle decision, it should be emphasized that only an appreciable and durable degradation of the tied market and the absence of sufficient, specific efficiencies resulting from the arrangement may justify the prohibition of an *affaire liée* (n. 1709). Therefore, it is recommended that the Swiss authorities continue to show reserve when assessing the legality of *affaires liées* (n. 1712). Indeed, it is not against this specific type of practice that the firmness of the competition authorities should be reflected, but rather against practices incontestably restricting and distorting competition.