



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Axel Eriksson

# Konkurrens och digitalisering

En kritisk granskning av EU:s konkurrensrättspolicy i  
den digitala eran

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: period 1 HT20

# Innehållsförteckning

<b>Summary</b>	<b>1</b>
<b>Sammanfattning</b>	<b>3</b>
<b>Förord</b>	<b>4</b>
<b>Förkortningar</b>	<b>5</b>
<b>1 Inledning</b>	<b>6</b>
1.1 <i>Bakgrund</i>	6
1.2 <i>Syfte och problemformulering</i>	7
1.3 <i>Avgränsningar</i>	8
1.4 <i>Metod och perspektiv</i>	9
1.5 <i>Material</i>	12
1.6 <i>Källkritisk diskussion</i>	13
1.7 <i>Disposition</i>	14
<b>2 Konkurrensrätt</b>	<b>15</b>
2.1 <i>Den EU-rättsliga konkurrenslagstiftningen</i>	15
2.1.1 Artikel 101 FEUF	16
2.1.2 Artikel 102 FEUF	16
2.1.3 Koncentrationsförordningen	16
2.1.4 Möjlighet till eftergivenhet	16
2.1.5 Konkurrensregleringens roll	18
2.2 <i>Varför behövs konkurrensrätt?</i>	19
2.3 <i>Instutionernas roller</i>	20
2.3.1 Kommissionen	20
2.3.2 Domstolarna	20
2.3.3 ECN	21
2.4 <i>Den inre marknaden</i>	22
<b>3 Digitaliseringen</b>	<b>24</b>

3.1	<i>Techjättar</i>	25
3.2	<i>Digitala marknader</i>	26
3.2.1	Strukturella risker för konkurrensen	26
3.2.1.1	Nätverkseffekter	28
3.2.1.2	Digitala plattformar	29
3.2.1.2.1	Plattformars särskilda ansvar	30
3.2.1.2.2	Plattformars dataanvändning	30
3.2.1.3	Plattformsmarknader	31
3.2.2	Marknader med strukturell avsaknad av konkurrens	32
3.3	<i>Digitaliseringens påverkan</i>	33
<b>4</b>	<b>De nya lagförslagen</b>	<b>36</b>
4.1	<i>Bakgrund</i>	36
4.2	<i>Nytt konkurrensverktyg</i>	38
4.3	<i>Förhandsreglering för digitala plattformar</i>	40
4.3.1	Vad omfattar lagförslaget?	41
4.3.2	Varför behövs en ändring?	42
4.4	<i>Legal grund</i>	44
4.5	<i>Enhetlig strategi</i>	45
4.5.1	Paralleller med andra marknader	46
4.6	<i>ECN+direktivet</i>	46
<b>5</b>	<b>Konkurrensrättspolicy i den digitala eran</b>	<b>48</b>
5.1	<i>Hur ska reglerna utformas?</i>	49
5.2	<i>Marknadsdefinition</i>	50
5.3	<i>Digitala ekosystem</i>	51
5.4	<i>Marknadskraft</i>	52
5.5	<i>Data</i>	53
5.6	<i>Koncentrationer</i>	55
<b>6</b>	<b>Analys</b>	<b>58</b>
6.1	<i>Förhandsreglering av digitala plattformar</i>	58
6.2	<i>Nya konkurrensverktyg</i>	60

6.3	<i>Konkurrensrättspolicy i den digitala eran</i>	61
6.4	<i>Slutsats</i>	62
	<b>Käll- och litteraturförteckning</b>	<b>65</b>

# Summary

Digitalization has revolutionized our societies. How we communicate and interact with one another and how we purchase goods and services has changed drastically. A select few technological giants are the driving force behind these changes. Despite the increase in consumer welfare and the overall heightened standard of living, concerns have been raised, especially within the discourse of competition law policy.

Digitalization has allowed for a handful of undertakings to become gatekeepers, effectively raising the barrier of entry for new companies looking to establish themselves in a specific market. Furthermore, network effects, extreme economies of scope and scale and data dependency have contributed to further entrenching the market position of these undertakings. Consequently, they can engage in monopolistic market activity without risking the scrutiny of the European competition law framework. This, in turn, results in raised barriers of entry for startup companies, higher prices for consumers, less innovation and fewer choices for goods and services and an overall less competitive market.

Thus, the public discourse regarding competition law policy has intensified. Clearly, digital markets need to be further regulated. What is not clear, however, is how best to do so. The EU has unmistakably established themselves as a global leader heading into the digital era. As a result, this fall, the Commission presented a proposal regarding a regulation for new competition tools. These would, if implemented, significantly expand the powers of the Commission in digital markets.

The digital era is here to stay. A reaction is therefore needed to address this fast-paced societal transformation. A new way of thinking is essential to the evolution of the internal market. An overhaul of existing theories of harm and analytical tools might be the path forward. New regulation should adhere to

the principal of proportionality, be flexible and justified. Furthermore, it is vital for the continued progress of European competition law that the current system is not undermined, even in the face of rapid change.

# Sammanfattning

Digitaliseringen har revolutionerat våra samhällen. Hur vi kommunicerar och interagerar med varandra och hur vi handlar produkter och tjänster har de senaste åren varit föremål för drastiska förändringar. Bakom dessa förändringar står ett fåtal digitala jättar. Trots att förändringarna har ökat konsumentvälfärden och i regel varit positiva, har farhågor lyfts. Detta har inte minst uppmärksammats inom den konkurrensrättsliga sfären.

Utvecklingen har medfört att ett fåtal stora företag har kunnat agera som grindvakter. Vidare har nätverkseffekter, extrema skalfördelar och databeroende bidragit till att dessa företag har fått en orubblig marknadsposition. Trots att de inte anses vara dominanta i konkurrensrättslig mening, kan de agera som monopolister. Resultatet har inneburit höjda inträdesbarriärer för uppstartsbolag, högre priser för konsumenter, lägre innovation och valbarhet bland produkter och tjänster samt ett hämrat konkurrens klimat på marknaden.

Därmed har den konkurrensrättsliga debatten intensifierats. Det är tydligt att digitala marknader behöver regleras, dock inte hur det görs bäst. EU har klarligen uttryckt sin ledande roll in i den digitala eran. Följaktligen la kommissionen under hösten fram lagförslag om nya konkurrensverktyg, som utökar kommissionens befogenheter gentemot digitala aktörer.

Digitaliseringen är här för att stanna. För att hantera den snabba samhällsutvecklingen behövs en motsättning. Ett nytt förhållningssätt är väsentligt för skyddet och utvecklingen av den inre marknaden. En översyn av skadeteorier och analysverktyg är tänkbara åtgärder. Nya regleringar bör vara proportionerliga, flexibla och ändamålsenliga. Vidare är det vitalt för den fortsatta konkurrensrättsliga rättsutvecklingen att det system som har utvecklats fram tills nu inte undermineras, trots de omfattande förändringar vi ställts inför.

# Förord

Det är med ett visst vemod jag nu står inför det avslutande momentet av min juristutbildning från Lunds universitet. Därav vill jag tacka de som hjälpt mig på vägen.

Inledningsvis vill jag tacka min handledare Katarina Olsson, för sitt stöd värdefulla råd. Till Julian Nowag vill jag rikta ett särskilt tack för sin kunskap kring konkurrensrätt och digitala marknader. Till mina kurskamrater Erik, Miriam och Samuel – utan er hade jag inte nått hit. Jag vill även tacka Johan. Våra strider på squasharenan saknar motstycke. Jag ser fram emot att i framtiden kriga ännu mer. Dessutom vill jag uppmärksamma John, Jakob och Jacob för er ovärderliga vänskap.

Slutligen vill jag rikta ett tack till min familj. Ert stöd har väglett och motiverat mig under alla delar av min utbildning.

Kalmar, januari 2021

*Axel Eriksson*



# Förkortningar

ECN	European Competition Network
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GDPR	General Data Protection Regulation
ICN	International Competition Network
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WTO	World Trade Organization

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den ökade digitaliseringen har förändrat många delar av våra samhällen. Genom innovativa tjänster, produkter och applikationer kan konsumenter och företag dela information, bedriva handel och kommunicera med varandra snabbt, smidigt och enkelt. Digitaliseringen har ökat konsumentvälfärden och i regel förbättrat det vardagliga livet.<sup>1</sup>

Följderna av samhällsutvecklingen har däremot uppmärksammats. Inom konkurrensrättstillsyn har det särskilt poängterats att även om effekterna överlag har ökat konsumentvälfärden, har det lett till att marknadskraften koncentrerats till ett fåtal företag. Följaktligen har inträdesbarriärer höjts, expansionsmöjligheter begränsats och gett upphov till grindvakter på marknaden. Exempelvis kan nämnas Google, som är det primära tillvägagångssättet för att hitta information på internet. Ett annat exempel är Facebook, som är det primära sättet för att hålla kontakt och kommunicera.<sup>2</sup> Extrema stordriftsfördelar, starka nätverkseffekter, nollprissättning och databeroende är karakteristiskt för digitala marknader. Dessutom löper de en större risk att tippa än traditionella marknader.<sup>3</sup> Dessa särskiljande marknadsaspekter möjliggör för företagen att producera sina tjänster och produkter billigare och effektivare ju större de växer sig.<sup>4</sup>

Digitala aktörer har varit föremål för granskning. Google ålades 2017 att betala 2 424 495 000 euro, på grund av dess mer förmånliga positionering av sina egna produkter och tjänster och visningen av sin egen

---

<sup>1</sup> Shaping Europe's digital future s. 2.

<sup>2</sup> Competition policy for the digital era s. 13.

<sup>3</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 1.

<sup>4</sup> Bailey & Whish (2018) s. 10.

prisjämförelsetjänst i sina allmänna sökresultat.<sup>5</sup> Google ålades 2018 att betala 4 342 865 000 euro för missbruk av sin dominerande ställning då de, bland annat, krävt tillverkare att installera Googles egna sökmotors- och internetjänstappar.<sup>6</sup> Intel blev 2009 ålagda att betala 1 060 000 000 euro för att ha implementerat ett prisrabattsystem.<sup>7</sup>

Mot bakgrund av den ökade digitaliseringen har rättstillsyn behövt förändras. EU har tagit ett tydligt ansvar i förhållande till konkurrensrättsutvecklingen. Margrethe Vestager gavs 2019 i uppdrag att leda EU:s konkurrensrättspolitik i den digitala eran. Det eftersöktes ett behov av att säkerställa att EU:s konkurrensrättsregler är anpassade för moderna ekonomier samt att stärka konkurrenstillsynen i samtliga sektorer.<sup>8</sup> Detta uppdrag har resulterat i ett förslag om nya konkurrensverktyg och en förhandsreglering för digitala plattformar. I synnerhet riktar sig förslagen till marknader med strukturella konkurrensproblem och plattformar med en grindvaksposition. Problematiken är nödvändigtvis inte unikt hänförligt till den digitala sektorn, däremot har EU poängterat att en reglering av digitala marknader krävs för att skydda utvecklingen av den inre marknaden.<sup>9</sup> Ändringsförslagen är ett resultat av EU:s utveckling av en digital inre marknad<sup>10</sup>, och är en del av EU:s digitala strategi.<sup>11</sup>

## 1.2 Syfte och problemformulering

Syftet med uppsatsen är att kartlägga huvuddragen inom digitaliseringen och dess påverkan för konkurrensrättspolitik inom EU. Inom ramen för det syftet

---

<sup>5</sup> AT.39740 *Google Search (Shopping)* s. 212.

<sup>6</sup> AT.40099 *Google Android* s. 324.

<sup>7</sup> COMP/C-3/37.990 *Intel* s. 514.

<sup>8</sup> Ursula von der Leyen, *Mission letter* s. 4-5.

<sup>9</sup> Förslag till lagen om digitala marknader para. 1.

<sup>10</sup> <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>

<sup>11</sup> [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_sv](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_sv)

ska jag dessutom att kritiskt granska och utvärdera kommissionens framlagda förslag om utökade befogenheter inom digitala marknader, som är ämnade att fungera som ett komplement till de befintliga EU-rättsliga konkurrensreglerna.

De problemformuleringar jag därmed ämnar besvara är vad digitaliseringens särdrag är och hur dessa kan komma att påverka utformningen av EU:s konkurrensrättspolicy framöver. Jag kommer dessutom eftersöka huruvida kommissionens framlagda lagförslag om nya konkurrensverktyg uppfyller dess syfte samt vilka konsekvenser de kan få.

### **1.3 Avgränsningar**

Eftersom mitt syfte är fokuserat på EU:s konkurrensrättspolicy har fokus lagts på EU-rättslig nivå. Därmed avgränsar jag mig från att på djupet hantera exempelvis brittiska och amerikanska källor, som båda har en rik konkurrensrättshistorik. Uppsatsens EU-rättsliga prägel innebär även att jag har avgränsat mig från att behandla svenska rättsregler och dess anknutna praxis och förarbeten. I de fall dessa omnämns är det främst i utfyllnadssyfte. Med detta sagt förekommer behandling av andra källor, som dock främst används för att poängtera eller utgöra komparativa element.

Uppsatsen behandlar digitaliseringens samhällspåverkan. Det är ett vitt och odefinierat område. Jag har därvid lagt tyngd vid att behandla och utveckla de delar av digitaliseringen som främst påverkar i konkurrenshänsyn. Därtill förekommer behandling av andra samhällsutvecklingar, dock främst i syfte att problematisera. Utöver det här har jag även belyst genom exempel från praktiken, främst genom praxis från kommissionen och EU-domstolen.

Inom konkurrensrätt går det svårligen att undkomma att ekonomisk och rättslig teori sammanblandas.<sup>12</sup> Uppsatsen behandlar därmed ekonomiska

---

<sup>12</sup> Bailey & Whish (2018) s. 54.

termer och begrepp. Min kunskap inom dessa områden är begränsad. Jag har därmed sökt avgränsa mig till att fokusera på de rättsliga implikationerna.

Att sammanfatta ett rättsområde inom ramarna för ett examensarbete är svårligen gjort. Liknande är det svårt att sammanfatta EU:s konkurrensrättspolitik. Läsaren bör vara uppmärksam på att det finns otaligt många fler aspekter som inte berörs i den här uppsatsen. Det som behandlas nedan är vad jag har ansett vara relevant för att på ett adekvat sätt besvara min frågeställning.

## 1.4 Metod och perspektiv

Uppsatsen är överlag präglad av en rättsdogmatisk metod. Det innebär att underlaget för uppsatsen är fastställt genom analys av befintliga rättskällor.<sup>13</sup> Eftersom merparten av materialet härstammar från EU-rättslig kontext kommer jag även, huvudsakligen, använda en EU-rättslig metod. EU:s särpräglade rättsutveckling har framkallat ett behov av en enhetlig tolkningsmetod. När EU-rätt tillämpas inom en medlemsstat måste den medlemsstaten tillämpa den EU-rättsliga metoden. Det här innebär att EU-rättsliga bestämmelser ska tolkas i enlighet och i ljuset av den metod som har utarbetats i EU-domstolen.<sup>14</sup> EU-domstolen använder, till skillnad från exempelvis den svenska juridiska metoden, en särskilt fri och ändamålsorienterad tolkningsmetod. Vidare måste EU-rättsliga bestämmelser tolkas i sitt sammanhang och mot bakgrund av sitt syfte. Därvid ges en bestämmelse en mer omfattande tolkning än ordalydelsen.<sup>15</sup> Jämfört med svensk rätt får exempelvis inte förarbeten samma legala tyngd inom EU-rätten, där praxis är mer betydande.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Kleineman (2018) s. 21 och 26.

<sup>14</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 34.

<sup>15</sup> Ibid. s. 36.

<sup>16</sup> Ibid. s. 36-37.

Prejudikatläran inom EU-rätten innebär att ett enskilt avgörande inte har samma vikt som inom andra rättstraditioner. EU-domstolens domar bör förstås och tolkas mot bakgrund av tidigare, och även kommande, avgöranden. Det bildar en kedja som behöver tolkas för att skapa en helhetsförståelse för sammanhanget.<sup>17</sup> Utöver det förevarande ges allmänrättsliga rättsprinciper en viss tyngd av EU-domstolen. EU-rättsliga bestämmelser ses som uttryck för mer grundläggande principer, som bör beaktas vid tolkning och tillämpning av bestämmelsen. Det är därför inte ovanligt att EU-domstolen jämför hur bakomliggande principer har tillämpats inom andra rättsområden för att få vägledning i en enskild rättsfråga.<sup>18</sup> Sammantaget innebär den EU-rättsliga metoden att det arbetssätt som har utvecklats inom EU-domstolen bör användas vid tillämpning av EU-rätt. Praxis och allmänna rättsprinciper är vägledande element inom tolkningsmetodiken av EU-rättsliga bestämmelser.<sup>19</sup>

Inom EU-rätt utgör primärrätt, rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt, internationella avtal samt allmänna rättsprinciper bindande rättskällor. I princip gäller detsamma EU-domstolens och tribunalens praxis.<sup>20</sup> Utöver det utgör icke-bindande sekundärrätt, förarbeten, generaladvokaternas förslag till avgöranden, den EU-rättsliga doktrinen och ekonomiska teorier vägledande rätt.<sup>21</sup> EU-rättsliga institutioner har rätt att utfärda vissa närmare bestämmelser. Man skiljer mellan bindande och icke-bindande sekundärrätt. Till den bindande sekundärrätten hör förordningar, direktiv och beslut. Till den icke-bindande sekundärrätten hör rekommendationer, yttranden, meddelanden, tillkännagivanden och riktlinjer. Dessa utfärdas enligt artikel 288 FEUF.<sup>22</sup> Överordnande rättskällan är dock primärrätten, vars giltighet

---

<sup>17</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 37.

<sup>18</sup> Ibid. s. 37-38.

<sup>19</sup> Ibid. s. 38.

<sup>20</sup> Ibid. s. 40.

<sup>21</sup> Ibid. s. 40.

<sup>22</sup> Ibid. s. 46-47.

inte kan ifrågasättas av EU:s institutioner.<sup>23</sup> Primärrätten har företräde framför sekundärrätten samt internationella avtal.<sup>24</sup> Icke-bindande instrument har med tiden fått större betydelse. Inom den EU-rättsliga konkurrensrätten, exempelvis, utfärdar kommissionen regelmässigt riktlinjer om tillämpning av EU:s konkurrensregler.<sup>25</sup> Redan 1974 uttalade sig EU-domstolen angående rättsverkan av icke-bindande rättsakter utfärdade av kommissionen. Det konstaterades att trots den icke-bindande naturen hos kommissionens riktlinjer, utgör de likväl handlingsregler som kommissionen var skyldiga att följa.<sup>26</sup> Man hänvisade i det fallet till likabehandlingsprincipen.<sup>27</sup> Det här har sedermera bekräftats i en rad avgöranden.<sup>28</sup> För att icke-bindande instrument ska ges verkan gentemot den institution som utfärdar instrumentet ifråga krävs olika faktorer. Dels krävs att institutionen ifråga har ett visst skönsmässigt utrymme att besluta om regler som kommer till uttryck genom det icke bindande instrumentet, dels krävs även att instrumentet offentliggörs. Det är själva offentliggörandet som aktualiserar tillämpningen av principerna rättssäkerhet eller likabehandling.<sup>29</sup> Av relevans för den här uppsatsen kan nämnas att kommissionen ges ett skönsmässigt utrymme inom EU:s konkurrensrätt, eftersom dess beslut inbegriper ett visst mått av policybildning.<sup>30</sup>

EU-domstolen har i högsta grad en rättskipande funktion, där de EU-rättsliga bestämmelsernas syfte tolkas mot bakgrund av ett större sammanhang. *Effet utile*-doktrinen stadgar att EU-domstolen tolkar rätten i den mån som är mest gynnsam för EU-rättens utveckling. Den starka prejudikatskulturen ger

---

<sup>23</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011) 42.

<sup>24</sup> Ibid. s. 43.

<sup>25</sup> Ibid. s. 47.

<sup>26</sup> Mål 148/73 *Raymond och Marie Louwage mot Europeiska gemenskapens kommission* s. 81.

<sup>27</sup> Ibid. s. 81, para. 12.

<sup>28</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 47.

<sup>29</sup> Ibid. s. 47.

<sup>30</sup> Ibid. s. 47.

upphov för behovet av en viss prejudikatstolkning.<sup>31</sup> EU-domstolen har följaktligen en drivande roll inom EU-rättens utveckling. Genom dess praxis styrs hur principer inom EU-rätten ska tolkas i förhållande till nationella rättsordningar samt hur skydd för grundläggande rättigheter bör tolkas och tolkningen av materiella EU-rättsliga regler, i synnerhet vad gäller den inre marknaden.<sup>32</sup> Det finns alltså en tydlig normhierarki inom EU-rätten. Olika EU-organ, kommissionen samt de många fristående EU-myndigheterna bidrar dock på olika sätt till utvecklingen av EU-rätten. Likväl bildas en omfattande mängd icke-bindande rättsakter i form av riktlinjer, meddelanden, notiser och liknande som styr hur unionsrätten ska genomföras.<sup>33</sup>

Överlag kommer jag att behandla det material jag analyserar ur ett kritiskt perspektiv. Enligt Kleineman innebär ett kritiskt förhållningssätt att gå längre än att enbart beskriva gällande rätt. Det innebär att utifrån de slutsatser som har dragits, genom fristående ändamålsargument, visa varför det rådande rättsläget är otillfredsställande och bör på ett eller annat sätt ändras.<sup>34</sup> Han går dock vidare och poängterar att viss försiktighet är påkallad vid kritisk rättsdogmatik.<sup>35</sup> Kleineman konstaterar att det är en viktig uppgift för bland annat doktrinen att kritisera vad som har framkommit genom exempelvis praxis, och inte bara att påvisa rättsläget. Doktrin kan därmed även bidra till debatten kring rättsutveckling.<sup>36</sup>

## 1.5 Material

Det material jag har använt som grund för uppsatsen är främst baserat på rapporter från olika institutioner, exempelvis kommissionen och Konkurrensverket. De senaste åren har varit präglade av flertalet officiella

---

<sup>31</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 49.

<sup>32</sup> Nääv & Zamboni (2018) s. 115.

<sup>33</sup> Ibid. s. 121.

<sup>34</sup> Kleineman (2018) s. 40.

<sup>35</sup> Ibid. s. 40-41.

<sup>36</sup> Ibid. s. 36.



redogörelser som har behandlat digitala marknader, digitala plattformar och digitaliseringens påverkan på konkurrens och konkurrensrättspolicy.<sup>37</sup> Den grundläggande konkurrensrättsliga teorin är dock grundad i vedertagen doktrin. För att ytterligare belysa och problematisera har ett antal vägledande avgöranden från EU-domstolen valts ut och diskuterats. Vidare har kommissionsbeslut, avgöranden från enskilda medlemsstater samt avgöranden och yttranden från inhemska konkurrensmyndigheter behandlats. Jag har även valt att inkludera diverse EU-rättskällor så som direktiv, riktlinjer och beslut.

## 1.6 Källkritisk diskussion

Syftet för uppsatsen är baserat på ett lagförslag framlagt av kommissionen. Dess ofullständiga natur ger upphov till en viss spekulativ prägel. Kritik är dock en viktig del av utarbetningen av regleringar och policyn. Det här bör därmed ses som mitt bidrag till den pågående diskussionen kring konkurrensrätt och digitaliseringen.

EU-domstolen har kritiserats för judiciell aktivism. EU:s institutionella uppbyggnad kan sägas vara grunden till det här. För att kunna överse utvecklingen av EU-rätten krävs emellanåt vissa politiskt grundande hänsyn.<sup>38</sup> Rättfärdigandet och proportionaliteten i *Google Shopping*<sup>39</sup> kan med fog diskuteras. På senare år har kommissionen tagit ett tydligt krafttag gentemot digitala marknadsaktörer.<sup>40</sup> Med hänsyn till det här kan legitimiteten hos materialet som är grund för den pågående diskussionen inom digitala marknader och konkurrens ifrågasättas. Det blir tydligt att en balans

---

<sup>37</sup> Se exempelvis *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel*, *Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report* och *Competition policy for the digital era*.

<sup>38</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 59.

<sup>39</sup> AT.39740 *Google Search (Shopping)*.

<sup>40</sup> Ursula von der Leyen, *Mission letter*.

krävs. Utvecklingen av den inre marknaden måste vägas mot en fri och öppen konkurrens. Tydligt blir även att frågan är extremt svårnavigerad.

## 1.7 Disposition

Inledningsvis redogörs i nästkommande kapitel för EU:s konkurrensrättsregler, med en kort redovisning för kommissionen och EU-domstolens roller. Syftet med det här är att ge läsaren en introduktion till ämnet för att underlätta förståelsen. Därpå redogörs för digitaliseringens huvuddrag, särskilt i förhållande till konkurrensrätt. Syftet med det här är att tydligt redogöra för de skadeteorier och särskilda begrepp som används inom området. Jag vill även belysa varför det eventuellt är befogat med ytterligare regleringar för digitala marknader och digitala plattformar. I uppsatsens fjärde kapitel redovisas de lagförslag som kommissionen har lagt fram och som ligger till grund för problemformuleringen. Min förhoppning är att med den kunskap som tidigare redovisats i uppsatsens inledande avsnitt få en bättre förståelse för ändringarna. Därpå diskuteras EU:s konkurrensrättspolicy i den digitala eran. Frågor som där tas upp är vilka mål som har identifierats samt vilka möjliga alternativ som har lagts fram. I uppsatsens avslutande och sjätte kapitel analyseras, med avstamp i vad som har redovisats, på djupet EU:s konkurrensrättspolicy i den digitala eran ur ett kritiskt perspektiv. Frågor som jag där försöker besvara är huruvida det finns andra tillvägagångssätt än reglering, vilka konsekvenser och följder ytterligare reglering kan få och hur EU:s regleringsförslag om ytterligare konkurrensverktyg kan påverka EU och konkurrensrätten framöver.

# 2 Konkurrensrätt

## 2.1 Den EU-rättsliga konkurrenslagstiftningen

Konkurrenslagstiftning finns över hela världen.<sup>41</sup> Överlag reglerar det förfaranden som hämmar konkurrens på en marknad. Huvudsakligen omfattar det konkurrenshämmande överenskommelser, missbruk av dominerande marknadsställning, koncentrationer samt offentlig upphandling och statsstödsregler.<sup>42</sup> En hälsosam och effektiv konkurrens leder till lägre priser, mer innovation, bättre kvalitet, större utbud och en effektivare marknad till fördel för konsumenter.<sup>43</sup> Inom den EU-rättsliga fördragslagstiftningen är konkurrensrätt främst reglerat i artiklarna 101, 102 samt 106–109 FEUF. Därtill utgör koncentrationsförordningen<sup>44</sup> en befäst del av EU:s konkurrenslagstiftning. Därpå tillkommer en rad tilläggsartiklar, förordningar, tillkännagivanden och utökande kommissionsregleringar. Förordning 1/2003<sup>45</sup> ger kommissionen och nationella konkurrensmyndigheter befogenheten att tillämpa fördragsartiklarna.<sup>46</sup> Förordningen ger även kommissionen befogenhet att ålägga interimistiska åtgärder i fall som anses vara brådskande.<sup>47</sup> Syftet med det här är bland annat en enhetlig och effektiv tillämpning av EU:s konkurrensregler.<sup>48</sup>

---

<sup>41</sup> Bailey & Whish (2018) s. 1.

<sup>42</sup> Ibid. s. 4.

<sup>43</sup> Ibid. s. 5.

<sup>44</sup> Rådets förordning 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

<sup>45</sup> Rådets förordning 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

<sup>46</sup> Ibid. artikel 3.

<sup>47</sup> Ibid. artikel 8.

<sup>48</sup> Ibid. inlagan para. 6.

### **2.1.1 Artikel 101 FEUF**

Artikel 101 FEUF anger att alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den inre marknaden är förbjudet. Särskilt anges inköps- eller försäljningspriser, kontrollering eller begränsning av produktion, marknader eller teknisk utveckling eller marknadsuppdelning. Det här omfattar exempelvis olika former av kartellsamarbeten.

### **2.1.2 Artikel 102 FEUF**

Artikel 102 FEUF anger att ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden. Särskilt anges att sådant missbruk kan bestå i att direkt eller indirekt påtvinga oskäliga inköps- eller försäljningspriser, begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenter eller att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner. Artikeln är främst riktad till särskilt stora eller starka företag som genom sin marknadskraft kan påverka resten av marknaden.

### **2.1.3 Koncentrationsförordningen**

Koncentrationsförordningen reglerar förvärv mellan företag. En viktig del av konkurrenstillsynen består av att granska överlåtelser för att undersöka huruvida överlåtelserna kan hämma eller skada konkurrensen på marknaden. Det tydligaste exemplet är om en aktör förvärvar sin största konkurrent och på så sätt kan höja priserna på sina tjänster och produkter.

### **2.1.4 Möjlighet till eftergivenhet**

Såväl artikel 101 som artikel 102 FEUF erbjuder företag som anses ha överskridit konkurrensreglerna möjlighet till eftergivenhet. Artikel 101(3) FEUF stadgar att avtal och beslut som på något sätt snedvrída konkurrensen

på den inre marknaden kan vara tillåtna, om de förbättrar produktionen eller distributionen av varor, eller på något sätt främjar tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande. Enligt artikel 2 av förordning 1/2003 ligger bevisbördan på den som hävdar ett effektivitetsförsvar.<sup>49</sup> Liknande försvar går att hävda i en överträdelse som prövas enligt artikel 102 FEUF. Trots prima facie-bevis på missbruk av dominerande ställning, erbjuder EU-rättslig praxis möjligheter att visa att det föreligger ett objektivt berättigande.<sup>50</sup> I förevarande fall handlade det exempelvis om en skiljedragning mellan den huvudsakliga avsikten bakom den konkurrenshämmande handlingen och det som faktiskt utgjorde en överträdelse av konkurrensreglerna. Parterna hävdade att avsikten var att skydda legitima affärsintressen. Överträdelsen de dömdes för var dock att dela upp marknaden.<sup>51</sup> Liknande bedömning gjordes i *Sot. Lélos* där EU-domstolen konstaterade att det faktum att ett företag är dominant inte berövar företaget dess rätt att tillvara ta dess affärsintressen.<sup>52</sup> Kommissionens riktlinjer vid tillämpning av artikel 102 FEUF stadgar dessutom att ett dominant företag kan hävda att dess beteende är berättigat genom att visa att beteendet leder till betydande effektivitetsvinster. Det kan exempelvis röra sig om hälso- och säkerhetsskäl.<sup>53</sup> Det här har även bekräftats i praxis. I *Post Danmark I* konstaterade EU-domstolen att ett företag i dominerande ställning kan rättfärdiga ageranden genom att visa att det är objektivt nödvändigt eller att de utestängningseffekter som beteendet ger upphov till vägs upp av effektivitetsfördelar som även gynnar konsumenter.<sup>54</sup> I *Intel* medgav EU-domstolen att ett dominant företag i och för sig skulle kunna hävda ett

---

<sup>49</sup> Se även 43/82 och 63/82 *VBVB och VBBB mot Europeiska gemenskapens kommission* para 61.

<sup>50</sup> Förslag till beslut i C-53/03 *Syfait* para. 71–72.

<sup>51</sup> *Ibid*, para. 71.

<sup>52</sup> C-468/06 *Sot. Lélos kai Sia EE mot GlaxoSmithKline A EVE Farmakeftikon Proionton* para. 50.

<sup>53</sup> 2009/C 45/02 Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, para. 28–31.

<sup>54</sup> C-209/10 *Post Danmark I* para. 40–41.

effektivitetsansvar. Intel hade erbjudit vissa av sina kunder exklusivitetssrabatter som hade stängt ute konkurrenter från att etablera sig på marknaden. EU-domstolen uttalade sig dock inte huruvida det var applicerbart just i det fallet.<sup>55</sup> Utöver möjligheter för eftergivenhet finns även gruppundantag.<sup>56</sup> Gruppundantag innebär att avtal som anses strida mot artikel 101 FEUF kan, i vissa fall, tillåtas.<sup>57</sup>

## 2.1.5 Konkurrensregleringens roll

Konkurrens i sig innebär paradoxalt nog att det i slutändan kommer finnas en ”vinnare” av marknaden. Därmed kan man ifrågasätta vilken roll konkurrensrättspolitik ska spela. I regel ska den mest innovativa och effektiva aktören på marknaden gynnas. På så sätt kan ett företag bli ensam ledare av marknaden. Ska dessa företag straffas?<sup>58</sup> Oligopol anses dock vara skadligt för en marknad. Oligopolistiska marknadsstrukturer innebär att ett fåtal företag styr, genom sin marknadskraft, över samtliga produkter och tjänster på en marknad, utan någon tydlig hierarki. Det här är ett klassiskt problem inom konkurrensrättsteori. Företag kan, utan någon samverkan, dra fördelar från deras gemensamma marknadspositioner. Detta benämns tyst samverkan och är vanligtvis förbjudet enligt konkurrenslagstiftning.<sup>59</sup> Oligopolistiska marknadsaktörer kan exempelvis kräva högre priser än vanligt.<sup>60</sup> Vidare menar man att just oligopolistiska marknadsstrukturer löper en särskild risk för tyst samverkan. En konkurrenskraftig marknad har traditionellt sett klassificerats ett stort antal aktörer som tillverkar liknande produkter. För att öka intäkter krävs innovation och låga priser.<sup>61</sup> Företag kan i vissa situationer koordinera sitt beteende utan att ingå avtal i den bemärkelsen som åsyftas i

---

<sup>55</sup> C-413/14 P *Intel Corp. mot Europeiska kommissionen* para. 94 och 173.

<sup>56</sup> Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördrag, para. 2.

<sup>57</sup> Bailey & Whish (2018) s. 176.

<sup>58</sup> *Ibid.* s. 13.

<sup>59</sup> *Ibid.* s. 570-571.

<sup>60</sup> *Ibid.* s. 572.

<sup>61</sup> Competition policy for the digital era s. 19.

artikel 101(1) FEUF.<sup>62</sup> Det här problemet uppmärksammas inom koncentrationsförordningen, där alla koncentrationer som orsakar icke-samordnade effekter är förbjudna.<sup>63</sup> En grundförutsättning för att kunna utöva kollektiv dominans är en avsaknad av effektiva konkurrensregleringar.<sup>64</sup>

## 2.2 Varför behövs konkurrensrätt?

Sett till den globala utvecklingen av konkurrenslagstiftning råder en konsensus kring att det är ett område som behöver regleras.<sup>65</sup> Internationella samarbeten så som ICN, OECD, WTO och UNCTAD reglerar eller på något sätt berör den internationella konkurrensrätten.<sup>66</sup>

Effektiv och välfungerande konkurrens leder till mer innovation, bättre kvalitet, lägre priser och fler valmöjligheter för konsumenter.<sup>67</sup> På senare år har konsumentvälfärd även prioriterats som en central del.<sup>68</sup> Därtill har återkommande poängterats att konkurrensrätt även behövs för att skydda marknadens struktur och den konkurrensen som sådan.<sup>69</sup> Det här perspektivet har lett till att förvärv av konkurrenter som har lett till höjda priser för konsumenter i vissa fall har tillåtits.<sup>70</sup> Konkurrensrätt beskrivs som ett dynamiskt rättsområde som förändras med tiden. Det är ett uttryck för olika värderingar i samhället och en reflexion av tidens förändring.<sup>71</sup> Grundläggande för den konkurrensrättsliga processen är skydd för

---

<sup>62</sup> Bailey & Whish (2018) s. 573.

<sup>63</sup> Se inlagan para. 24-25 i rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer.

<sup>64</sup> Bailey & Whish (2018) s. 574.

<sup>65</sup> Ibid. s. 18.

<sup>66</sup> Ibid. s. 515-516.

<sup>67</sup> Ibid. s. 5.

<sup>68</sup> Tal av Neelie Kroes, 15 september 2005.

<sup>69</sup> C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV* para 38.

<sup>70</sup> 6/72 *Europemballage and Continental Can mot Europeiska kommissionen* para. 20-26.

<sup>71</sup> Bailey & Whish (2018) s. 19.

konsumenter, ekonomisk rättvisa, skydd för konkurrenter samt en rättvis marknad.<sup>72</sup>

## 2.3 Institutionernas roller

### 2.3.1 Kommissionen

EU har en institutionell uppbyggnad. Europeiska rådet, kommissionen, tribunalen och EU-domstolen har olika befogenheter och ska interagera och fungera i ett samspel.<sup>73</sup> I förhållande till konkurrensrättspolicy har kommissionen en central roll.<sup>74</sup> Enligt artikel 17 FEU ska kommissionen främja unionens allmänna intressen och ta lämpliga initiativ i detta syfte. Detta inkluderar övervakning och säkerställning av utvecklingen av den inre marknaden och EU:s konkurrensrättspolicy.<sup>75</sup> I praktiken innebär det här att kommissionen har det yttersta ansvaret för att undersöka överträdelser av artiklarna 101 och 102 FEUF, genomföra sektorsundersökningar, handlägga koncentrationsärenden samt utveckla lagstiftning och policyändringar.<sup>76</sup>

### 2.3.2 Domstolarna

Tribunalen prövar överklaganden av beslut från kommissionen, särskilt vad gäller ärenden inom konkurrens. Tribunalen gör även laglighetsprövningar av beslut som fattats inom ramen för EUF-fördragen.<sup>77</sup> EU-domstolen prövar överklaganden från Tribunalen. Domstolen prövar endast sakfrågan, och avstår sig från att pröva faktafrågor. Den EU-rättsliga konkurrensstraditionen är präglad av en stark praxisutveckling, där konkurrensrätten ständigt diskuteras och blir mer omfattande genom avgöranden från EU-domstolen.<sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> Bailey & Whish (2018) s. 19-22.

<sup>73</sup> Ibid. s. 54-57.

<sup>74</sup> Ibid. s. 54.

<sup>75</sup> C-344/98 *Masterfoods Ltd mot HB Ice Cream Ltd.* para. 46.

<sup>76</sup> Bailey & Whish (2018) s. 54.

<sup>77</sup> Ibid. s. 56.

<sup>78</sup> Ibid. s. 56.



Som stöd till EU-domstolens avgöranden tillkommer utlåtanden från generaladvokater.<sup>79</sup>

### 2.3.3 ECN

ECN stödjer kommissionens tillämpning av konkurrenslagstiftningen. Enligt förordning 1/2003 har nationella konkurrensmyndigheter och domstolar mandat att tillämpa EU:s konkurrensregler. ECN är ett samarbete mellan nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen. Nationella konkurrensmyndigheter står dock för majoriteten av tillämpningen av konkurrensreglerna.<sup>80</sup> De nationella konkurrensmyndigheterna samarbetar så väl med varandra som kommissionen för att dela information, fördela mål, och utveckla effektiva verktyg för tillämpningen av konkurrenslagstiftningen. 2017 lades ett förslag fram om ett utökande av nationella konkurrensmyndigheters befogenheter, det så kallade ECN+-direktivet, som senast ska implementeras 2021.<sup>81</sup>

Inom EU råder utöver det här ett nära samarbete vad gäller konkurrenslagstiftningen. I regel är medlemsstaternas konkurrenslagstiftning utformad efter den EU-rättsliga modellen.<sup>82</sup> Vissa medlemsstater har krav på att inhemsk lagstiftning ska tolkas i enlighet med EU-rätten.<sup>83</sup> Detta leder till en effektiv tillsyn där överträdelser bedöms lika vare sig de döms enligt inhemsk eller EU-rättslig lagstiftning. Även om det föreligger stora likheter förekommer även skillnader. Inhemsk lagstiftning kan vara antingen strängare eller mildare än EU-rätt och vice versa.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Bailey & Whish (2018) s. 56.

<sup>80</sup> Ibid. s. 57.

<sup>81</sup> Ibid. s. 57.

<sup>82</sup> Ibid. s. 58.

<sup>83</sup> Ibid. s. 75.

<sup>84</sup> Ibid. s. 75-76.

## 2.4 Den inre marknaden

Centralt för det EU-rättsliga samarbetet är den inre marknaden.<sup>85</sup> Konkurrensrätt tillämpas mot bakgrund av den inre marknads utveckling.<sup>86</sup> Dominanta företag har ett särskilt ansvar att inte hämma utvecklingen av en effektiv konkurrens inom den inre marknaden.<sup>87</sup> Konkurrenslagstiftning kan såväl hämma som effektivisera den inre marknaden. Fri rörlighet för tjänster, produkter, människor och kapital är en grundbalk inom EU. Konkurrensregler kan förbjuda åtgärder som exempelvis syftar till att isolera en marknad inom en medlemsstat, och på så sätt hämma den fria rörligheten.<sup>88</sup> Liknande kan konkurrensregler främja handel mellan medlemsstater, genom att tillämpa regler som tillåter olika aktörer konkurrera på liknande villkor.<sup>89</sup> Enligt kommissionen är den inre marknaden en av EU:s största tillgångar<sup>90</sup>, som bör skyddas till varje pris.<sup>91</sup> Det här är vidare något som återkommande har konstaterats i EU-domstolens praxis. Avtal som syftar till att hämma en effektiv konkurrens mellan medlemsstater genom att återupprätta avskärmningar av nationella marknader ska i princip anses ha som syfte att begränsa konkurrensen och därmed alltid förbjudas.<sup>92</sup>

De senaste åren har EU arbetat för sin strategi om en digital inre marknad, vars mål är bättre tillgänglighet för digitala produkter och tjänster, ett rättvisare digitalt klimat för så väl konsumenter som företag samt en

---

<sup>85</sup> Bailey & Whish (2018) s. 52.

<sup>86</sup> Ibid. s. 23.

<sup>87</sup> AT.39740 *Google Search (Shopping)* para. 331, C-209/10 *Post Danmark I* para. 23, T-286/09 *Intel Corp. mot Europeiska kommissionen* para. 205.

<sup>88</sup> Bailey & Whish (2018) s. 23.

<sup>89</sup> Ibid. s. 24.

<sup>90</sup> Rapport om konkurrenspolitiken (2009) s. 12.

<sup>91</sup> Riktlinjer för tillämpning av vertikala restriktioner para. 7.

<sup>92</sup> C-501/06 P *GlaxoSmithKline* para. 61, C-403/08 *Football Association Premier League* para. 139.

maximerad tillväxt av digitala ekonomier.<sup>93</sup> 2015 konstaterade kommissionen att en digital inre marknad är vitalt för EU:s fortsatta ledande ställning inom världsekonomin. Man hänvisade då till en marknad där varor, tjänster och kapital kan röra sig fritt och där företag under rättvisa konkurrensregler obehindrat kan använda sig av nättjänster.<sup>94</sup> Man efterfrågade dock, redan då, ett lämpligt regelverk för digitala plattformar.<sup>95</sup>

---

<sup>93</sup> <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>

<sup>94</sup> COM(2015) 192, en strategi för en inre digital marknad i Europa, para. 1.

<sup>95</sup> Ibid., para. 3.3

### 3 Digitaliseringen

Kommissionen har som ovan nämnt presenterat regleringsförslag som särskilt riktas mot digitala marknader.<sup>96</sup> Särskiljande för digitala marknader är höga marknadskoncentrationer för flersidiga plattformar, ett fåtal aktörer med grindvaksposition samt missbruk av starka marknadspositioner gentemot små och medelstora företag och konsumenter.<sup>97</sup> Den befintliga konkurrenslagstiftningen anses inte vara kapabel att hantera de uppmärksammade problemen som uppstår på digitala marknader. I underlaget till den inledande konsekvensbedömningen om nya konkurrensverktyg uppmärksammas exempelvis att företag som inte har en dominerande ställning i konkurrensrättslig mening ändå i praktiken kan agera som monopolister.<sup>98</sup>

I sina riktlinjer för tillämpningen av artikel 102 FEUF diskuteras expansion och marknadsinträde. Konkurrens ses som en dynamisk process. Det är inte endast den rådande situationen på marknaden som ska beaktas, utan även potentiella konkurrenters inträde på marknaden kan få betydelse. Ett dominerande företag kan exempelvis avskräckas från att höja priserna på en tjänst eller produkt om det är sannolikt att konkurrenter kommer expandera eller gå in i den marknaden.<sup>99</sup> Dessa hinder för inträde eller expansion kan se olika ut. Det kan handla om juridiska hinder eller särskilda fördelar som det dominerande företaget har, så som skal- och stordriftsfördelar. Andra hinder, så som försämrade nätverkseffekter som konsumenter drabbas av om de byter leverantör nämns. Ifall företag har haft stora marknadsandelar under lång tid, tyder det på att det föreligger inträdes- och expansionshinder.<sup>100</sup> På

---

<sup>96</sup> Förslag till lagen om digitala marknader para. 1.

<sup>97</sup> Se Single Market Performance Report 2019 punkt 1.

<sup>98</sup> New Competition Tool ("NCT"), s. 2.

<sup>99</sup> Kommissionens riktlinjer för missbruk av dominerande ställning, para. 16.

<sup>100</sup> Ibid. para. 17.

marknader där inträdeshindren är låga har företag i regel incitament till att vara effektiva och innovativa, med risk för att tvingas ut ur marknaden av tillträdande aktörer. Att nya aktörer kan etablera sig på en marknad är således en viktig del för en effektiv konkurrens.<sup>101</sup> Inträdeshinder kan vara legala eller strategiska. Legala inträdeshinder är exempelvis lagstadgade monopol, exklusiva licenser eller andra regleringar som hindrar etablering på en marknad. Strategiska inträdeshinder däremot handlar om hur redan etablerade företag agerar när en ny aktör kommer in på marknaden, så som höjda marknadsföringskostnader för att attrahera nya kunder.<sup>102</sup>

### 3.1 Techjättar

Digitala företag är, och har varit, problematiska. I *Google Shopping* granskade kommissionen huruvida Googles sökmotor och dess användning stred mot artikel 102 FEUF.<sup>103</sup> I sin granskning kom kommissionen fram till att Google hade en dominant marknadsposition i samtliga av de nationella marknaderna relaterade till generella sökmotorer sedan 2008, förutom Tjeckien. Där hade de en dominant marknadsposition sedan 2011.<sup>104</sup> Dominansen baserades på Googles marknadsandelar, förekomsten av hinder för expansion och inträde, det faktum att användarna sällan använder multihoming, förekomsten av varumärkeseffekter samt avsaknaden av motverkande köparmakt.<sup>105</sup> Själva missbruket bestod av att Google, i sina allmänna sökresultat, positionerade och visade sin egen prisjämförelsetjänst på ett mer förmånligt sätt jämfört med konkurrerande prisjämförelsetjänster.<sup>106</sup> Visserligen är det berättigat att företag ger sina egna produkter förmåner gentemot konkurrerande produkter. Skadorna som kan uppstå i efterföljande led kan dock bli oproportionerligt stora. Enligt praxis

---

<sup>101</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 130.

<sup>102</sup> Ibid. s. 132.

<sup>103</sup> AT.39740 *Google Shopping (Search)* para 2.

<sup>104</sup> Ibid. para. 271.

<sup>105</sup> Ibid. para. 272.

<sup>106</sup> Ibid. para. 341.

är dock självpreferens inte förbjudet i sig.<sup>107</sup> Det kan däremot utgöra en överträdelse av artikel 102 FEUF vid avsaknad av tydliga konkurrensfrämjande effekter.<sup>108</sup> I ett annat uppmärksammat fall granskade den tyska konkurrensmyndigheten, Bundeskartellamt, 2019 Facebooks insamling och bruk av användardata.<sup>109</sup> Kommissionen har dessutom startat utredningar i förhållande till konkurrensbrott för Amazon och Apple.<sup>110</sup>

## 3.2 Digitala marknader

I underlaget till regleringsändringar för digitala marknader har kommissionen huvudsakligen identifierat två olika problemgrupper. Den ena berör strukturella risker för konkurrensen. Det andra är marknader som är präglade av en strukturell avsaknad av konkurrens.

### 3.2.1 Strukturella risker för konkurrensen

I digitala marknader förekommer nätverkseffekter, stordriftsfördelar, avsaknad av multihoming och inlåsnings effekter. Stordriftsfördelarna har i synnerhet ansetts vara extrema. Produktionskostnader sjunker ju fler kunder som tillgodoses. Genom informationsbaserade tjänster har digitaliserade företag kunnat massproducera betydligt mer effektivt än traditionella företag.<sup>111</sup> Kännetecknande för digitala tjänster och produkter är att konsumenten inte betalar ett monetärt pris. Det som säljs brukar felaktigt benämnas som gratis. Konsumenter betalar dock genom andra medel, exempelvis med sin data. I två- eller flersidiga marknader vägs nollprissättning på ena sidan av marknaden upp av ett högre pris på den andra

---

<sup>107</sup> T-201/04 *Microsoft Corp., m.fl., mot Europeiska kommissionen* para. 1089.

<sup>108</sup> Competition policy for the digital era s. 66.

<sup>109</sup>

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5)

<sup>110</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1073](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073) ,

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4291](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291)

<sup>111</sup> Competition policy for the digital era s. 20.

sidan genom subventioneringar.<sup>112</sup> Multihoming syftar på användare som använder flera plattformar parallellt.<sup>113</sup> Leverantörer av en ny tjänst kan ha svårt att konkurrera med en plattform. Nätverkseffekter medför att användare inte har incitament till att byta plattform, vilket hämmar konkurrensen. I regel använder konsumenter flera plattformar samtidigt, vilket bidrar till ett hälsosammare marknadsklimat. Därmed har det efterfrågats att plattformar som på olika sätt försvårar möjligheten till multihoming bör striktare regleras.<sup>114</sup>

Höga marknadskoncentrationer underlättar för ett fåtal företag, utan en i konkurrensrättslig mening dominerande ställning, att styra konkurrerande företags beteende på marknaden. Genom tyst samverkan kan det här ske utan koordination.<sup>115</sup> Det har även uppmärksamats att etableringsmöjligheter för digitala aktörer är stora. Ett digitalt företag som erbjuder en tjänst eller en produkt på en marknad kan utan svårighet erbjuda en annan tjänst eller en annan produkt på en intilliggande marknad. Därav är det vanligt förekommande att digitala företag snabbt etablerar sig på flera olika marknader.<sup>116</sup> Dominanta företag utnyttjar sin marknadsposition på olika sätt. Genom betalda annonser styrs mer resurser till en plattform så som Google, som därmed kan kräva högre priser. Facebook förbjöd annonser för kryptovaluta på sin plattform innan de själva försökte etablera sig på kryptovalutamarknaden.<sup>117</sup>

Det ovan nämnda är inte nya fenomen i sig. Det är däremot första gången dessa marknadsegenskaper samverkar till den grad vi ser idag, vilket har gett upphov till ett fåtal extremexempel. Vissa företag kan utöva oproportionerligt

---

<sup>112</sup> Stiger Committee on Digital Platforms - Final report s. 8.

<sup>113</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 127.

<sup>114</sup> Competition policy for the digital era s. 57.

<sup>115</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 1.

<sup>116</sup> Competition policy for the digital era s. 20, 33.

<sup>117</sup> Stiger Committee on Digital Platforms - Final report s. 8.

mycket inflytande över marknaden.<sup>118</sup> En dominerande ställning är väldigt svårt att rubba när den väl har slagits fast.<sup>119</sup>

### 3.2.1.1 Nätverkseffekter

Nätverkseffekter innebär att värdet av en produkt eller en tjänst ökar beroende på hur många andra som använder samma produkt eller tjänst.<sup>120</sup> Direkta nätverkseffekter uppstår när värdet av en plattform ökar när antalet användare på plattformen ökar. Direkta nätverkseffekter ligger bland annat bakom Skypes tillväxt. I regel sker det här endast på en sida av plattformen.<sup>121</sup> Indirekta nätverkseffekter uppstår när antalet användare på ena sidan av plattformen gör den mer attraktiv för användare på andra sidan av plattformen. Exempelvis kan nämnas att ju fler som använder Facebook, desto attraktivare blir plattformen för leverantörer av tjänster och annonser. Detta leder i sin tur till att båda sidorna av plattformen ökar i antal.<sup>122</sup> Liknande gäller för sökmotorer. Ju fler användare en sökmotor har, desto mer data kommer samlas från dem, vilket i sin tur leder till bättre och mer kvalificerade sökresultat. Det här leder även till att försäljare och annonsörer vill att sökmotorn rankar dess produkter och tjänster högt. Systemet blir då ännu mer gynnsamt för konsumenten.<sup>123</sup>

Nätverkseffekter kan ha såväl positiva som negativa effekter för konkurrensen på en marknad. Om en stor andel av konsumenter inom en särskild marknad väljer en och samma leverantör av en tjänst eller produkt, kan det företaget få en dominerande ställning. Detta skedde vid introduktionen av högkvalitets diskläsare på marknaden, där HD DVD konkurrerade med Blu-ray. Marknaden tippade åt Blu-ray eftersom de större marknadsaktörerna valde den teknologin. Liknande gällde för Google och

---

<sup>118</sup> Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report s. 7.

<sup>119</sup> M.8124 *Microsoft/LinkedIn* para. 347.

<sup>120</sup> Bailey & Whish (2018) s. 11.

<sup>121</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 120-121.

<sup>122</sup> *Ibid.* s. 121.

<sup>123</sup> Bailey & Whish (2018) s. 11-12.



sökmotorsmarknaden inom EU.<sup>124</sup> Nätverkseffekter har ansetts vara anledningen till att nya verktyg behövs för att hantera konkurrens inom digitala marknader. Nätverkseffekter bidrar till att låsa in användare i plattformens egna ekosystem, vilket motverkar incitament till multihoming.<sup>125</sup> Det finns ett stort övertag med att vara först på en marknad. Följaktligen kan det här leda till att bättre, mer innovativa leverantörer av produkter eller tjänster inte kan ta över en marknad från en sämre leverantör som kom tidigare.<sup>126</sup>

### 3.2.1.2 Digitala plattformar

Digitala plattformar förenklar och möjliggör transaktioner mellan leverantörer och konsumenter. Delningstjänsterna kräver ingen anställd personal, vilket sparar in tid och resurser.<sup>127</sup> Uber och Airbnb har de senaste åren vuxit till att bli några av de största exemplen.<sup>128</sup> Digitala plattformar underlättar dessutom för små- till medelstora företag att erbjuda sina tjänster och produkter. Genom att erbjuda sin tjänst eller produkt via en plattform kan nyetablerade företag nå ut till större kundgrupper och nya marknader.<sup>129</sup> Konsumenter kan även via plattformen erbjudas fler val och lägre priser.<sup>130</sup> Två-, eller flersidiga, plattformar för samman två eller flera kundgrupper, så som kreditkort, operativsystem och spelkonsoler.<sup>131</sup> Flersidigheten underlättar interaktionen mellan användarna på plattformen, vilket leder till lägre transaktionskostnader och en ökad konkurrens.<sup>132</sup> Definitionen av en plattform har diskuterats. I sin enklaste form krävs dock någon form av nätverkskomponent.<sup>133</sup>

---

<sup>124</sup> Bailey & Whish (2018) s. 12.

<sup>125</sup> Competition policy for the digital era s. 20-21.

<sup>126</sup> Ibid. s. 22-23.

<sup>127</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 80.

<sup>128</sup> Ibid. s. 82.

<sup>129</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 7.

<sup>130</sup> Ibid. s. 7-8.

<sup>131</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 120.

<sup>132</sup> An introduction to Online Platforms and their role in the digital transformation s. 21.

<sup>133</sup> Competition policy in the digital era s. 21.

### 3.2.1.2.1 Plattformars särskilda ansvar

Digitala plattformar kan dock vara problematiska. Det är inte ovanligt att de erbjuder sina egna tjänster och produkter på plattformen de själva reglerar, vilket ökar incitament till konkurrenshämmande beteende.<sup>134</sup> Detta kan ske genom att höja inträdesbarriärerna på marknaden eller genom att stänga ute faktiska eller potentiella konkurrenter. Resultatet är skador för konsumenter och utvecklingen av konkurrensen som sådan.<sup>135</sup> Incitamenten till att favorisera sina egna produkter och tjänster ökar även.<sup>136</sup> Dessutom kan de tillämpa konkurrenshämmande villkor gentemot konkurrenter, vilket i slutändan skadar konsumenter.<sup>137</sup> Därav har de ett särskilt ansvar för att upprätthålla en rättvis konkurrens.<sup>138</sup> Bedömningssvårigheten ligger i att avgöra vad plattformen själv får bestämma. Grunden bör dock vara att inte hämma en effektiv konkurrens mellan plattformarnas egna tjänster och produkter och konkurrenternas tjänster och produkter.<sup>139</sup> Det här kan åtgärdas på olika sätt. Exempelvis kan plattformar åläggas en skyldighet att visa att självpreferens inte i längden utesluter andra produkter.<sup>140</sup> Ur konkurrenssynpunkt kan ett fåtal antal plattformar vara hälsosamt. Svårigheten föreligger därmed i att utarbeta ett regelverk som förbättrar konkurrenssituationen för marknaden, istället för konkurrensen inom marknaden.<sup>141</sup>

### 3.2.1.2.2 Plattformars dataanvändning

Plattformars datainsamling kan även vara skadligt. Dataportabilitet syftar på möjligheten för användare av en tjänst att kunna förflytta den data som redan

---

<sup>134</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 17.

<sup>135</sup> Ibid. s. 8.

<sup>136</sup> Så var fallet i *Google Shopping*.

<sup>137</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 8.

<sup>138</sup> Competition policy for the digital era, s. 61.

<sup>139</sup> Ibid. s. 62.

<sup>140</sup> Ibid. s. 67.

<sup>141</sup> Ibid. s. 55.

har samlats kring dem till en ny tjänst. Ur en konkurrensrättssynvinkel är det påkallat att dominanta plattformar har strängare regler kring dataportabilitet än icke-dominanta plattformar.<sup>142</sup> Datainteroperabilitet syftar på när två system kommunicerar och delar information och data med varandra. Det här kan vara en viktig aspekt inom utvecklandet av komplementära tjänster, samt för innovation.<sup>143</sup> Interoperabilitet är direkt kopplat till nätverkseffekter. Incitament till att byta från en tjänst till en annan är låga, i de fall en stor användarkrets är ansluten till den första tjänsten.<sup>144</sup> Det leder i sin tur till höjda inträdesbarriärer för potentiella konkurrenter. En möjlig åtgärd skulle kunna vara tvingad interoperabilitet, vilket exempelvis har gjorts inom telekommunikationsmarknaden.<sup>145</sup>

### 3.2.1.3 Plattformmarknader

Plattformmarknader skiljer sig från traditionella marknader. Låga koncentrationer och hög konkurrens mellan plattformar gynnar nödvändigtvis inte konsumenter. Det leder till en fragmentering av marknaden, vilket i sin tur leder till minskade nätverkseffekter. På en plattformsmarknad kan en monopolställning faktiskt gynna konsumenterna. Om olika kundgrupper använder samma plattform, ökar värdet av nätverkseffekterna.<sup>146</sup> Däremot kan avtal mellan plattformen och dess användare hämma konkurrensen på marknaden. Exempelvis kan en plattform som erbjuder en marknadsplats kräva att en återförsäljare inte får ha högre priser på andra marknadsplatser.<sup>147</sup> Det här kan i sin tur försämra konkurrensen och utgöra etableringshinder.<sup>148</sup>

Det faktum att höga marknadskoncentrationer är eftertraktad inom plattformsmarknader innebär dock inte att konkurrensrättspolicy inte behövs.

---

<sup>142</sup> Competition policy for the digital era s. 58.

<sup>143</sup> Ibid. s. 58-59.

<sup>144</sup> Jfr. sociala medier.

<sup>145</sup> Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report s. 16.

<sup>146</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 125-126

<sup>147</sup> Vertical restraints for online sales, s. 23.

<sup>148</sup> Vertical restraints in the internet economy, s. 8.

Det innebär däremot att den bör utformas annorlunda från andra sektorer.<sup>149</sup> En hög marknadskoncentration riskerar att tippa marknaden mot en enskild aktör.<sup>150</sup> Konkurrensverket menar att det de befintliga reglerna kan hantera plattformsmarknader.<sup>151</sup> Däremot efterfrågas nya befogenheter, så som att kunna säkra digitala bevis samt utökade möjligheter för informationsutbyte med andra nationella konkurrensmyndigheter.<sup>152</sup>

### **3.2.2 Marknader med strukturell avsaknad av konkurrens**

Vissa marknader kännetecknas av en strukturell avsaknad av konkurrens. I synnerhet gäller det här marknader som riskerar att tippa. Nätverkseffekter kan leda till en koncentrerad marknad med få aktörer. I fall konsumenter eller andra företag i princip blir tvungna att ansluta sig till ett visst företag riskerar då marknaden att tippa, vilket leder till monopol.<sup>153</sup> Det här kan exempelvis ske om en plattform växer sig så pass stor inom en marknad att konkurrerande företag inte kan etablera sig. Konkurrens sker om själva marknaden, till skillnad från konkurrens inom marknaden.<sup>154</sup> Dessutom har det här gett upphov till grindvakter. Företag kan genom sin marknadsposition utöva oproportionerligt mycket makt.<sup>155</sup> Eftersom en etablerad marknadsposition är svår att rubba, är det påkallat med en förhandsreglering. Det hade tillåtit ingripande i ett tidigt stadium, innan grindvaktstitionen skapas.<sup>156</sup> Digitala aktörer kan, å andra sidan, i regel inte utnyttja sin monopolställning på samma sätt som traditionella företag kan. Ifall användare utan större kostnad kan byta

---

<sup>149</sup> Competition policy for the digital era s. 23.

<sup>150</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 126.

<sup>151</sup> Ibid. s. 146-147.

<sup>152</sup> Ibid. s. 146-147.

<sup>153</sup> Konkurrensen i Sverige (2018) s. 63.

<sup>154</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 8.

<sup>155</sup> Förslag till lag om digitala marknader para. 3.

<sup>156</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 2.

plattform, eller möjligheterna till multihoming är stora, kan det fungera som en motbalans till marknader som riskerar att tippa.<sup>157</sup>

### 3.3 Digitaliseringens påverkan

Traditionell konkurrens, med ett stort antal företag aktiva inom och konkurrerande om samma marknad, är inte alltid möjligt i digitala marknader.<sup>158</sup> Teknologiska utvecklingar har medfört att företag kan samla, spara och använda stora mängder användardata. Det har, tillsammans med starka nätverkseffekter, bidragit till enorma konkurrensfördelar.<sup>159</sup>

E-handel definieras som när ett företag eller en konsument säljer, köper eller byter en produkt eller tjänst via internet. En förutsättning för att kunna bedriva e-handel är en digital plattform och en digital infrastruktur.<sup>160</sup> Enligt kommissionens riktlinjer utgör internet ett särskilt effektivt verktyg för att nå fler kunder än traditionella försäljningsmetoder.<sup>161</sup> E-handlare kan använda sig av olika mjukvaruprogram som samlar in data om konsumenter. Den här, oftast omfattande, insamlingen av data leder till att konsumenten lättare kan hitta relevanta produkter baserat på intressen och tidigare köp.<sup>162</sup> Det har i sin tur lett till utvecklandet av nya applikationer, verktyg och metoder för att ytterligare öka företagens konkurrenskraft.<sup>163</sup> Med det här sagt indikerar trender att e-handlare i viss utsträckning etablerar fysiska butiker, vilket tyder på att handel fortfarande bedrivs på traditionella sätt.<sup>164</sup>

---

<sup>157</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 9.

<sup>158</sup> Competition policy for the digital era s. 19.

<sup>159</sup> Ibid. s. 24.

<sup>160</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 18.

<sup>161</sup> Riktlinjer om vertikala begränsningar para. 52.

<sup>162</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 31-32.

<sup>163</sup> Competition policy for the digital era s. 24.

<sup>164</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 20.

E-handel har positiva effekter för konkurrensen och konsumentvälfärden. Att kunna jämföra varor och priser innan ett köp genomförs har en prispressande effekt. Samtidigt spelar geografiska avstånd inte någon roll, vilket betyder att konsumenterna lätt kan byta återförsäljare.<sup>165</sup> Den förhöjda internationella konkurrensen ökar konkurrenskraften ytterligare.<sup>166</sup> Det leder till ett bredare sortiment, lägre priser och bättre erbjudanden.<sup>167</sup> Dessutom är etableringsströsklar lägre än i fysiska butiker, vilket leder till en ökad närvaro på digitala plattformar.<sup>168</sup> Däremot kan, på sikt, handeln koncentreras till färre och större återförsäljare. Små- och medelstora företag kan då få svårt att konkurrera med pris, eftersom behov av geografisk närhet försvinner, vilket leder till ökade priser för konsumenterna.<sup>169</sup>

Algoritm-baserade mjukvaruprogram har gjort det lätt för e-handlare att jämföra och justera priser gentemot konkurrenter. Programmen tillåter e-handlare att i realtid anpassa sina priser, vilket ökar priskonkurrensen på marknaden. Samtidigt kan incitamenten till att erbjuda lägre priser sänkas, eftersom konkurrenter anpassar sina priser automatiskt.<sup>170</sup> Prissamarbeten överlag är förbjudna enligt konkurrensreglerna, vilket dessa mjukvaruprogram underlättar.<sup>171</sup> Digitala marknadsplatser kan således få en stark position på marknaden. Marknadsplatsen blir mer attraktiv för konsumenterna ju fler återförsäljare som finns på marknadsplatsen och vice versa.<sup>172</sup> Det kan dock finnas nackdelar förknippade med digitala marknadsplatser. Avgifterna för återförsäljare kan vara höga och e-handlaren eget utrymme kan vara begränsat. Dessutom kan plattformen ha restriktiva villkor i förhållande till exempelvis kunddata och kundtillgång, till

---

<sup>165</sup> Det stora detaljhandelsskiftet s. 13.

<sup>166</sup> Ibid. s. 35-36.

<sup>167</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 39.

<sup>168</sup> Ibid. s. 21.

<sup>169</sup> Ibid. s. 22.

<sup>170</sup> Ibid. s. 46.

<sup>171</sup> Ibid. s. 47.

<sup>172</sup> Ibid. s. 57.

nackdel för enskilda aktörer på marknadsplatsen.<sup>173</sup> Vidare kan plattformar ha en reglerande roll, genom att styra regelverket bakom plattformen.<sup>174</sup> Facebook styr i den bemärkelsen över hur 1,5 miljarder människor interagerar. Google hanterar uppåt 64 % av alla sökningar online i USA och över 90 % av sökningar online i Europa.<sup>175</sup> Reglerna ser olika ut beroende på vilken tjänst det är som regleras. En digital marknadsplats kan exempelvis styra vem som får och inte får vara aktiv på marknaden, hur säljare får presentera sina produkter, och pris- och återförsäljningsregler. Det påverkar hur konkurrensen på marknadsplatsen fungerar.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 58.

<sup>174</sup> Competition policy for the digital era s. 54.

<sup>175</sup> Ibid. s. 60.

<sup>176</sup> Ibid. s. 60.

## 4 De nya lagförslagen

Förslaget om nya konkurrensregler syftar till att fylla ut de hål som anses finnas i den befintliga EU-rättsliga konkurrenslagstiftningen.<sup>177</sup> Det eftersöks dels en reglering riktad mot marknader med strukturella konkurrensproblem<sup>178</sup>, dels en plattformsspecifik förhandsreglering<sup>179</sup>. Inom såväl konkurrens- som koncentrationsärenden upplevs den befintliga konkurrenslagstiftningen inte vara tillräcklig.<sup>180</sup> Initiativens generella mål är att säkerställa en effektiv och ohämmad konkurrens inom den inre marknaden. Detta kommer leda till konkurrensfrämjande effekter i form av lägre priser och högre kvalitet, samt mer innovation och fler val för konsumenter. Med ett hälsosammare marknadsklimat kommer även små och medelstora företag bättre kunna konkurrera med stora aktörer.<sup>181</sup> Tillkännagivandet om ett förslag om nya konkurrensverktyg för att hantera de påstådda problemen som föreligger inom konkurrensrätten har skapat mycket diskussion. Svenskt Näringsliv har exempelvis ställt sig kritiska till förslaget.<sup>182</sup>

### 4.1 Bakgrund

Kommissionen menar att en holistisk och omfattande strategiändring krävs. Inledningsvis behövs fortsatt kraftfull tillämpning av befintliga konkurrensregler, genom att artiklarna 101 och 102 FEUF används till fullo. Det innefattar att interimistiska och reparativa åtgärder bör kunna användas vid behov. Vidare menas att en eventuell förhandsreglering för digitala plattformar krävs. I synnerhet betonas vikten av krav för plattformar med en

---

<sup>177</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 1.

<sup>178</sup> Ibid. s. 1.

<sup>179</sup> Ex ante regulation s. 1.

<sup>180</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 1.

<sup>181</sup> Ibid. s. 2.

<sup>182</sup> Rapport: Nytt konkurrensverktyg för digitala marknader.



grinvaktsposition. Slutligen föreslås ett nytt konkurrensverktyg för att hantera strukturella problem som inte kan hanteras med den befintliga lagstiftningen. Med strukturella brister menar man bland annat marknader som riskerar att tippa.<sup>183</sup>

Interimistiska åtgärder har tidigare tillämpats framgångsrikt. Konkurrensverket inledde exempelvis en process gentemot Im With Bruce AB, ett träningsföretag som tillämpade exklusivitetsavtal med olika träningsanläggningar. Avtalen stadgade att träningsanläggningarna inte fick ingå affärsförhållanden med företag som bedrev konkurrerande verksamhet med Im With Bruce AB. Företaget inkom med frivilliga åtaganden, varpå Konkurrensverket la ner utredningen.<sup>184</sup> Det här beslutet kom kort efter ett liknande beslut togs från kommissionen. Interimistiska åtgärder användes då gentemot Broadcom, ett företag inom teknologisk infrastruktur, för att hindra denne att tillämpa vissa begränsande kontraktsskyldigheter gentemot återförsäljare.<sup>185</sup>

Det har ifrågasatts huruvida EU:s konkurrensrättsligaregelverk är utrustat för att hantera digitala marknader. Det ifrågasätts dock även huruvida ett nytt regelverk är befogat. I en samlad rapport från de nordiska konkurrensmyndigheterna menas att det nuvarande regelverket, historiskt sett, har varit kapabelt att hantera snabbföränderliga marknader. Konkurrenslagstiftningen är robust och tillräckligt flexibelt att hantera merparten av de konkurrenshämmande förfaranden som sker inom digitala marknader.<sup>186</sup> Det danska konkurrensverket beslutade exempelvis 2020 om

---

<sup>183</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip\\_20\\_977](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_20_977)

<sup>184</sup> Dnr 572/2019 s. 2.

<sup>185</sup> AT.40608 *Broadcom*.

<sup>186</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s.

fyra olika fall där digitala plattformar ansågs överträda konkurrensreglerna.<sup>187</sup> De ställer sig alltså dock positiva till förslaget om nya konkurrensverktyg.<sup>188</sup> Ett nytt verktyg hade kunnat komplettera det befintliga systemet och tillföra en ny dimension till den EU-rättsliga konkurrenstillsynen.<sup>189</sup> Förslaget riktas mot marknader där strukturella konkurrensproblem har identifierats. Det hade gett kommissionen befogenheten att tillämpa åtgärder utan en överträdelse av konkurrensreglerna skett.<sup>190</sup> Liknande regulatoriska instrument finns tillgängliga och används i Island<sup>191</sup> och i Storbritannien<sup>192</sup>. Så väl det isländska som det brittiska tillvägagångssättet har visat sig vara till fördel för konsumenter.<sup>193</sup>

## 4.2 Nytt konkurrensverktyg

I den inledande konsekvensanalysen för ett nytt konkurrensverktyg presenterade kommissionen fyra olika alternativ.<sup>194</sup> Det första förslaget är ett dominansbaserat verktyg med horisontell räckvidd. Under det här förslaget skulle det huvudsakliga målet vara att ge kommissionen, i nära samarbete med nationella konkurrensmyndigheter, möjligheten att identifiera möjliga konkurrensöverträdelser från dominanta företag. Vidare skulle det kunna ingripas i tidigt skede. Ingreppande skulle kunna ske innan företaget lyckats stänga marknaden och höja inträdesbarriärerna och på så sätt höja

---

<sup>187</sup> <https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20200630-danish-competition-council-ageras-has-infringed-competition-law/>,  
<https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20200826-commitment-decision-on-the-use-of-a-minimum-hourly-fee-happy-helper/>

<sup>188</sup> Ibid. s. 19.

<sup>189</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 18.

<sup>190</sup> Ibid. s. 18.

<sup>191</sup> Se exv. Artikel 16(1) av Islands konkurrenslag.

<sup>192</sup> Se exv. Competition Commission - *Guidelines for market investigations* p. 34.

<sup>193</sup> *Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level* s. 18.

<sup>194</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 3.

kostnaderna för företag som försöker träda in på marknaden.<sup>195</sup> Det andra förslaget är ett dominansbaserat verktyg med begränsat tillämpningsgrad. Likt det första förslaget skulle det här vända sig mot ensidigt beteende från dominanta företag, dock utan krav på tidigare överträdelser vad gäller artikel 102 FEUF. Det här förslaget vänder sig endast till särskilt problematiska sektorer eller marknader med höga inträdesbarriärer.<sup>196</sup> Det tredje förslaget är utformat som ett strukturbaserat verktyg med horisontell omfattning. Det strukturbaserade elementet skulle tillåta, till skillnad från de två föregående förslagen, kommissionen att identifiera och åtgärda konkurrensrättsliga problem som inte fångas upp alls eller ineffektivt av konkurrenslagstiftningen. Därmed omfattar den inte endast dominanta företag utan har en bredare tillämpningsgrad. När kommissionen identifierar en strukturell risk mot konkurrensen, eller en strukturell avsaknad av konkurrens, inom den inre marknaden skulle kommissionen därmed kunna ingripa.<sup>197</sup> Det slutliga förslaget är ett strukturbaserat verktyg med begränsad omfattning. Likt det föregående förslaget vänder sig det här till ett bredare tillämpningsområde. Däremot skulle det endast vara tillämpligt i de sektorer där riskerna mot konkurrensen eller den inre marknaden är som mest verksamma. Det handlar exempelvis om digitala marknader eller marknader med särskilt höga inträdesbarriärer.<sup>198</sup> Samtliga alternativ ger kommissionen befogenheter att tillämpa åtgärder utan någon överträdelse av artiklarna 101 eller 102 FEUF. Åtgärderna skulle exempelvis syfta till att förändra marknadsbeteende eller förelägga strukturella åtgärder.<sup>199</sup>

Det övergripande syftet med lagförslaget är att motarbeta negativa konkurrensförändringar, så som höjda priser, färre valmöjligheter för konsumenter, lägre kvalitet och mindre innovation. De två första förslagen har

---

<sup>195</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 3.

<sup>196</sup> Ibid. s. 3.

<sup>197</sup> Ibid. s. 3.

<sup>198</sup> Ibid. s. 3.

<sup>199</sup> Ibid. s. 4.

ett tydligt fokus på dominanta marknadsaktörer och dess ansvar på marknaden. Eftersom det krävs att hitta och identifiera dominans är dock de här båda förslagen sammanhäftade med vissa processuella svårigheter. De två sistnämnda förslagen har en bredare tillämpningsgrad, då de även omfattar strukturella problem så som marknader som riskerar att tippa samt oligopolistiska marknadsstrukturer.<sup>200</sup>

Nya konkurrensverktyg hade kunnat motverka oligopolistiska marknadsstrukturer och därmed konkurrenshämmande marknadsbeteende.<sup>201</sup> Å andra sidan skulle det innebära ett markant utvidgande av kommissionens befogenheter. De nordiska konkurrensmyndigheterna menar att proportionalitets- och legalitetsprincipen därmed behöver uppfyllas. Även företagens rättigheter behöver betänkas, så som rätt till försvar och rätt till rättslig prövning.<sup>202</sup> Förslaget behöver underbyggas med tydliga riktlinjer som fastställer tröskelvärden för tillämpning, transparens och tillräcklig grad av förutsägbarhet. Utöver det här poängteras att de företag som utsätts för tillämpningen av verktyget bör ha rätt till liknande mekanismer som återfinns i mer traditionell konkurrensrättstillsyn. Slutligen poängteras även vikten av förutsägbarhet och rättssäkerhet kring tillämpningen av verktyget.<sup>203</sup>

## **4.3 Förhandsreglering för digitala plattformar**

Kommissionen la under hösten fram ett förslag till en förhandsreglering för digitala plattformar. Däri stadgas, bland annat, kriterier för att klassificeras

---

<sup>200</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 3-4.

<sup>201</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 19.

<sup>202</sup> Ibid. s. 19.

<sup>203</sup> Ibid. s. 19.

som en grindvakt.<sup>204</sup> Behovet av en ny förhandsreglering ansågs föreligga med hänsyn till hur resurs- och tidskrävande förfaranden enligt artikel 101 och 102 FEUF är. Det krävs komplexa analyser för att utröna huruvida ett företag har överskridit konkurrensreglerna, vilket sker ex post. Vidare kan det nuvarande regelverket inte lösa de problem som hotar den inre marknaden. Grindvakter kan hämma utvecklingen av en effektiv konkurrens, utan att anses vara dominanta. De kan därmed undkomma tillämpningen av artikel 102 FEUF.<sup>205</sup> En förhandsreglering för digitala plattformar har föreslagits i *Stigler-* och *Furmanrapporterna*.<sup>206</sup> Även de nordiska konkurrensmyndigheterna har ställt sig positiva till det här.<sup>207</sup> Liknande förslag har dessutom diskuterats inom andra stora jurisdiktioner så som exempelvis Japan<sup>208</sup>, Australien<sup>209</sup> och USA<sup>210</sup>.

### 4.3.1 Vad omfattar lagförslaget?

Lagförslaget riktar sig särskilt mot vissa kärntjänster och kärnprodukter inom digitala marknader där konkurrenskraften är låg och orättvisa villkor tillämpas. Förmedlingstjänster, sökmotorstjänster, tjänster för sociala medier samt videodelningsplattformar omfattas. Vidare omfattas även vissa närliggande tjänster så som betalningstjänster.<sup>211</sup> I kärnan av lagförslaget ligger definitionen av grindvakter. Artikel 3 ställer upp kvantitativa och kvalitativa kriterier. En leverantör av en kärnplattform ska anses ha en grindvaksroll om den har en betydande inverkan på den inre marknaden, om plattformen fungerar som en viktig grindvakt för företag som vill nå ut till

---

<sup>204</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0842&from=sv>

<sup>205</sup> Förslag till lagen om digitala marknader para. 4-5.

<sup>206</sup> Se *Stigler-* och *Furmanrapporterna*.

<sup>207</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 16.

<sup>208</sup> <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031.html>

<sup>209</sup> <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>

<sup>210</sup> <https://www.ftc.gov/policy/hearings-competition-consumer-protection>

<sup>211</sup> Förslag till lagen om digitala marknader para. 13-14.

konsumenter samt att den har en befäst position på marknaden eller att den troligt kommer att få en sådan position inom en snar framtid. En helhetsbedömning krävs. Som ledning i bedömningen bör i synnerhet skalfördelar, nätverkseffekter och inlåsnings effekter beaktas.<sup>212</sup> Artikel 3.2 stadgar en presumtion vid uppfyllande av särskilda kvantitativa gränsvärden. Företag kan dock motsätta sig den här presumtionen, genom att visa att de objektiva kriterierna inte är uppfyllda i förhållande till de tjänster företaget erbjuder.<sup>213</sup> Artiklarna 5 och 6 stadgar att användare av en plattform självmant bör kunna styra över hur deras data används. Det här motverkar i sin tur extrem dataackumulation.<sup>214</sup> Förslaget hindrar även grindvakter från att hämma företagskunders möjlighet att annonsera sina tjänster eller produkter på andra förmedlingstjänster, och därmed kunna erbjuda bättre kvalitet till lägre priser.<sup>215</sup> Det poängteras vidare att annonserings- och reklamvillkor ska göras mer transparenta.<sup>216</sup> Lagen vänder sig även till det faktum där en plattform kan agera som förmedlare av och kund till sin egen plattformstjänst. Plattformen kan i dessa fall använda data samlad från användare av plattformen för att förbättra sina egna tjänster. Därmed bör plattformar förbjudas från att använda aggregerad data, som inte är tillgänglig till konkurrenter till plattformen.<sup>217</sup> Liknande bör en plattform inte kunna preferera sina egna produkter och tjänster över konkurrerande produkter och tjänster.<sup>218</sup>

### 4.3.2 Varför behövs en ändring?

Även om digitaliseringen har inneburit ökad konsumentvälfärd så har problem uppmärksammats. Tack vare ett fåtal stora aktörers starka

---

<sup>212</sup> Förslag till lagen om digitala marknader para. 24-25.

<sup>213</sup> Ibid. para. 23.

<sup>214</sup> Ibid. para. 36.

<sup>215</sup> Ibid. para. 37.

<sup>216</sup> Ibid. para. 42.

<sup>217</sup> Ibid. para. 43.

<sup>218</sup> Ibid. para. 49.

marknadspositioner blir mer traditionella företag allt mer beroende av dessa. Dessutom hämmas innovation hos nya digitala aktörer. Digitala plattformar skapar i större utsträckning än förut heltäckande digitala ekosystem, vilket medför att det inte finns utrymme för nya aktörer att etablera sig. Det leder i sin tur till nackdelar för konsumenterna och företagen vad gäller innovativa lösningar och valbarhet av produkter och tjänster. Slutligen menar man att den stora tillgången till användardata hos digitala aktörer leder till att de lätt kan etablera sig i närliggande marknader utan större kostnader. Detta innebär således att även dessa närliggande marknader riskerar att tippa.<sup>219</sup> I slutändan menar kommissionen att en förhandsreglering kommer leda till öppnare, mer rättvisa, mer lättillgängliga och en mer konkurrenskraftig marknad.<sup>220</sup>

Den nya regleringen är tänkt som ett komplement till förordningen om rättvisare villkor för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster<sup>221</sup>, som är en lagstiftning som syftar till att skapa ett mer rättvist och öppet företagsklimat på onlinebaserade plattformar. Bland annat stadgar regelverket att användare av en plattform ska ges en skälig uppfattning om användarvillkoren på plattformen.<sup>222</sup> Den nya föreslagna förhandsregleringen skulle rikta sig särskilt till företag som identifieras tack vare sina starka nätverkseffekter, antal användare samt möjligheterna att påverka närliggande marknader med hjälp av mängden insamlade data. Det föreslås även möjligheten för tillsyn och ingripande på EU-nivå.<sup>223</sup>

Även om det funnits visst stöd för en förhandsreglering finns det många aspekter att ta vara på. De nordiska konkurrensmyndigheterna menar att harmonisering bör ligga till grund för den europeiska konkurrensrättspolicyn.

---

<sup>219</sup> Ex ante regulation s. 2.

<sup>220</sup> Ibid. s. 3.

<sup>221</sup> Förordning 2019/1150 om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster.

<sup>222</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 17.

<sup>223</sup> Ex ante regulation s. 4.

Det motverkar regulatorisk fragmentering och försäkrar en effektiv marknadsutveckling. En harmoniserad policy på EU-nivå främjar vidare förutsägbarheten och rättssäkerheten.<sup>224</sup> Vidare poängteras vikten av nödvändig kompatibilitet mellan nya lagförslag och det rådande regelverket. Tydliga och konsekventa riktlinjer krävs, där problemen som de nya lagförslagen ska bemöta kartläggs, för att säkerställa en effektiv tillsyn.<sup>225</sup> De menar dock att en förhandsreglering skulle kunna medföra fördelar. Konkurrensrätten är som bekant präglad av resurs- och tidskrävande processer. En förhandsreglering hade kunnat ha en omedelbar effekt, där ingripande sker innan skador åsamkas.<sup>226</sup> En annan fördel är att plattformar som inte nödvändigtvis är dominanta enligt konkurrenslagstiftning, och därmed faller utanför dess tillämpningsområde, omfattas.<sup>227</sup> Det konstateras å andra sidan att en förhandsreglering inte är lika flexibel som det nuvarande regelverket. Digitala marknader är snabbföränderliga. Dessutom poängteras att ett enskilt förfarande oftast har såväl främjande som hämmande effekter, vilket en förhandsreglering inte beaktar. Slutligen eftersöks tydliga kriterier för när ett regleringen blir tillämplig.<sup>228</sup>

## 4.4 Legal grund

Den legala grunden för det ändringsförslagen föreslås vara artikel 114 FEUF.<sup>229</sup> Artikel 103 FEUF syftar till att effektivt, genom förordningar och direktiv, tillämpa de principer som anges i artiklarna 101 och 102 FEUF. Artikel 114 stadgar det lagstiftningsförfarande som bör tillämpas för att upprätthålla den inre marknaden. Artikel 103 FEUF ger inte någon möjlighet att reglera utöver artikel 101 eller 102 FEUF. Enligt protokoll nr 27 om den

---

<sup>224</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 16.

<sup>225</sup> Ibid. s. 16.

<sup>226</sup> Ibid. s. 17.

<sup>227</sup> Ibid. s. 17.

<sup>228</sup> Ibid. s. 17.

<sup>229</sup> Förslag till lag om digitala marknader p. 2., New Competition Tool ("NCT") s. 2.



inre marknaden och konkurrens kan EU, i vissa fall, enligt artikel 352 FEUF tillämpa nya regler för att skydda konkurrens och den inre marknaden. Artikel 352 FEUF kräver dock enlighet hos medlemsstaterna. Det senaste presenterade förslaget från kommissionen stadgade att lagförslaget bör baseras på artikel 114 FEUF.<sup>230</sup> Artikeln stadgar att EU får besluta om åtgärder i syfte att upprätthålla den inre marknaden eller säkerställa dess funktion i enlighet med tillämpliga bestämmelser i fördragen.<sup>231</sup> Till skillnad från artikel 352 FEUF krävs ingen enlighet hos medlemsstaterna vid beslut om åtgärder enligt artikel 114 FEUF. Enligt praxis kan åtgärder som inte harmoniserar nationella regler inte beslutas om med artikel 114 FEUF som grund.<sup>232</sup>

## 4.5 Enhetlig strategi

Att kunna ingripa på en EU-rättslig nivå speglar hur marknaderna ser ut idag. Digitala marknader och marknadsaktörer är oftast gränsöverskridande och det är inte ovanligt att företag tillämpar en marknadsstrategi som sträcker sig över hela EU.<sup>233</sup> Den gränsöverskridande naturen talar för att en enhetlig strategi krävs. Det motverkar regulatorisk splittring och säkerställer att lika fall bedöms lika i olika medlemsstater. Vidare krävs att konkurrensmyndigheter från olika medlemsstater har medel och resurser nog att samarbeta. Samarbetet kan se ut på olika sätt. Exempelvis bidrar nationella konkurrensmyndigheter över hela EU till kommissionens arbete genom uppdatering av riktlinjer och beslutspraxis.<sup>234</sup>

---

<sup>230</sup> Förslag till lagen om digitala marknader para. 2.

<sup>231</sup> Jfr. artikel 26 FEUF.

<sup>232</sup> Förslag till avgörande i C-270/12 *Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd* para. 36.

<sup>233</sup> New Competition Tool ("NCT") s. 2.

<sup>234</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 12.

## 4.5.1 Paralleller med andra marknader

Det har återkommande poängterats att en harmoniserad strategi krävs. Inspiration för det här har hämtats från liknande regulatoriska verktyg inom exempelvis telekommunikationsmarknader. Dessa, liksom digitala marknader, är präglade av starka nätverkseffekter.<sup>235</sup> Det har överlag beskrivits som viktigt för telekommarknaden att fungera mer konkurrenskraftigt.<sup>236</sup> Genom ramdirektivet för gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationstjänster kan nationella myndigheter vidta vissa åtgärder, exempelvis analys och definition av relevanta marknader samt beteckning av särskilt starka marknadsaktörer.<sup>237</sup> I direktivet anges att det är väsentligt att reglerade förhandsskyldigheter endast används där konkurrensen inte är effektiv. Med det här menas marknader där det finns ett eller flera företag med betydande inflytande på marknaden och där åtgärder från nationell konkurrenslagstiftning och EU inte är tillräckliga.<sup>238</sup> Kombinationen av en förhandsreglering samt en effektiv tillämpning av konkurrensregler har beskrivits som väsentlig för den europeiska telekommunikationsmarknadens konkurrens klimat.<sup>239</sup>

## 4.6 ECN+-direktivet

Arbete med stärkande av tillsyn inom konkurrensrätten pågår på andra håll. ECN+-direktivet syftar till att ge nationella konkurrensmyndigheter nödvändiga garantier för oberoende, resurser och befogenheter. Därmed kan de kontrollera efterlevnad och påföra sanktionsavgifter som är nödvändiga för att säkerställa att olika resultat inte nås vid tillämpning av gemenskapslagstiftningen och nationell lagstiftning.<sup>240</sup> Enligt förordning

---

<sup>235</sup> Ex ante regulation s. 4.

<sup>236</sup> [https://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/overview\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/overview_en.html)

<sup>237</sup> Direktiv 2002/21/EG artikel 7 och 7a.

<sup>238</sup> Ibid. para. 27.

<sup>239</sup> [https://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/overview\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/overview_en.html)

<sup>240</sup> ECN+-direktivet inlagan para. 3

1/2003 ska de nationella konkurrensmyndigheterna tillsammans med kommissionen efterleva kontrollen av artiklarna 101 och 102 FEUF. Enligt artikel 3.2 i förordning 1/2003 ska i regel samma resultat uppnås, oavsett om den nationella lagstiftningen tillämpas eller om unionsrätten tillämpas. När det gäller åtgärder vid en överträdelse av EU:s konkurrensregler ställs vidare krav på proportionalitet. Åtgärderna måste vara nödvändiga för att få överträdelsen att upphöra.<sup>241</sup> Grunderna för ECN+ direktivet är att nationella konkurrensmyndigheter saknar de befogenheter som krävs för att effektivt kunna tillämpa unionens konkurrensregler. Skillnader mellan nationella konkurrensmyndigheters tillgång till resurser, befogenheter eller krav på oberoende kan leda till att olika medlemsstater bedömer samma överträdelse olika beroende på vilken medlemsstat det sker i.<sup>242</sup> En sådan ojämnhet riskerar att snedvrider konkurrensen på den inre marknaden och undergräver konkurrenslagstiftningens funktion.<sup>243</sup> Dessa begränsningar riskerar att urholka systemet med parallell befogenhet mellan nationella konkurrensmyndigheter och kommissionen, som är utformat att fungera som ett nära samarbete inom EU. En ineffektiv efterlevnadskontroll snedvrider konkurrensen för laglydiga företag och urholkar konsumenternas förtroende för den inre marknaden, särskilt i digitala miljöer.<sup>244</sup> Direktivet syftar därmed, bland annat, till att ge konkurrensmyndigheter den oberoende ställning som krävs<sup>245</sup>, olika utredningsbefogenheter<sup>246</sup>, samt möjligheten att besluta om interimistiska åtgärder<sup>247</sup>. Interimistiska åtgärder anses vara ett viktigt verktyg för att försäkra sig om att överträdelser som utreds inte allvarligt och irreparabelt skadar konkurrensen.<sup>248</sup>

---

<sup>241</sup> Förordning 1/2003 inlagan para. 12. Se även artikel 7.

<sup>242</sup> ECN+-direktivet inlagan para. 5.

<sup>243</sup> Ibid. inlagan para. 6.

<sup>244</sup> Ibid. inlagan para. 7.

<sup>245</sup> Ibid. artikel 4.

<sup>246</sup> Ibid. artikel 6–9.

<sup>247</sup> Ibid. artikel 11.

<sup>248</sup> Ibid. inlagan para. 38.

## 5 Konkurrensrättspolicy i den digitala eran

Den senaste tiden har präglats av flertalet rapporter som har kartlagt digitaliseringens utveckling. Därtill har regulatoriska utmaningar presenterats.<sup>249</sup> Kommissionen har tydligt inriktat sig på den digitala sektorn.<sup>250</sup> Digitaliseringen har dock påverkat i regel samtliga industrier, så som tillverknings-, tjänst- samt lantbruksindustrin. Förändringarna har varit positiva. Samhället, konsumenter och företag har kunnat dra nytta av de effektivitetsvinster som en ökad förflyttning till digitala tjänster har erbjudit.<sup>251</sup> Digitaliseringen har däremot även inneburit ökat dataintrång, förlust av den personliga integriteten, dominans av ett fåtal aktörer samt ökad ekonomisk ojämlikhet.<sup>252</sup>

I förhållande till konkurrensrättspolicy har olika åtgärder diskuterats. Tydligt är att en strategi och konkurrensrättspolitik behövs i den digitala eran.<sup>253</sup> I ett ständigt föränderligt samhälls- och marknadsklimat behövs en konkurrenslagstiftning som är flexibel. Den bör vara kraftfull, tydlig och sammanhängande. Dessutom behövs ett omfattande underbyggande ramverk i form av analysmetodik och riktlinjer för tillämpning av regler för nya marknader.<sup>254</sup>

---

<sup>249</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 13.

<sup>250</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1073](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073),  
[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077)

<sup>251</sup> Konkurrens och tillväxt på digitala marknader s. 13.

<sup>252</sup> Competition policy for the digital era s. 12.

<sup>253</sup> Ibid. s. 14.

<sup>254</sup> Ibid. s. 14.

## 5.1 Hur ska reglerna utformas?

Hur en policy är utformad styr marknadsbeteendet. Konkurrensrättspolicy i digitala marknader bör ta sikte på konkurrens för marknaden, snarare än konkurrens inom marknaden. Ett regelverk som underlättar för nya aktörer att träda in på en marknad kan minska incitament för etablerade företag att agera konkurrenshämmande.<sup>255</sup> Det här anses dock vara svårt i digitala marknader. Starka nätverkseffekter höjer inträdesbarriärerna. Ett nytt företag behöver erbjuda en tjänst eller produkt som dels är bättre och mer innovativ än redan existerande val, dels övertala användare att byta till det nya alternativet.<sup>256</sup> Starka marknadspositioner ökar därtill incitament till att agera konkurrenshämmande.<sup>257</sup> Konkurrensen inom digitala marknader är i grunden driven av innovation.<sup>258</sup> En möjlighet för nyetablerade företag kan därför vara att specialisera sig på en tjänst eller produkt som inte redan erbjuds för att särskilja sig från konkurrenter.<sup>259</sup>

Målen med EU:s konkurrensregler har förtydligats i praxis. Reglerna är delvis utformade för att skydda och gagna konsumenter.<sup>260</sup> Utöver det här har det återkommande poängterats att, särskilt artikel 102 FEUF, tar sikte förfaranden som skadar konsumenter genom att de har en skadlig inverkan på konkurrensen.<sup>261</sup> I regel försöker man hitta en länk mellan negativa effekter

---

<sup>255</sup> Competition policy in the digital era s. 35-36.

<sup>256</sup> Ibid. s. 36.

<sup>257</sup> Ibid. s. 37.

<sup>258</sup> Ibid. s. 35.

<sup>259</sup> Ibid. s. 37.

<sup>260</sup> C-468/06 *Sot. Lélos Kai Sia* para. 68; C-209/10 *Post Danmark I* para. 44; C-23/14 *Post Danmark II* para. 69; T-213/01 *Österreichische Postsparkasse mot Europeiska kommissionen* para. 115.

<sup>261</sup> T-286/09 *Intel Corp. mot Europeiska kommissionen* para. 105; C-209/10, *Post Danmark I* para. 20; C-280/08 P *Deutsche Telekom mot Europeiska kommissionen* para. 182.

på konkurrensen som sådan<sup>262</sup>, och en tydlig skadeteori till nackdel för konsumenterna.<sup>263</sup> Vid en effektanalys av ett skadligt förfarande mäts vanligtvis negativa effekter på pris, valbarhet, innovation eller kvalitet av produkter eller tjänster. Inom digitala marknader är det dock mer lämpligt att analysera effekterna på kvalitet, och främst innovation. Det är påkallat eftersom många digitala tjänster och produkter erbjuds gratis.<sup>264</sup> Effektanalyser syftar i regel till att förutse troliga negativa följder. I digitala marknader, med hänsyn till dess snabbföränderliga karaktär, blir detta svårt.<sup>265</sup> Liknande framtidsprognoser görs vid prövning av koncentrationer enligt koncentrationsförordningen.<sup>266</sup> Därav har det efterfrågats en analysmetodik där dominanta företags ageranden granskas, och förbjuds, i avsaknad av tydliga konsumentvälfärdsvinster.<sup>267</sup>

## 5.2 Marknadsdefinition

Digitaliseringen har gett upphov till ett nytt tänk kring hur man definierar marknader. Nollprissättning, nätverkseffekter och oförmåga att applicera traditionella verktyg så som SNIPP-testet bidrar till att marknadsdefinitionen behöver förändras.<sup>268</sup> Marknadsdefinitionen är ett verktyg som används för att mäta konkurrens mellan företag. Den styr även tillämpningsgraden av kommissionens befogenheter.<sup>269</sup>

---

<sup>262</sup> C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* para. 38; T-461/07 *Visa Europé och Visa International Service mot Europeiska kommissionen* para. 126.

<sup>263</sup> Competition policy for the digital era, s. 40.

<sup>264</sup> Ibid. s. 41.

<sup>265</sup> Ibid. s. 42.

<sup>266</sup> Se exv. skäl 5 i Koncentrationsförordningen.

<sup>267</sup> Competition policy for the digital era s. 42.

<sup>268</sup> Ibid. s. 42-44.

<sup>269</sup> Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning para. 2.

Som nämnt ovan är digitala plattformar karakteriserade av sin två- eller flersidighet. För en effektiv tillämpning av konkurrensreglerna behövs därmed en analys av dess samspel.<sup>270</sup> Traditionellt sett har marknadsdefinitionen syftat till att identifiera standardiserade varor och tjänster. Inom plattformsekonomin, och särskilt digitala marknader, blir varorna och tjänsterna som erbjuds svårdefinierade. Därmed bör tyngden läggas mer på skadeteorier och konkurrenshämmande beteende på marknaden, än ren marknadsdefinition.<sup>271</sup> På grund av dess snabbföränderliga natur kan det vara svårt att definiera en digital marknad.<sup>272</sup> Det är uppenbarligen problematiskt att dra för långtgående slutsatser från marknader som är så pass föränderliga.<sup>273</sup>

### 5.3 Digitala ekosystem

En annan aspekt som har lyfts är digitala ekosystem. I dagens samhälle har ekosystemens utveckling inneburit att färre enheter möter fler behov. Det innebär alltså att konsumenter kan få sina behov tillgodosedda av en och samma enhet. Exempelvis kan dagens smarttelefoner vara så väl en telefon, som klocka och musikspelare. Därmed har företagens strategier ändrats på så sätt att det handlar om att integrera konsumenten in i företagets egna ekosystem. Därav krävs även en förändring i hur man bedömer skadligheten av det här beteendet. Konsumenters möjligheter till multihoming och företagens inlåsnings effekter blir exempelvis mer relevanta.<sup>274</sup>

---

<sup>270</sup> Competition policy for the digital era, s. 45.

<sup>271</sup> Ibid. s. 46.

<sup>272</sup> Ibid. s. 47.

<sup>273</sup> Ibid. s. 50.

<sup>274</sup> Ibid. s. 47-48.

## 5.4 Marknadskraft

En måttstock som används vid marknadsdominans är om ett företags marknadskraft överstiger ett visst tröskelvärde.<sup>275</sup> Däremot, när det gäller marknader där det exempelvis finns starka nätverkseffekter representerar inte priset nödvändigtvis värdet av tjänsten eller varan. Även data kan påverka hur dominant eller konkurrenskraftigt ett företag är. En analys av ett företags marknadskraft bör därför inkludera hur mycket data det företaget samlar och hur den här används. Ett utarbetat analysförfarande vad gäller marknadskraft inom digitala marknader är därmed påkallat. Det kräver, dock, i sin tur att tillräcklig erfarenhet och kompetens finns. Bättre förståelse för digitala marknader och hur dessa fungerar behövs.<sup>276</sup> Ett överseende av de befintliga metoderna är ett möjligt tillvägagångssätt. De digitala marknadernas särskiljande drag ger upphov till nya analysmetoder.<sup>277</sup>

Det konkurrensrättsliga regelverket är per design flexibelt. Det är generellt utformat och lämpat att hantera problem inom många olika områden. Uppkomsten av nya marknader har därför traditionellt sett inte gett upphov till förändring.<sup>278</sup> Konkurrensrättens fall till fall-bedömning ses i regel som en styrka. Det leder till en djupgående förståelse för nya marknader, vilket även gynnar andra rättsområden. Därav kan ett nytt tillvägagångssätt mer effektivt tillämpas i vissa fall, samtidigt som det mer traditionella förhållningssättet fortfarande kan vara befogat.<sup>279</sup>

---

<sup>275</sup> C 45/7 para. 10.

<sup>276</sup> Competition policy for the digital era s. 48-49.

<sup>277</sup> Ibid. s. 50.

<sup>278</sup> Ibid. s. 52.

<sup>279</sup> Ibid. s. 52-53.



## 5.5 Data

Data har återkommande uppmärksammats som centralt för digitala tjänster och produkter. Digitala ekosystem samlar och använder data. Data kan höja inträdeshinder på marknaden och vara ett medel för att stänga ute konkurrenter. Data kan vara frivilligt överlämnad, observerad och antydd.<sup>280</sup> Personlig data kring en kund kan dessutom användas vid utvecklandet av nya tjänster. Företag kan sälja data kring en kund till en leverantör som utvecklar en annan tjänst.<sup>281</sup> Tillgång till data ses numera grundläggande för ett företags konkurrenskraft.<sup>282</sup>

Inom EU är tillgång till personlig data skyddat genom EKMR och GDPR. GDPR skyddar tillgång till, handel med och delning av data. GDPR skyddar även dataportabilitet.<sup>283</sup> Mindre och resursfattiga företag kan hämmas av portabilitetsregler, i de fall användare fritt kan förflytta sin data.<sup>284</sup> I regel skyddas data av andra regelverk än konkurrensrätt.<sup>285</sup> Dominanta företag kan dela eller kombinera data från flera olika källor, vilket kan ge dem konkurrensfördelar. Andra konkurrenshämmande strategier som tillämpas av dominanter är nekad tillgång till data till mindre konkurrenskraftiga företag. Det här är förfarande som bör regleras genom artikel 102 FEUF. Konkurrensregler kan dessutom begränsa ett företags tillgång till data.<sup>286</sup>

Delning av data har ofta konkurrensfrämjande effekter. Det underlättar tillgång till data för användare, förhindrar dataflaskhalsar och skapar överlag en mer helhetligt förverkligande av potentialen som finns i data.<sup>287</sup>

---

<sup>280</sup> Competition policy for the digital era s. 75.

<sup>281</sup> Ibid. s. 75.

<sup>282</sup> Ibid. s. 76.

<sup>283</sup> Ibid. s. 77.

<sup>284</sup> Ibid. s. 82.

<sup>285</sup> Ibid. s. 91.

<sup>286</sup> Ibid. s. 91.

<sup>287</sup> Ibid. s. 92.

Problematiken kring datadelning ligger främst i uteslutande av konkurrenter som inte får tillgång till samma eller mindre mängd data som andra företag. Den data man faktiskt får tillgång till kan även ges på sämre villkor, vilket kan leda till utestängning från marknaden. En redan etablerad datadelningsteknik kan hämma innovation då nya konkurrenter inte uppmanas utveckla en egen teknik.<sup>288</sup> Överlag är det påkallat med mer förståelse kring de eventuella nack- och fördelarna med datadelning inom konkurrensrätten.<sup>289</sup>

Informationsutbyte och datadelning kan främja samverkan mellan företag.<sup>290</sup> Datadelning av känslig marknadsinformation kan därmed utgöra en överträdelse av artikel 101 FEUF. Vidare kan datapooler, i de fall de leder till att konkurrenter lättare kan styra sina priser och produktion efter varandra, innebära en överträdelse av artikel 101 FEUF.<sup>291</sup> Datapooler som ger företag konkurrensövertag på marknaden kan i vissa fall krävas ge tillgång till den data till sina konkurrenter.<sup>292</sup> Här kan härledning från exempelvis patentlagar och R&D-avtal hämtas.<sup>293</sup> Samtliga av dessa problem kan och bör utvärderas i ljuset av dess konkurrensfrämjande effekter enligt artikel 101(3) FEUF.<sup>294</sup> I marknader med höga koncentrationer samlas data hos ett fåtal företag. Inträdesbarriärerna blir därmed särskilt höga. Konkurrenslagstiftning som möjliggör för tvång i form av tillgång till data hade kunnat lösa det här problemet.<sup>295</sup> Data är dock svårdefinierat. Det är extremt heterogent och kan

---

<sup>288</sup> Competition policy for the digital era s. 92-93.

<sup>289</sup> Ibid. s 93.

<sup>290</sup> Se exempelvis kapitel 2 i Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal.

<sup>291</sup> Competition policy for the digital era s. 96.

<sup>292</sup> C-238/05 *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL och Administración del Estado mot Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)* para. 60-61.

<sup>293</sup> Competition policy for the digital era s. 97.

<sup>294</sup> Ibid. s. 98.

<sup>295</sup> Ibid. s. 99.

användas till en myriad olika ändamål. Det här bidrar även till behovet av ökad förståelse för användningen kring data.<sup>296</sup>

Konkurrensrätt har sammantaget en roll att spela i utvecklingen av en policy kring tillgång till och delning av data. Det finns fog för att dominanta företag som nekar tillgång till data till mindre konkurrenskraftiga konkurrenter bör regleras. Med det här tillkommer dock en rad processuella svårigheter. Det bör röra sig om data som krävs för att konkurrenter effektivt ska kunna konkurrera. Dessutom behöver dominans bevisas, vilka båda är svåra och tids- och resurskrävande bevisrättsliga frågor.<sup>297</sup> I *Stiglerrapporten* diskuterades möjligheten för skyldigheter gentemot företag i förhållande till data. Man menade att företagens förståelse för data i regel är bättre än tillsynsmyndigheternas, vilket skapar en tydlig obalans. De eftersökte ett mer transparent system.<sup>298</sup>

## 5.6 Koncentrationer

Även den koncentrationsrättsliga sidan av konkurrensrätten har påverkats av den ökade digitaliseringen. Digitala företag förvärvar flitigt.<sup>299</sup> Genom förvärven inkorporeras nya och innovativa företag i redan etablerade ekosystem, vilket ger kontroll över komplementära tjänster och produkter. Förvärven är till viss del motiverade av tillgång till data. Tillgång till unik användardata stärker konkurrenskraften hos företag.<sup>300</sup> Facebook, efter avsaknaden av konkurrens från MySpace, blev mer aggressiv i sin insamling av data efter de förvärvade konkurrenten.<sup>301</sup> Förvärv kan i många fall ha konkurrensfrämjande effekter. Innovationsrika uppstartsbolag kan

---

<sup>296</sup> Competition policy for the digital era s. 100.

<sup>297</sup> Ibid. s. 107-108.

<sup>298</sup> Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report s. 17.

<sup>299</sup> Competition policy for the digital era s. 110.

<sup>300</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 10.

<sup>301</sup> Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report s. 8.

exempelvis stärka en redan stark aktör med nya tjänster och produkter, samtidigt som den redan etablerade aktören kan bidra med den nödvändiga infrastrukturen som krävs för tillväxt. Å andra sidan elimineras en konkurrent vid ett sådant förvärv och inträdesbarriären på marknaden höjs.<sup>302</sup> Koncentrationsförordningen ställer upp kvantitativa omsättningskrav, vilket innebär att uppstartsbolag som förvärvas i vissa fall inte omfattas.<sup>303</sup> Koncentrationer som faller utanför koncentrationsförordningen kan dock fångas upp genom anmälan från parterna till koncentrationen<sup>304</sup> eller från medlemsstaten där förvärvet sker<sup>305</sup>. Så var fallet i förvärven mellan Apple och Shazam samt Facebook och WhatsApp.<sup>306</sup> För att bättre hantera koncentrationer i digitala marknader skulle en utvidgning av marknadsdefinitionen vara en tänkbar lösning. I Facebooks förvärv av WhatsApp, exempelvis, konstaterade kommissionen att WhatsApp inte var aktiv på marknaden för sociala medier på samma sätt som Facebook var. Vidare konstaterades att WhatsApp i framtiden inte riskerade att utvecklas till en sådan på samma sätt som Facebook. Förvärvet stärkte dock markant Facebooks marknadskraft, även om det undgick åtgärd från kommissionen.<sup>307</sup>

Anmälning av förvärv som faller utanför gränsvärden är bland annat möjligt i Sverige, Norge och Island. I Norge och Island är det dessutom möjligt att kräva att företag meddelar framtida förvärv. De här åtgärderna är tillämpbara i marknader där särskilda strukturella problem har identifierats. Exempelvis nämns oligopolistiska marknader.<sup>308</sup> Det har identifierats att det inom digitala sektorer förvärvas aggressivt, vilket skulle kunna innebära att det är påkallat med strängare tillsyn. I synnerhet problematiseras så kallade ”killer

---

<sup>302</sup> Competition policy for the digital era s. 110-111.

<sup>303</sup> Se exv. Koncentrationsförordningen artikel 1.2, 1.3.

<sup>304</sup> Ibid. artikel 4.5

<sup>305</sup> Ibid. artikel 22.1.

<sup>306</sup> Competition policy for the digital era s. 115.

<sup>307</sup> M.7217 *Facebook/WhatsApp* para. 145.

<sup>308</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 14–15.

acquisitions”, där innovativa konkurrenter förvärvas vars verksamhet sedan läggs ned. Det här innebär att konkurrensmyndigheter måste tillämpa ett framtidsperspektiv om ett kontrafaktiskt scenario i en snabbföränderlig atmosfär.<sup>309</sup> EU:s koncentrationsförordning har varit föremål för förändring. 2016 påbörjade kommissionen ett offentligt samråd där målet var att utvärdera huruvida EU:s strikta omsättningsbaserade tillvägagångssätt behövde tänkas om. Man belyste särskilt att digitala marknader var problematiska.<sup>310</sup>

---

<sup>309</sup> Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level s. 13.

<sup>310</sup> Ibid. s. 16.

## 6 Analys

Inledningsvis kan konstateras att konkurrensrättspolicy har en central del att spela i den digitala eran. Jättar så som Google och Facebook har på senare år sett nästintill exponentiell tillväxt. Därav påverkar de tydligt konkurrensen på marknader där de är aktiva. Enligt det befintliga regelverket undkommer vissa förfaranden den EU-rättsliga konkurrenslagstiftningen, vilket har gett upphov till förändringsförslag. I uppsatsens informativa del har jag kartlagt vad, i min mening, är de karakteriserande dragen för digitala marknader. Det här har inkluderat vilka faror som konkurrensutvecklingen ställs inför. Jag har även redovisat möjliga alternativ.

Det är tydligt att en översyn behövs. Samtidigt diskuteras vägen framåt. Behövs nya regelverk, eller är en revidering av det befintliga systemet tillräckligt? Så väl officiella EU-organ som självständiga institut har diskuterat konkurrensrättens roll. Inspiration till de nya förslagen har hämtats från andra marknader med liknande marknadsegenskaper och rättsväsenden där liknande verktyg alltjämt har beskrivits som framgångsrika. Det tyder på att de fungerar väl.

### 6.1 Förhandsreglering av digitala plattformar

Det har tydliggjorts att digitala plattformar med särskilt starka marknadspositioner är problematiska. I de fall de får en grindvaksroll höjs inträdesbarriärerna och incitamenten till konkurrenshämmande beteende ökas.

Kommissionens förslag om en förhandsreglering av digitala plattformar bemöter många av de uppmärksammade problemen. Det befintliga regelverket är resurs- och tidskrävande. Långa processer medför att skadliga

förfaranden inte hinner upptäckas innan de sker. En förhandsreglering, som tillåter kommissionen gå in innan överträdelse sker, hade åtgärdat det här. Centralt för en förhandsreglering blir dock när kommissionen får ålägga förelägganden. Därin hittas den legala definitionen av grindvakter. Den här definitionen bör vara tydlig och förutsägbar. Kommissionen presenterar i den bemärkelsen så väl kvantitativa som kvalitativa kriterier. Däremot finns det indikationer på att kvantitativa gränsvärden, exempelvis inom koncentrationsärenden, inte visar en rättvis bild över hur mycket marknadskraft ett företag faktiskt har. Det har särskilt poängterats inom digitala marknader, där nätverks- och inlåsnings effekter är vanligt förekommande. Därmed, oaktat förslagets kvantitativa och kvalitativa kriterier för grindvaksdefinitionen, blir definitionen något oklar. Enligt förslaget ska företag som presumeras ha en grindvaksposition ha möjlighet att motsätta sig presumtionen. Dock förtydligas inte hur, vilket även leder till rättsosäkerhet.

Däremot bemöter förslaget hur plattformar får använda insamlad data, plattformar som har en regulatorisk roll samt förbud mot självpreferens. Det är särskilt problematiska förfaranden, vilka har förekommit i uppmärksammade praxisfall. I den bemärkelsen är det ett välkomnat förslag. I min mening är det centralt att förslaget tydligt är utformat att uppfylla sitt syfte. I och med förslaget skulle kommissionen kunna ålägga förelägganden utan att behöva visa på faktiska skador och utan att behöva definiera marknader. Rent praktiskt hade det här inneburit ett förbigående av den praxis som utarbetats i EU-domstolen. Det här är praxis som har vuxit fram över lång tid med en genomarbetad metod. Att förbise den kan ha långtgående konsekvenser. Dessutom har kommissionen enligt det befintliga regelverket möjlighet att ålägga interimistiska åtgärder, vilket bör användas till fullo innan eventuell ny reglering implementeras.

## 6.2 Nya konkurrensverktyg

Inom ramen för de inledande konsekvensbedömningarna presenterade kommissionen fyra olika alternativ för nya konkurrensverktyg. Det övergripande syftet med nya konkurrensverktyg är att motverka strukturella problem inom marknader.

Alternativ ett och två är särskilt inriktade på dominanta företag. Alternativen fokuserar på stora aktörers särskilda ansvar för utvecklingen av en effektiv konkurrens. Eftersom det vänder sig till dominanta företag blir dominansprövningen vital. Alternativ tre och fyra, däremot, är baserade på marknadsstruktur. Verktygen riktar sig mot marknader där det upplevs finnas strukturella konkurrensproblem, exempelvis marknader som riskerar att tippa. Dessa förslag är ingripande. Det är värt att notera att alternativ ett och två riktar sig särskilt mot dominanta företag, och därmed i någon mån mot digitala marknader. De andra alternativen är dock mer omfattande och får mer långtgående konsekvenser för hela marknadsstrukturen.

I min mening är det betänkvärt att utöka kommissionens befogenheter så som de föreslår. De nya konkurrensverktygen ska, enligt förslagen, kunna tillämpas utan att någon överträdelse har skett. Det skapar oförutsägbarhet och rättsosäkerhet. Dessutom kan man lyfta frågan huruvida ett sådant verktyg faktiskt gynnar konkurrensutvecklingen. I de fall kommissionen kan ålägga företag med olika skyldigheter hämmar företagets utveckling, vilket i sin tur skulle kunna leda till sämre konsumentvälfärd. Ett utvidgande av regulatoriska verktyg på den europeiska marknaden, kan i praktiken avvärja företag från att etablera sig. I slutändan skadas konsumenter i form av färre val och mindre konkurrens. Majoriteten av dessa företag är framgångsrika tack vare sina innovativa produkter och tjänster, till fördel för konsumenter. Det talar också emot själva idén med en konkurrenskraftig marknad, nämligen att innovativa företag ska gynnas.



Däremot har liknande verktyg framgångsrikt använts tidigare. Brittiska konkurrensmyndigheten kan genomföra sektorsundersökningar och ålägga förelägganden. Vad som även bör poängteras är kommissionens, och i högsta graden EU:s, särskilda ansvar. Som överordnad institution skickas en tydlig signalpolitik till medlemsstaterna. Vid ett sådant ansvar är det även, i min mening, påkallat med försiktighet. I slutändan bör marknadens utveckling, och däri konsumentvälfärden, vägas gentemot kommissionens utökade befogenheter. Som nämnt ovan, har kommissionen återkommande ålagt företag som dessa verktyg riktar sig mot med höga böter. Sammanlagt har kommissionen bötfällt Google med över 80 miljarder kronor. Det här tyder på att det befintliga systemet fungerar.

## 6.3 Konkurrensrättspolicy i den digitala eran

Det har föreslagits olika tillvägagångssätt för att hantera digitala marknader. Som framgår av rapporten *Competition policy for the digital era*, behövs ett nytt tänk kring digitala marknader. Hur en marknad definieras, hur marknadskraft mäts, vilken roll data spelar och hur koncentrationsärenden ser ut har samtliga varit föremål för förändringar. Rapporten presenterar en rad förslag för hur man bör bemöta de här förändringarna. Exempelvis nämns en omkastning av bevisbördan. En dominant plattform bör åläggas bevisbördan för att visa att dess till synes konkurrenshämmande beteende ökar konsumentvälfärden. Författarna menar att fokus bör läggas på skadeteorier och konkurrenshämmande strategier, snarare än marknadsanalyser. I *Furmanrapporten*, ”*Unlocking Digital Competition*”, poängteras vikten av nya skadeteorier, genom att tydligare fokusera på konsumentvälfärd och hämmande av innovation. Rapporten konstaterar vidare att den befintliga konkurrenslagstiftningen är för långsam i förhållande till digitala marknaders snabbföränderliga natur. Det föreslås även en effektivare och bredare tillämpning av interimistiska åtgärder. Slutligen, i *Stiglerrapporten* föreslås inrättandet av särskilda organ som uteslutande hanterar ärenden i förhållande

till digitala plattformar. Det föreslås även en specialdomstol för konkurrensrättsliga digitala ärenden.

Enligt mig behövs en heltäckande strategi. Ett nytt tänk, som omfattar samtliga moment inom den konkurrensrättsliga bedömningen, krävs. Digitala marknader ser och fungerar annorlunda från traditionella marknader. Därav är det påkallat med nya analysverktyg som är anpassade till det moderna samhället. Kommissionens förslag till nya konkurrensverktyg och förhandsreglering är ett steg i rätt riktning. Det kan dock konstateras att det inte är tillräckligt. Exempelvis har inte den problematik som förvärvstillsyn ställs inför inom digitala marknader bemötts, vilket är anmärkningsvärt. Det ligger nära till hands att konstatera att vi inte har sett slutet av EU:s konkurrensrättsliga tillsynsutveckling inom digitala marknader.

## **6.4 Slutsats**

Sammanfattningsvis går det att konstatera att digitala marknader är problematiska. Det är marknader som är präglade av oligopolistiska marknadsstrukturer och dominanta företag som betar sig konkurrenshämmande.

Den europeiska konkurrensrätten har historiskt sett utvecklats genom praxis i EU-domstolen. EU-domstolen har beskrivits ha en rättskipande funktion. Ett tydligt arbetssätt har utvecklats, vilket har ökat förståelsen för nya marknader. Praxisen för digitala marknader är dock snål. Med hänsyn till EU:s konkurrensrättsliga historik, kan man konstatera att fler fall behöver prövas i EU-domstolen. Det hade ökat förståelsen för digitala marknader och tydliggjort problematiken. Moderna marknader är extremt komplexa. Prövningar i EU-domstolen skulle därmed för framtida rättstillämpare öka effektiviteten och rättssäkerheten vid en granskning av digitala marknader. Med det sagt skulle även förståelsen och förutsägbarheten för andra, så som företag, öka. Mot det här ställs dock de resurser och den tid det tar för en rättslig prövning i EU-domstolen. Interimistiska åtgärder är ett möjligt

alternativ. En översyn av när och hur dessa får användas, för att bättre passa särskilt problematiska marknader, är ett möjligt tillvägagångssätt. Risken med en förhandsreglering gentemot digitala plattformar, som förbigår en dominansprövning i EU-domstolen, är att dominansfall i mindre utsträckning tas upp i högsta instans. Det finns även en anledning till att en prövning i EU-domstolen är så pass tidskrävande. Det går helt enkelt inte lätt att förutse vilka ekonomiska följder ett förfarande har. Det kan efter en prövning visa sig att en misstänkt överträdelse faktiskt har effektivitetshöjande effekter. Ett frångående från det nuvarande systemet riskerar att underminera det konkurrensrättsliga förfarandet.

Det finns mycket som tyder på att EU:s konkurrensrättslagstiftning fungerar väl. Det är flexibelt och robust. Liknande omfattande samhällsförändringar har hanterats väl, mycket tack vare konkurrensregelverkets generella karaktär och breda tillämpningsgrad. Det här konkretiserades i rapporten från de nordiska konkurrensmyndigheterna, där typexempel på överträdelser från digitala marknader hade hanterats enligt det befintliga regelverket. Där föreslogs exempelvis att konkurrensmyndigheter aktivt eftersöker ärenden som berör digitala marknader, för att öka den generella förståelsen för dessa marknader. Det finns alltså fog för att regelverket inte är i behov av övergripande förändring. I den bemärkelsen kan även ECN+-direktivet nämnas, som syftar till en mer enhetlig konkurrensrättstillämpning inom EU. Det innefattar att nationella konkurrensmyndigheter ges de resurser som krävs för att säkerställa dess oberoende ställning. Det säkerställer även att konkurrensmyndigheter har befogenheterna som krävs för att förelägga ålägganden och säkerställa efterlevnad av regelverket. Efterföljderna av direktivet har ännu inte kunnat fastställas. Ytterligare lagstiftning kan alltså riskera långtgående och oproportionerliga konsekvenser.

Kommissionen har återkommande poängterat att ett en holistisk strategi krävs, för att motarbeta regulatorisk fragmentering. Digitala marknadsaktörer är oftast gränsöverskridande. Därav är det påkallat med en policy som är EU-omfattande. I avsaknad av det här riskeras lika fall bedömas olika. Enligt

kommissionen vilar den legala grunden för nya konkurrensverktyg och förhandsreglering av digitala plattformar på artikel 114 FEUF. Det medför dels fördelar, dels begränsningar. Artikel 114 FEUF kräver inte ett enhetligt godkännande från samtliga medlemsstater. Därmed elimineras risken för enskilda medlemsstater att sakta ner lagstiftningsprocessen. Däremot kräver lagstiftningsförfaranden enligt artikel 114 FEUF harmonisering av nationella regler. Vidare krävs att all lagstiftning som antas med stöd av artikel 114 FEUF uppfyller proportionalitetsprincipen. Sammantaget bör eventuella förslag tydligt visa att det finns en risk för regulatorisk splittring hos medlemsstaterna och ett behov av harmonisering, att förslaget är tydligt utvecklat att hindra en sådan splittring och att förslaget är proportionerligt i förhållande för att uppnå det målet.

Spelplanen håller på att förändras. Kommissionens lagändringsförslag är ett led i en tydlig trend inom EU:s konkurrensrättspolitik. Samtidigt är det viktigt att komma ihåg målen med konkurrenslagstiftning. EU har poängterat utvecklingen av den inre marknaden som dess tydliga mål. Utökade regleringar kan dock få en motsatt effekt. Det finns mycket som talar för att digitala marknader framöver kommer regleras mer än vad de gör i dagsläget. Ett utökande av kommissionens befogenheter bör dock inte vara otillbörligt. Det är i min mening viktigt att regleringar inte slentrianmässigt implementeras. EU, och kommissionen, står inför ett monumentalt arbete i sin kamp att hantera digitala marknader. Däremot är det väsentligt att säkerställa att rättsliga mekanismer inte förbises och att det konkurrensrättsliga förfarandet inte undermineras.

# Käll- och litteraturförteckning

## *Tryckta källor*

### **Litteratur**

Bailey, David och Whish, Richard, *Competition Law*, Upplaga 9, Oxford University Press, New York, 2018

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod i *Juridisk metodlära*, Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), Upplaga 2:1, Studentlitteratur, Lund, 2018

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Upplaga 2, Norstedts Juridik AB, 2011

## *Elektroniska källor*

### *Sverige*

Konkurrensverket, Rapport 2017:2, *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader – Ett regeringsuppdrag om e-handel och delningsekonomi*

### *EU*

Europeiska kommissionen, *Rapport om konkurrenspolitiken 2009*

Europeiska kommissionen, *Single Market Performance Report 2019*, COM(2019) 650 final, Bryssel, 17 december 2019

Inception impact assessment, *New Competition Tool ("NCT")*,

Ref.Ares(2020)2877634, 04/06/2020

Inception impact assessment, *Digital Services Act package: Ex ante regulatory instrument for large online platforms with significant network effects acting as gate-keepers in the European Union's internal market*,

Ref.Ares(2020)2877647, 04/06/2020

### *Övrigt*

Bundeskartellamt, *Vertical Restraints in the Internet Economy – Meeting of the Working Group on Competition Law*, 10 oktober 2013

OECD – Policy Roundtables, *Vertical Restraints for On-line Sales*,

DAF/COMP(2013)13, 12 september 2013

OECD, *An Introduction to Online Platforms and their role in the digital transformation*, OECD Publishing, Paris, 2019

### **Rapporter**

Svensk Handel, *Det stora detaljhandelsskiftet*, 2017

Crémer, Jacques, Montjoye, Yves-Alexandre de och Schweitzer, Heike, 2019, *Competition Policy for the digital era – Final report*

Furman, Jason, *Unlocking digital competition – Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019

Stigler Center for the Study of the Economy and the State, *Stigler Committee on Digital Platforms – Final Report*, 2019

Svenskt Näringsliv, *Nya konkurrensverktyg och förhandsreglering av digitala marknader*, 2020

De nordiska konkurrensmyndigheterna, *Digital platforms and the potential changes to competition law at the European level – The view of the Nordic competition authorities*, september 2020

### **Internetkällor**

Europeiska kommissionen, *Shaping Europe's digital future*, (8/10),  
[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020\\_en\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf)

Europeiska kommissionen, Ursula von der Leyen, *Mission letter*, (3/10),  
[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/comm-cwt2019/files/commissioner\\_mission\\_letters/mission-letter-margrethe-vestager\\_2019\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/comm-cwt2019/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-margrethe-vestager_2019_en.pdf)

Europeiska kommissionen, *Shaping the Digital Single Market*, (8/10),  
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>

Europeiska kommissionen, *The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets*, (15/12),  
[https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_sv](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_sv)

Europeiska kommissionen, *Speech by Neelie Kroes 15 september 2005*, (20/10),

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_05\\_512](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_05_512)

Europeiska kommissionen, *En strategi för en inre digital marknad i Europa*, (10/10),

<https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/SV/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=SV](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=SV)

Europeiska kommissionen, *Pressmeddelande – Antitrustområdet: Kommissionen samråder med berörda parter om ett eventuellt nytt konkurrensverktyg*, (12/10),

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip\\_20\\_977](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_20_977)

Japan Fair Trade Commission, *Press Release – Report regarding trade practices on digital platforms*, (20/11),

<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031.html>

Australian Competition & Consumer Commission, *Digital platforms inquiry – final report*, (20/11),

<https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>

Federal Trade Commission, *Hearings on Competition and Consumer Protection in 21st Century*, (20/11),

<https://www.ftc.gov/policy/hearings-competition-consumer-protection>

Europeiska kommissionen, *Overview – Telecommunications*, (15/10),

[https://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/overview\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/overview_en.html)

Europeiska kommissionen, *Press Release – Commission sends State of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, (16/11),

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2077](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077)

Europeiska kommissionen, *Press Release – Antitrust: Commission opens Investigations into Apple's App Store Rules*, (16/11),

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1073](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1073)

Danish Competition and Consumer Authority, *Commitment decision on the use of a minimum hourly fee*, (17/12),

<https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20200826-commitment-decision-on-the-use-of-a-minimum-hourly-fee-happy-helper/>

Danish Competition and Consumer Authority, *Danish Competition Council: Ageras has infringed competition law*, (17/12),

<https://www.en.kfst.dk/nyheder/kfst/english/decisions/20200630-danish-competition-council-ageras-has-infringed-competition-law/>



# Rättsfallsförteckning

## **Beslut från Bundeskartellamt**

Beslut den 6 februari 2019 i B6-22/16, *Facebook*

## **Kommissionsbeslut**

Beslut den 13 maj 2009 i COMP/C-3/37.990, *Intel Corp.*

Beslut den 3 oktober 2014 i M.7217, *Facebook/WhatsApp*

Beslut den 6 december 2016 i M.8124, *Microsoft/LinkedIn*

Beslut den 27 juni 2017 i AT.39740, *Google Search (Shopping)*

Beslut den 18 juli 2018 i AT.40099, *Google Android*

Beslut den 16 oktober 2019 i AT.40608, *Broadcom*

## **Beslut från Konkurrensverket**

Dnr 572/2019 *Im With Bruce AB*

## **Avgöranden från EU-domstolen**

Dom av den 30 januari 1974 i mål 148/73, *Raymond och Marie Louwage mot Europeiska kommissionen*, REG 1974

Dom den 18 april 1975 i mål C-6/72 *Europemballage and Continental Can mot Europeiska kommissionen*, EU:C:1973:22

Dom den 17 januari 1984 i förenade målen 43/82 och 63/82 *VBVB och VBBB mot Europeiska kommissionen*, EU:C:1984:9

Dom den 14 december 2000 i mål C-344/98 *Masterfoods Ltd mot HB Ice Cream Ltd*, EU:C:2000:689

Förslag till avgörande den 28 oktober 2004 i mål C-53/03 *Syfait m.fl. mot Glaxismithkline AEVE*, EU:C:2004:673

Dom den 7 juni 2006 i mål T-213/01, *Österreichische Postsparkasse mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2006:151

Dom den 23 november 2006 i mål C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL och Administración del Estado*

*mot Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc),*  
EU:C:2006:734

Dom den 17 september 2007 i mål T-201/04, *Microsoft Corp., m.fl., mot*  
*Europeiska kommissionen*, EU:T:2007:289

Dom den 16 september 2008 i mål C-468/06 *Sot. Lélos kai Sia EE mot*  
*GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proionton*, EU:C:2008:504

Dom den 4 juni 2009 i mål C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile*  
*NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV mot Raad van bestuur*  
*van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, EU:C:2009:343

Dom den 6 oktober 2009 i mål C-501/06 P *GlaxoSmithKline Services*  
*Unlimited m.fl. mot Europeiska kommissionen*, EU:C:2009:610

Dom den 14 oktober 2010 i mål C-280/08 P, *Deutsche Telekom mot*  
*Europeiska kommissionen*, EU:C:2010:603

Dom den 4 oktober 2011 i mål C-403/08 *Football Association Premier*  
*League m.fl. mot QC Leisure m.fl.*, EU:C:2011:631

Dom den 14 april 2011 i mål T-461/07, *Visa Europé och Visa International*  
*Service mot Europeiska kommissionen*, EU:T:2011:181

Dom den 27 mars 2012 i mål C-209/10 *Post Danmark A/S mot*  
*Konkurrenserådet (I)*, EU:C:2012:172

Förslag den 12 september 2013 till avgörande i mål C-270/12 *Förenade*  
*konungariket Storbritannien och Nordirland mot Europaparlamentet och*  
*Europeiska unionens råd*, EU:C:2013:562

Dom den 12 juni 2014 i mål T-286/09, *Intel Corp. mot Europeiska*  
*kommissionen*, EU:T:2014:547

Dom den 6 oktober 2015 i mål C-23/14, *Post Danmark A/S mot*  
*Konkurrenserådet (II)*, EU:C:2015:651

Dom den 6 september 2017 i mål C-413/14 P *Intel Corp. mot Europeiska*  
*kommissionen*, EU:T:2017:632

