

EU:s konkurrensrättsliga reglering av app-butiker

**En studie av Digital Market Act i relation till
artikel 102 FEUF**

Oskar Nilsson

Handledare: Johan Axhamn

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

HT 2021



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förkortningar	8
1. Inledning	9
1.1 Bakgrund.....	9
1.2 Syfte och frågeställning.....	13
1.3 Avgränsningar.....	13
1.4 Metod.....	14
1.4.1 EU-rättslig metod.....	14
1.4.2 Rättsdogmatisk metod.....	17
1.5 Material.....	18
1.6 Forskningsläge.....	20
1.7 Disposition.....	21
2. App-butikers reglering enligt artikel 102 FEUF	22
2.1 Inledning.....	22
2.2 Digitala plattformar.....	22
2.2.1 Big Tech.....	22
2.2.2 Två- och flersidiga marknader.....	23
2.2.3 Datatyper.....	24
2.2.4 Ekosystem.....	25
2.2.5 Operativsystem och appar.....	25
2.2.6 App-butiker.....	28
2.3 Marknadsdefinition och marknadsdominans.....	29
2.4 Avgöra dominerande ställning.....	33
2.4.1 Relevant produktmarknad.....	34
2.4.2 Relevant geografisk marknad.....	35
2.4.3 Marknadsandelar.....	35
2.4.4 Andra faktorer.....	37
2.5 Förbud.....	44
2.5.1 Kopplingsförbehåll och kombinationserbjudanden.....	44
2.5.2 Favorisering och restriktion av interoperabilitet.....	47
2.5.3 Avtal med kompletterande skyldigheter.....	50
2.5.4 Exklusiv rabatt och betalning.....	52

2.5.5	Missbruk av tredje parts data för ökad konkurrenskraft.....	54
3.	Grindvakter i förslaget till DMA.....	56
3.1	Inledning	56
3.2	Begränsat till centrala plattformstjänster	56
3.3	Grindvaktens förutsättningar enligt artikel 3 till 4.....	57
3.3.1	Betecknande som grindvakt.....	57
3.3.2	Översyn av grindvaktens status	58
3.4	Grindvaktens huvudsakliga skyldigheter enligt artikel 5 till 6	59
3.4.1	Skyldigheter som åligger grindvakter.....	59
3.4.2	Närmare angivna skyldigheter för grindvakter	60
4.	Förändrad reglering med DMA	63
4.1	Inledning	63
4.2	Samspel mellan generell och sektorspecifik konkurrensrättslig reglering 63	
4.3	Samspel mellan DMA och EU:s konkurrenslagstiftning	65
4.4	Förändrad reglering av app-butiker.....	71
4.4.1	Regelverkens ändamål	71
4.4.2	Jämförelse av befintlig och föreslagen reglering	73
5.	Avslutning.....	76
5.1	Inledning	76
5.2	Svar på uppsatsens frågeställningar	76
5.3	Avslutande reflektioner	79
	Käll- och litteraturförteckning	83
	Rättsfallsförteckning	92

Abstract

App stores impact the entire spectrum of users, everything from the individual user to giants like Facebook and Amazon, which creates new problems for the internal market of the EU. This paper deals with the relationship between the proposed DMA and Article 102 TFEU, with a special focus on app stores. The paper is divided into three sections, first the application of Article 102 TFEU on digital platforms with app stores are examined, then a corresponding examination is made with DMA, to end with a comparison of the two regulations and a discussion regarding their purpose and primacy. The material for this paper consists of e.g. opinions of professors, decisions from the commission and EU case-law, due to a relevant and financially strong sector, the material is of both high quality and current.

Most situations regarding the current regulation of digital platforms, with app stores, have a close connection with case-law. The review further concludes that both regulations could be applied on similar situations, even though DMA have a different legal basis, hence raising questions regarding the risk of a collision between the rules and of infringing the *ne bis in idem* principle. Since DMA is faster, more efficient and acts ex-ante, the biggest change in relation to Article 102 TFEU will probably be that the current regulation will be used less often, because DMA will catch situations at an earlier stage. In accordance with the development of EU-law, the regulatory place of DMA, when regulating digital platforms/gatekeepers, will be decided by the case-law of the General Court and Court of Justice. Regardless the success of DMA, it is inevitable that further regulation on the digital sector is needed, to promote a highly competitive and innovative EU, in accordance with the union's overarching goal, under Article 3.3 TEU.

Sammanfattning

App-butiker påverkar ett helt spektrum av användare, allt från enskilda användare till giganter som Facebook och Amazon, vilket skapar ny problematik på EU:s inre marknad. Uppsatsen behandlar relationen mellan den föreslagna DMA och artikel 102 FEUF, med ett särskilt fokus på app-butiker. Undersökningen består av tre delar, först redogörs för tillämpningen av artikel 102 FEUF på digitala plattformar med app-butiker, sedan redogörs motsvarande för tillämpning av DMA, för att avsluta med en jämförelse mellan regelverken samt en diskussion kring dess ändamål och företräde. Uppsatsens material består av bl.a. professorers åsikter, beslut från kommissionen och EU-praxis, till följd av en relevant och kapitalstark sektor är materialet både högkvalitativt och högaktuellt.

Den befintliga regleringen av digitala plattformar, med app-butiker, har i majoriteten av tillämpningen en nära koppling till rättspraxis. Vidare konstateras regelverken kunna vara tillämpliga på liknande situationer, trots skild legal grund i DMA, därmed uppstår frågor kring regelverkens kollision och dubbel tillämpning i strid med *ne bis in idem*-principen. Eftersom DMA är snabbare, effektivare och agerar ex-ante, lär den största förändringen i förhållande till artikel 102 FEUF vara att befintlig reglering kommer användas i mindre utsträckning, då DMA fångar upp situationer i ett tidigare skede. I enlighet med den EU-rättsliga utvecklingsstrukturen kommer DMA:s plats i regleringen av digitala plattformar/grindvakter att avgöras av tribunalen och EU-domstolens rättspraxis. Oavsett om förslaget godkänns eller ej, är ett oundvikligt konstaterande att ytterligare åtgärder av den digitala sektorn är nödvändigt, för att främja en hög konkurrenskraft och innovation i enlighet med EU:s övergripande mål, enligt artikel 3.3 FEU.

Förord

Mitt förord vill jag initialt tilldela institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet, för intressanta och lärorika studier, trots svårigheter som COVID-19 fört med sig de senaste åren.

Jag vill speciellt tacka seniorprofessor Boel Flodgren, som introducerade mig för internationell rätt och professor Jörgen Hettne, som introducerade mig för EU-rätt samt gav värdefulla tips. Jag vill även tacka min handledare, universitetslektor Johan Axhamn, för goda råd under mitt uppsatsskrivande och även för den föreläsning vilken fångade mitt intresse för EU:s digitala marknader. Avslutningsvis vill jag också tacka institutionens studievägledare, Sofia Rosendahl, för värdefulla kurstips och råd.

Förkortningar

AFA	Anti-fragmentation agreement
API	Application programming interface
BNP	Bruttonationalprodukt
COVID-19	Coronavirus disease 2019
CPT	Centrala plattformstjänster
DMA	Digital Market Act
EU	Europeiska unionen
EUR	Euro, €
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GAFAM	Google, Amazon, Facebook, Apple och Microsoft
GD Konkurrens	Europeiska kommissionens Generaldirektoratet för konkurrens
GMS	Google Mobile Services
IAP	In-app purchase
IT	Informationsteknik
Kommissionen	Europeiska kommissionen
MFN	Most Favoured Nation
NCA	National Competition Authorities
OEM	Original equipment manufacturers
OS	Operativsystem
USA	United States of America
USD	United States dollar, \$

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Enligt Europeiska kommissionen (kommissionen) finns det belägg för att vissa digitala plattformar erhåller onaturligt höga vinster, samtidigt som de (i) erhåller villkor som ej är möjliga under normala marknadsförhållanden, och (ii) kan agera oberoende av sina konkurrenter, företagsanvändare och konsumenter. Samtidigt som flertalet undersökningar av digitala plattformars missbruk av dominerande ställning, vittnar om detta växande problem.¹

Diskussionen kring en potentiellt undermålig konkurrensrättslig reglering inom den digitala sektorn på Europeiska unionens (EU) inre marknad anses, enligt Fernández², ha initierats av den s.k. Crémer Rapporten³ som publicerades i början av 2019. Efter ca två års diskussioner har kommissionen lagt fram ett förslag (Digital Market Act, DMA)⁴ som kan komplettera EU:s traditionella konkurrensrättsliga verktyg inom de digitala marknaderna.⁵

Över 10 000 digitala plattformar är verksamma på EU:s digitala inre marknad, där majoriteten är små och medelstora företag, medan ett litet antal stora digitala plattformar står för majoriteten av sektorns genererade värde. Digitala tjänster har skapat nya affärsmöjligheter och underlättar gränsöverskridande handel på EU:s inre marknad samt skapat diverse innovativa fördelar för användarna. Det som inbegrips i digitala tjänster är bl.a. onlinebaserade förmedlingstjänster såsom

¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), SWD/2020/363 final, p. 299 (cit. DMA Impact Assessment, 2020).

² Cani Fernández är president i Spaniens konkurrensmyndighet (CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia <<https://www.cnmc.es/en/sobre-la-cnmc/organigrama>> (besökt 2021-12-05); European Commission, National Competition Authorities, <https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/national-competition-authorities_en> (besökt 2022-01-03), Spanien).

³ Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre & Schweitzer, Heike, Competition Policy for the digital era, Final report, European Commission Directorate-General for Competition, 2019 (cit. Crémer, 2019).

⁴ Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn (rättsakten om digitala marknader), COM/2020/842 final (cit. DMA, 2020).

⁵ Fernández, Cani, A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 12, Issue 4, April 2021, Pages 271–272, s. 271 (cit. Fernández, 2021).

näthandelsplatser, onlinebaserade sociala nätverkstjänster, onlinebaserade sökmotorer, operativsystem (OS) och app-butiker. Fördelarna med digitala tjänster är många, exempelvis ökar konsumenternas valmöjligheter, industrins effektivitet och konkurrenskraft förbättras och möjliggör ökat deltagande i samhällslivet för den individuella medborgaren.⁶

Den för sektorn centrala *nätverkseffekten* har särskilt gynnat stora digitala plattformar att bli exceptionellt stora, effekten anses även vara inbäddad i plattformarnas egna plattformsekosystem. Kortfattat handlar nätverkseffekten om att relevansen av en produkt eller tjänst ökar med antalet användare, telefonen är ett klassiskt exempel, med fler telefonanvändare ökar relevansen att äga en telefon (se avsnitt 2.4.4 nedan). Denna typ av plattformar utgör en central ställning i dagens digitala ekonomi, då den förmedlar majoriteten av de transaktioner som görs mellan företagsanvändare och slutanvändare. Merparten av denna företagskategori applicerar även en omfattande spårning samt profilering av slutanvändaren. En bråkdel av de stora digitala plattformarna besitter i allt större utsträckning en fast förankrad och varaktig ställning, mestadels p.g.a. sammanlänkande ekosystem som kretsar kring deras centrala plattformstjänster (CPT). Detta bidrar till expansion av redan befintliga hinder för inträde på marknaden. Denna typ av stora plattformar kan sägas agera som nätportar eller grindvakter mellan slutanvändare och företagsanvändare.⁷ Exempel på potentiella grindvakter, som samtliga har undersökts av kommissionen, är Google, Amazon, Facebook, Apple och Microsoft (s.k. GAFAM).⁸

De stora digitala plattformarna (grindvakterna) anses vara fast förankrade på respektive digital marknad, då de har stor inverkan och kontroll över tillträdet till sina digitala marknader. Detta leder till att merparten av företagsanvändare blir starkt beroende av grindvakterna, vilket riskerar att grindvakten agerar otillbörligt gentemot företagsanvändaren. Vidare skapar detta också negativa effekter vad

⁶ DMA, 2020, Avsnitt 1.1.

⁷ Ibid.

⁸ Se exv., T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763; Press Release, AT.40462 Amazon Marketplace, 2020-11-10, (cit. Pressmeddelande, AT.40462 Amazon Marketplace, 2020); Opening of Proceedings, AT.40684 Facebook leveraging, 2021-06-04, (cit. Öppning av förfarande, AT.40684 Facebook, 2021); Opening of Proceedings, AT.40716 Apple - App Store Practices, 2020-06-16, (cit. Öppning av förfarande, AT.40716 App Store Practices, 2020); T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289.

gäller möjligheten att konkurrera med CPT. Enligt kommissionen kan inte denna typ av effekter hanteras fullständigt på medlemsstaternas nationella lagstiftningsnivå och utan åtgärder på EU-nivå kan problematiken leda till att den inre marknaden fragmenteras.⁹

Den digitala ekonomin uppskattas vara mellan 4,5 och 15,5 procent av världens Bruttonationalprodukt (BNP) 2019 (och trenden är växande), vilket belyser signifikansen av en fungerande reglering på området. Då otillbörliga metoder och bristande konkurrensmöjligheter existerar, riskerar det att leda till ineffektiva resultat inom den digitala sektorn. Vilket i praktiken betyder högre priser, lägre kvalitet samt färre valmöjligheter och mindre innovation.¹⁰

Kommissionen anser att problematiken med grindvakterna, som diskuterats ovan, i nuläget inte hanteras (eller i åtminstone inte på ett effektivt sätt) i den befintliga EU-lagstiftningen. Eftersom grindvakterna vanligtvis bedriver en gränsöverskridande verksamhet, merparten på global nivå, anses åtgärder på EU-nivå vara nödvändiga för att bemöta problematiken.¹¹

Därmed är syftet med förslaget till DMA att på EU-nivå behandla de mest märkbara fall av otillbörliga metoder och bristande konkurrensmöjligheter, för att både företagsanvändare och slutanvändare ska kunna utnyttja den fulla potentialen av diverse plattformsekonomier och den digitala ekonomin i stort, i en rättvis och konkurrensutsatt miljö.¹²

Oftast kan inte marknadsprocesserna säkerställa ett ekonomiskt resultat som är rättvist vad gäller CPT. Trots att artiklarna 101 och 102 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) går att tillämpa på grindvakternas agerande, begränsas detta applicerbara område till vissa fall av marknadsstyrka (exempelvis dominerande ställning på specifik marknad) och vissa fall av konkurrensbegränsande beteende. Denna tillsyn enligt artiklarna 101 och 102 FEUF sker i efterhand och kräver en omfattande utredning, som görs från fall till fall och de har ofta karaktären av mycket komplicerade faktiska omständigheter.

⁹ DMA, 2020, Avsnitt 1.1.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

Vidare behandlas inte i nuvarande EU-lagstiftning, de hinder för en välfungerande inre marknad som betecknades av de som klassas som grindvakter enligt DMA, men som inte anses ha en konkurrensrättslig dominerande ställning.¹³

Artikel 102 är utformat som förbud mot beteende av en marknadsdominant aktör, där åtgärderna mot det aktuella beteendet avgörs i efterhand, s.k. ex-post tillämpning. DMA har den motsatta lagstiftningstekniken, nämligen ex-ante, och är därmed utformad som skyldigheter och restriktioner som träffar aktören innan ett beteende har inträffat.¹⁴ I artikel 3 DMA fastställer definitionen av grindvakter, vilket förenklat är stora digitala plattformar och i artikel 4 förklaras hur kommissionen håller grindvaktdefinitionen uppdaterad. Artiklarna 5 till 6 i DMA fastställer de huvudsakliga skyldigheterna som varje grindvakt ska följa.

Avslutningsvis fungerar s.k. app-butiker som en särskilt viktig nätport för företagsanvändare som vill nå slutanvändare,¹⁵ och även för ett modernt fungerande samhälle. Majoriteten av alla medborgare i västvärlden äger en "smartphone",¹⁶ med en snittanvändning av smartphones på över fyra timmar/dag i USA, ej inräknat verbal kommunikation.¹⁷ För att smartphones ska kunna fungera krävs ett OS och dess användbarhet kommer med en sammankopplad app-butik, genom vilket appar förmedlas som i sin tur gör enheten användbar. Utöver detta är även gigantiska grindvakter som t.ex. Facebook starkt beroende av app-butiker, för att användarna ska kunna använda Facebooks CPT:s.

För storleksperspektiv av app-butiker, som i viss utsträckning vittnar om samhällsnyttan, beräknades i en studie på uppmaning av Apple, att fakturering och försäljning via Apples App Store uppgick till 519 miljarder USD år 2019 (innan den världsförändrande COVID-19) med en brant växande trend.¹⁸ En jämförelse

¹³ Ibid., p. 5.

¹⁴ Fernández, 2021, s. 271.

¹⁵ DMA, 2020, Skäl 57.

¹⁶ Statista, Global smartphone penetration rate as share of population from 2016 to 2020 <<https://www.statista.com/statistics/203734/global-smartphone-penetration-per-capita-since-2005/>> (besökt 2021-12-24).

¹⁷ Statista, Time spent with nonvoice activities on mobile phones every day in the United States from 2019 to 2023 <<https://www.statista.com/statistics/1045353/mobile-device-daily-usage-time-in-the-us/>> (besökt 2021-12-24).

¹⁸ Borck, Jonathan, Caminade, Juliette & von Wartburg, Markus, A Global Perspective on the Apple App Store Ecosystem, Analysis Group, 2021 <<https://www.apple.com/newsroom/pdfs/apple-app-store-study-2020.pdf>>, s. 1.

som sätter denna höga summan i ett samhällsperspektiv, är Sveriges BNP som uppgick till ca 541 miljarder USD (2020) samt att endast åtta av EU:s 27 medlemsstater hade ett BNP som översteg 519 miljarder USD år 2020.¹⁹ Det är även värt att notera att Apples iOS endast utgör 26 procent av den globala mobil-OS marknaden och att Googles Android i princip utgör resterande, med sina 73 procent.²⁰

1.2 Syfte och frågeställning

Mot den beskrivna bakgrunden (avsnitt 1.1), är uppsatsens syfte att beskriva, analysera och jämföra tillämpningsområdet och restriktioner för grindvakter enligt förslaget till DMA (enligt artiklarna 3 till 4 respektive 5 till 6 i förordningen) och för digitala plattformar med en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF, med särskilt fokus på s.k. app-butiker.

För att uppnå uppsatsens uppställda syfte kommer följande frågeställningar att besvaras, med särskilt fokus på s.k. app-butiker:

- I. Hur avgörs digitala plattformars dominerande ställning (tillämpningsområde) och vilka förbud kan de omfattas av enligt artikel 102 FEUF?
- II. Vilka är förutsättningarna för att en aktör ska anses omfattas av artikel 3 till 4 i förslaget till DMA (tillämpningsområde), och vilka skyldigheter har denne enligt artiklarna 5 till 6 i samma förordning (restriktioner)?
- III. Vilka förändringar skulle förslagen i DMA innebära i förhållande till nuvarande ordning enligt artikel 102 FEUF?

1.3 Avgränsningar

I mån av utrymmes- och tidsskäl är uppsatsen begränsad till digitala plattformars app-butiker, inbegripet onlinebaserade förmedlingstjänster och OS. Därmed

¹⁹ The World Bank, GDP (current US\$) - European Union <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=EU&most_recent_value_desc=true> (besökt 2022-01-04).

²⁰ Statista, Market share of mobile operating systems worldwide 2012-2021, 2021-06-29 <<https://www.statista.com/statistics/272698/global-market-share-held-by-mobile-operating-systems-since-2009/>> (besökt 2021-12-23).

behandlas inte onlinebaserade sökmotorer, onlinebaserade sociala nätverkstjänster, videodelningsplattformstjänster, nummeroberoende interpersonella kommunikationstjänster, molntjänster eller annonseringstjänster.

1.4 Metod

Uppsatsens ämnesområde är EU-rättsligt, då syftet med uppsatsen är att undersöka EU:s legala verktyg, befintlig reglering i artikel 102 FEUF och föreslagen reglering i DMA, som behandlar digitala plattformar. Därmed kommer en *EU-rättslig metod* genomsyra samtliga delar av arbetet. I vilken utsträckning EU-rätten anses utgöra en självständig rättsordning får betydelse för hur en *EU-rättslig metod* ska förstås och appliceras. För att göra en analogi till nationell rätt, i likartad utsträckning som det anses finnas en självständig "svensk-rättslig" metod, anses det finnas en självständig EU-rättslig metod. Den EU-rättsliga metoden kan istället förstås som ett nät av metoder, där t.ex. en rättsdogmatisk metod är ett effektivt verktyg för att svara på ställda frågeställningar.²¹ Därmed kommer en *rättsdogmatisk metod* komplettera den EU-rättsliga metoden i uppsatsen. Nämda metoder redogörs för i nästkommande avsnitt.

Utöver nämnd metodologi för att uppfylla uppsatsens syfte kommer framställda situationer som ej säkerställs av bindande rättskällor eller endast av enstaka sådana, att kompletteras av en sammanvägd slutsats av det presenterade materialet, med utgångspunkt från uppsatsförfattarens personliga uppfattning.

1.4.1 EU-rättslig metod

EU är en internationell organisation som har sina rötter i folkrätten, som enligt Svensk Ordbok innebär ett "system av rättsregler som bestämmer suveräna staters in-bördes rättigheter och skyldigheter grundat på sed-vana och vissa överens-kommelser mellan staterna"²². Det välkända rättsfallet *van Gend en Loos*²³, från 1963, stipulerade EU-rättens särställning från allmän folkrätt, då EU-domstolen uttalade sig om "[...] ny rättsordning inom folkrätten [...]" och fastställde

²¹ Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur AB, 2 uppl., 2018, s. 109 (cit. Nääv, 2018).

²² Svensk ordbok (SO), Folkrätt, 2021, <<https://svenska.se/tre/?sok=Folkr%C3%A4tt&pz=1>> (besökt 2021-11-25).

²³ C-26/62, Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen, EU:C:1963:1.

principen om direkt effekt^{24, 25}

EU:s mål redovisas i artikel 3 fördraget om Europeiska unionen (FEU), där demokratisk och fredlig samvaro, samt ekonomisk konkurrenskraft har haft en central roll i EU-rättens utveckling och EU-domstolens praxis. Viktigt att nämna, är EU-domstolens särskilt aktiva roll i att främja den inre marknaden och skydda EU:s grundläggande rättigheter. Artikel 19 FEU stipulerar EU:s unika karaktär i förhållande till övriga internationella organisationer, nämligen institutioner som är bemyndigade att anta bindande rättsakter och en domstolsorganisation som tilldelats exklusiv kompetens att uttolka rättsakterna. Med sin exklusiva kompetens har EU-domstolen slagit fast att EU-rätten kan ha direkt effekt²⁶ och i de fall detta är aktuellt ska EU-rätten ha företräde framför medlemsstaternas nationella regler, vid eventuell konflikt. Denna direkt effekt-doktrin av EU-domstolen var initialt relativt rättsligt svag, men då konceptet accepterats av medlemsstaterna samt deras högsta domstolar, anses den numera utgöra gällande rätt.²⁷

Rättskällorna som främst används inom EU-rätten är: primärrätt (de grundläggande fördragen), EU:s stadga om grundläggande rättigheter, allmänna rättsprinciper, avtal som unionen har ingått med tredje land eller internationella organisationer, bindande och icke bindande sekundärrätt (antagna enligt fördragen), EU-domstolens och tribunalens rättspraxis, förarbeten, generaladvokaternas förslag till avgöranden, doktrin samt ekonomiska teorier.²⁸

Det som tillhör *bindande rättskällor* av ovan nämnda källor är primärrätt, rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt, internationella avtal och allmänna rättsprinciper. Detta innebär att rättstillämparen har en skyldighet att rätta sig efter dem. I princip tillhör även EU-domstolens och tribunalens rättspraxis bindande rättskällor. Dock är förarbeten, generaladvokaternas förslag till avgöranden, den EU-rättsliga doktrinen och ekonomiska teorier icke bindande sekundärrätt, detta är endast *vägledande*. Det som karakteriserar EU-rätten är att oskrivna rättskällor,

²⁴ C-26/62, Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen, EU:C:1963:1, Domslut, p. 1.

²⁵ Nääv, 2018, s. 109.

²⁶ Se exv. C-26/62, Van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen, EU:C:1963:1; C-6/64, Costa mot E.N.E.L., EU:C:1964:66.

²⁷ Nääv, 2018, s. 111 f.

²⁸ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Norstedts Juridik, 2 uppl., 2011, s. 40 (cit. Hettne, 2011).

domstolarnas rättspraxis samt allmänna rättsprinciper, har större betydelse och är mer omfattande än motsvarande inom t.ex. svensk rätt.²⁹

Den s.k. *primärrätten* utgörs av fördragen, som enligt artikel 48 FEU har skapats utifrån samstämmigt beslut av medlemsstaterna och ska godtas av respektive medlemsstat i enlighet med dess konstitutionella bestämmelser. Genom fördragsbestämmelserna bemyndigas EU:s institutioner att utfärda mer precisa och ändamålsenliga bestämmelser, vilket kallas för *sekundärrätt*. Den mest centrala sekundärrätten är de bindande rättsakterna *förordningar*, *direktiv* och *beslut*, som EU:s institutioner kan utfärda enligt artikel 288 FEUF.³⁰

Varje år antar EU en stor mängd bindande rättsakter, bestående av direkt tillämpliga förordningar samt av direktiv som ska genomföras i rättsordningen av respektive medlemsstat. EU-domstolen har en central roll i EU-rättens utveckling, både vad gäller principer för hur EU-rätten ska behandlas i medlemsstaternas nationella rättsordning (t.ex. direkt effekt, företräde, skyddet för grundläggande rättigheter inom EU) och vad gäller tolkning av materiella EU-rättsliga regler (t.ex. inom den inre marknaden). Något förenklat, skulle man kunna säga att EU:s lagstiftning för det mesta är teknisk och detaljerad till sin natur, medan EU-domstolens praxis är principiellt hållen.³¹

Den tolkningsmetod som EU-domstolen är känd för är förhållandevis fri och starkt ändamålsorienterad. Denna teleologiska tolkningsmetod återspeglas i stor del av EU-domstolens rättspraxis, detta är emellertid inte domstolens enda tolkningsmetod. Med en teleologisk tolkningsmetod som bas har EU-domstolen i princip utvecklat en egen tolkningsstil. EU-domstolen använder sig av en rad olika tolkningsmetoder, domstolens utgångspunkt vid tolkning av unionsrättsliga bestämmelser är att man *inte bara beakta dess lydelse, utan också dess sammanhang och de syften som eftersträvas med den*³². Detta synsätt aktualiserar en mängd olika tolkningsmetoder, bl.a. bokstavstrogen tolkning, betydelsen av flera

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., s. 41 f.

³¹ Nääv, 2018, s. 115 ff.

³² Se t.ex. C-292/82, Merck Hauptzollamt Hamburg-Jonas, EU:C:1983:335, p. 12; C-337/82, St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik mot Hauptzollamt Krefeld, EU:C:1984:69, p. 10.

språkversioner, autonom tolkning, analogitolkning, systematisk tolkning etc.³³

Den teleologiska eller ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden används i synnerhet när en bestämmelse eller kontextuella sammanhang är oklart.³⁴ Vilket gör den särskilt aktuell utifrån uppsatsens frågeställningar, hur digitala plattformar konkurrensrättsligt regleras utifrån bestämmelser som formulerades långt innan digitala miljöer existerade.

Dock ska ingen tolkningsmetod som EU-domstolen använder beaktas självständigt. På områden där EU-rättsliga bestämmelser är tvetydig, oklar eller ofullständig, kan samtliga tolkningsmetoder appliceras i en samstämmig relation. Därmed kan en bokstavlig tolkning av en tvetydig bestämmelse, konfirmeras utifrån dess sammanhang och önskat ändamål. På ett likartat sätt, när ett eftersträvat mål ska identifieras av en viss EU-rättslig bestämmelse, kan EU-domstolen ta stöd av dess utarbetande historia och/eller dess normativa sammanhang.³⁵

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

En rättsdogmatisk metod anses ofta handla om att göra en rekonstruktion av en rättsregel eller att lösa ett rättsligt problem med hjälp av en annan rättsregel.³⁶

I stor utsträckning utgår den rättsdogmatiska metoden från en konkret problemställning, stora delar av arbetet går ut på att analysera om den valda problemställningen är relevant och korrekt utformad. Att kunna utnyttja den rättsdogmatiska "verktygslådan" för att hantera diverse tolkningsfrågor genom att applicera kunskaper om lagen och dess karaktär och andra allmänna rättsprinciper som tydliggörs genom studier av lagmotiv, rättspraxis och litteraturen, är ofta det som definierar ett kvalitativt juridiskt arbete.³⁷

Rättsdogmatiken är en tolkningslära, det juridiska konceptet kretsar kring hur en rättsregel bör tolkas. Den rättsdogmatiska debatten handlar om i vilken utsträckning arbetet utgörs av att finna ett nytt svar eller en problematisk omformulering. Det viktigaste i en rättslig oklarhet är att slå fast det primära rättsliga problemet,

³³ Hettne, 2011, s. 158 f.

³⁴ Ibid., s. 168.

³⁵ Lenaerts, Koen & Gutiérrez-Fons, José A., To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, EUI Working Paper, Academy of European Law, 2013, s. 48.

³⁶ Nääv, 2018, s. 21.

³⁷ Ibid., s. 23 f.

argumentationen beror på om frågan behandlar tillämpningen av en rättsregel (*de lege lata*, en restriktiv argumentation) eller hur en rättsregel bör eller kommer utformas i framtiden (*de lege ferenda*, en extensiv argumentation).³⁸

1.5 Material

Uppsatsens material har en stark förankring i EU-domstolens och tribunalens rättspraxis, som enligt ovan resonemang i princip utgör bindande rättskällor.

Material som också är av stor betydelse, för uppsatsen, är kommissionens konkurrensrelaterade beslut, som utgör EU:s sekundärrätt. Kommissionen kan ses som EU-systemets “motor”, och är EU:s administrativa och verkställande organ. Därmed övervakar kommissionen så att EU-rätten följs och ingriper mot överträdelser samt fattar beslut. Gällande EU:s konkurrensrätt, är det först och främst kommissionen, som på EU-nivå tillämpar denna. Tillämpningen sker genom Europeiska kommissionens Generaldirektoratet för konkurrens (GD Konkurrens)³⁹. På konkurrensområdet har kommissionen vida besluts- och undersökningsbefogenheter och kan därmed besluta om hårda sanktioner i form av böter för överträdande företag.⁴⁰

Artikel 288 FEUF, som nämnts ovan, nämner endast två typer av sekundärrättsliga källor (rekommendationer och yttranden), men trots detta har kommissionen och rådet utfärdat ytterligare typer, nämligen meddelanden, tillkännagivanden, riktlinjer och uppförandekoder. Med åren har betydelsen av denna typ av rättskällor ökat, särskilt inom EU:s konkurrensrätt, där kommissionen regelbundet utfärdar riktlinjer om konkurrensreglernas tillämpning.⁴¹ Kommissionen ges även ett skönsmässigt utrymme på EU:s konkurrensområde då dennes beslut delvis anses utgöra policybildning.⁴²

Ovan förtydligas i artikel 105 FEUF, där det fastställs att kommissionen ska säkerställa att principerna som stipuleras i artikel 101 och 102 FEUF tillämpas.

³⁸ Ibid., s. 29 ff.

³⁹ Europeiska kommissionen, Generaldirektoratet för konkurrens (GD Konkurrens) <https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en> (besökt 2021-12-13).

⁴⁰ Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, Concurrentia AB och Norstedts Juridik AB, 5 uppl., 2019, s. 59 f. (cit. Bernitz, 2019).

⁴¹ Hettne, 2011, s. 46 f.

⁴² Ibid., s. 48.

Därmed ska kommissionen, antingen på begäran av en medlemsstat eller på eget initiativ, undersöka eventuell överträdelse av principerna. Då det konstateras att en överträdelse finns, ska kommissionen ge förslag på hur överträdelsen ska stoppas.⁴³ Om överträdelsen inte försvinner, ska kommissionen fastslå att det föreligger en överträdelse av principerna, genom ett motiverat beslut. Detta beslut får även offentliggöras.⁴⁴

Doktrin av särskild betydelse, för denna uppsats, är den s.k. Crémer Rapporten, som initialt refereras ovan. Den skrevs av professorerna Jacques Crémer⁴⁵ och Heike Schweitzer⁴⁶, samt Yves-Alexandre de Montjoye⁴⁷, på uppmaning av Margrethe Vestager⁴⁸ för GD Konkurrens.⁴⁹ Doktrin som även är av stor betydelse är “The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement”⁵⁰, skriven av professor Giorgio Monti.⁵¹

Ytterligare doktrin, som är aktuell är “Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU”⁵², skriven av professorerna Pierre

⁴³ Artikel 105.1 FEUF.

⁴⁴ Artikel 105.2 FEUF.

⁴⁵ Jacques Crémer är bl.a. professor i ekonomi vid Toulouse School of Economics och har varit specialrådgivare för kommissionären Vestager (Toulouse School of Economics, Jacques Crémer <<https://www.tse-fr.eu/people/jacques-cremer>> (besökt 2021-12-13)).

⁴⁶ Heike Schweitzer är bl.a. professor i juridik, vid Humboldt University of Berlin, med fokus på bl.a. EU ekonomisk rätt (Europeiska kommissionen, Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale) <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/cv-schweitzer_en.pdf> (besökt 2021-12-13)).

⁴⁷ Yves-Alexandre de Montjoye är bl.a. “Associate Professor” i datavetenskap vid Imperial College London och har varit specialrådgivare för kommissionären Vestager (Imperial College London, Yves-Alexandre de Montjoye <<https://www.imperial.ac.uk/machine-learning/people/>> (besökt 2021-12-13); Yves-Alexandre de Montjoye <<http://www.demontjoye.com/>> (besökt 2021-12-13)).

⁴⁸ European Commission, EXECUTIVE VICE-PRESIDENT (2019-2024) <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager_en> (besökt 2021-12-13).

⁴⁹ Europeiska unionens publikationsbyrå, Publikationsuppgifter, Competition policy for the digital era <<https://op.europa.eu/sv/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1>> (besökt 2021-12-13).

⁵⁰ Monti, Giorgio, The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement, TILEC Discussion Paper, 2021-02-22 (cit. Monti, 2021).

⁵¹ Giorgio Monti är bl.a. professor i konkurrensrätt vid Tilburg University (Tilburg University, prof. Giorgio Monti <<https://www.tilburguniversity.edu/staff/g-monti>> (besökt 2021-12-16)) och har även lämnat feedback på EU:s konkurrensrättsliga regler så sent som 5 juni 2021 (European commission, Feedback from: Giorgio Monti, F2661354, 05 July 2021 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13058-Horizontal-agreements-between-companies-revision-of-EU-competition-rules/F2661354_en> (besökt 2021-12-16)).

⁵² Larouche, Pierre & de Streel, Alexandre, Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU, Expert study, European Commission Directorate-General for Competition, 2020 (cit. Larouche, 2020).

Larouche⁵³ och Alexandre de Streel⁵⁴.

Uppsatsen använder även statistik från Statista⁵⁵, en informationskälla som använts av kommissionen under 2021,⁵⁶ men även vid ett flertal andra tillfällen.⁵⁷ Även etablerade författare såsom professor Geradin⁵⁸ använde Statista under 2021.⁵⁹

1.6 Forskningsläge

Det övergripande forskningsläget för uppsatsens ämne är relativt utforskat och har inte hunnit sättas på prov, “stand the test of time”, då diskussionerna kring en undermålig reglering startade 2019. Likväl medför en betydande och kapitalstarkt sektor ett högt intresse från samtliga “know how”-kategorier, allt från professorer till näringstoppar.

Uppsatsen har en tvåsidig karaktär, ena sidan behandlar befintlig reglering av digitala plattformar, där även majoriteten av materialet finns, om än endast två direkt relevanta EU-rättsfall (gällande Microsoft⁶⁰ och Google⁶¹) att utgå ifrån, men forskningen har likväl varit aktiv. Dock har kommissionen flitigt kopplat annan

⁵³ Pierre Larouche är bl.a. professor i konkurrensrätt vid University of Montréal (Université de Montréal, Law Faculty, <<https://droit.umontreal.ca/en/faculty/the-team/professors/details/in/in28933/sg/Pierre%20Larouche/>> (besökt 2022-01-01)).

⁵⁴ Alexandre de Streel är bl.a. Professor i EU-rätt vid University of Namur (European Parliament, CV Alexandre de Streel <<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/108760/CV%20de%20Streel.pdf>> (besökt 2022-01-01)).

⁵⁵ Statista är en ledande leverantör av global marknads- och konsumentdata (Statista, About us, <<https://www.statista.com/aboutus/>> (besökt 2021-12-14)).

⁵⁶ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, SWD(2021) 199 final, s. 13, fotnot 32 (cit. Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021).

⁵⁷ Se exv. COMMISSION DECISION of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099 – Google Android), C(2018) 4761 final, fotnot 319, 445, 586, 622, 698, 718 (cit. Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018); DMA Impact Assessment, 2020, p. 58, 313 & fotnot 103, 108, 111, 164, 171, 254; COMMISSION DECISION of 20.3.2019 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40411 - Google Search (AdSense)), C(2019) 2173 final, p. 149 & fotnot 139 (cit. Kommissionens beslut, AT.40411 Google AdSense, 2019).

⁵⁸ Damien Geradin är bl.a. professor i konkurrensrätt och ekonomi vid Tilburg University (Tilburg University, Damien Geradin <<https://research.tilburguniversity.edu/en/persons/damien-geradin>> (besökt 2021-12-14)) och är även en registrerad “typ A” medlem i kommissionens expertgrupp (European Commission, Register of Commission Expert Groups and Other Similar Entities, Damien Geradin <<https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/members/consult?do=memberDetail.memberDetail&memberID=70239&orig=group>> (besökt 2021-12-15)).

⁵⁹ Geradin, Damien & Katsifis, Dimitrios, The Antitrust Case Against the Apple App Store, Journal of Competition Law & Economics, Volume 17, Issue 3, September 2021, Pages 503-585 <<https://doi.org/10.1093/joclec/nhab003>>, s. 511, fotnot 37 (cit. Geradin, 2021).

⁶⁰ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289.

⁶¹ T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763.

konkurrensrättslig EU-praxis till situationer med digitala plattformar (som det redogörs för i uppsatsen), samt att flertalet undersökningar av GAFAM har inletts av kommissionen, där besluten antagligen kommer leda till framtida överklagan. Kommissionen, med diverse experter och medarbetare,⁶² antas även vara en bidragande faktor till utvecklingen av forskningsläget.

Uppsatsens andra sida, kan forskningslägets tidsperspektiv i viss utsträckning likställas med kommissionens publicering av förslaget till DMA. Även om tidsramen är något snäv har kommentarer lämnats av inflytelserika aktörer, antagligen till följd av sektorns betydelse. Sådana aktörer redogörs för bl.a. i uppsatsens materialavsnitt (avsnitt 1.5).

1.7 Disposition

Uppsatsens syftesinriktade del inleds i kapitel 2, här behandlas den första frågeställningen, kapitlet utgör en redogörelse av den befintliga regleringen av digitala plattformars app-butiker, enligt artikel 102 FEUF. Kapitlet inleds med en redogörelse av relevanta begrepp, för att förstå uppsatsens övriga delar, därefter delas redogörelsen av artikel 102 FEUF upp i två delar, tillämpningsområde (avgöra marknadsdominans) och förbud enligt artikeln.

I kapitel 3 behandlas den andra frågeställningen, här görs en redogörelse av den föreslagna regleringen av digitala plattformar, grindvakter, enligt DMA. Regleringen enligt DMA delas upp på ett likartat sätt som i kapitel 2, nämligen utifrån förordningens tillämpningsområde (enligt artiklarna 3 till 4) och huvudsakliga restriktioner (enligt artiklarna 5 till 6).

Den tredje och sista frågeställningen behandlas i kapitel 4, där en diskussion förs kring relationen mellan DMA och artikel 102 FEUF. För att sedan diskutera ändamålet med respektive regelverk och göra en jämförelse mellan tillämpningen.

Uppsatsen avslutas i kapitel 5, med att besvara uppsatsens frågeställningar i en sammanfattad form samt slutsatser med avslutande reflektioner.

⁶² Se exv. European Commission, DG COMP, Organisation chart <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/organisation-chart-dg-comp_en_7.pdf> (besökt 2022-01-03); European Commission, Register of Commission Expert Groups and Other Similar Entities, Economic Advisory Group on Competition Policy (E02811) <<https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupID=2811>> (besökt 2022-01-03).

2. App-butikers reglering enligt artikel 102 FEUF

2.1 Inledning

Kapitlet behandlar uppsatsens första frågeställning, inledningsvis behandlas begrepp som är nödvändiga för att förstå digitala plattformar och dess inverkan (avsnitt 2.2). Därefter följer en redogörelse av marknadsdefinition och marknadsdominans, som är grundläggande komponenter vid användning av artikel 102 FEUF (avsnitt 2.3). Nästkommande två avsnitt redogör för tillämpningsområdet (avsnitt 2.4) och förbuden (avsnitt 2.5) som gäller vid tillämpning av artikel 102 FEUF på digitala plattformars app-butiker.

2.2 Digitala plattformar

Digitala plattformar består av många och komplicerade faktorer och begrepp. Därmed är uppsatsens första syftesinriktade avsnitt dedikerat till att redogöra för sådana relevanta komponenter. Nedan kommer successivt, från generellt till specifikt, en redogörelse att göras av begreppen Big Tech, Två- och flersidiga marknader, Datatyper, Ekosystem, Operativsystem och appar, samt App-butiker.

2.2.1 Big Tech

‘Big Tech’ benämns även i media som ‘Big Four’, ‘Big Five’ eller som nämnts ovan GAFAM, det är alla benämningar på de största, mest dominanta och mest prestigefyllda företagen inom Informationsteknik (IT) i USA. ‘Big Four’ utgörs generellt sett av Alphabet Inc. (Google), Amazon.com Inc., Apple Inc. och Meta Platforms Inc. (Facebook). I ‘Big Five’ tillkommer Microsoft Corporation ovan nämnda företag.⁶³

⁶³ Conor Sen, The ‘Big Five’ Could Destroy the Tech Ecosystem, 2017 <<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-11-15/the-big-five-could-destroy-the-tech-ecosystem>> (besökt 2021-12-03); Financial Times, The Economics of Big Tech, 2018 <<https://www.ft.com/economics-of-big-tech>> (besökt 2021-12-03); BBC News, How much power does tech ‘big four’ have?, 2020 <<https://www.bbc.com/news/av/world-us-canada-53575974>> (besökt 2021-12-03); Mark W. Johnson, Harvard Business Review, Do the U.S.’s Big Four Tech Companies Have a Vision for the Future?, 2020 <<https://hbr.org/2020/07/do-the-u-s-s-big-four-tech-companies-have-a-vision-for-the-future>> (besökt 2021-12-03); Chris Alcantara, Kevin Schaul, Gerrit De Vynck & Reed Albergotti, How Big Tech got so big:

Big Tech är dominerande aktörer i sina respektive IT-sektorer, vilket bl.a. är e-handel, online annonseringstjänster, hemelektronik, molntjänster, mjukvara, streaming tjänster, artificiell intelligens, hemautomation och sociala medier.

Statistik från Statista visar att GAFAM är de topp sex högst värderade företagen på S&P 500⁶⁴, 19 november 2021. Med börsvärden som sträcker sig från ca 1 biljon USD upp mot ca 2,5 biljoner USD.⁶⁵ Utöver detta, anses företagen vara bland de mest prestigefyllda arbetsgivarna i världen.⁶⁶

2.2.2 Två- och flersidiga marknader

När den relevanta marknaden ska avgöras i flersidiga marknader kan, enligt kommissionen, definitionen göras, (i) för hela plattformen och därmed inkludera alla kundgrupper s.k. en-marknads sätt, eller (ii) för respektive sida, d.v.s. separata marknadsdefinitioner för olika sidor av plattformen, s.k. flersidigt sätt. Exempel på första metoden, återfinns i kommissionens undersökning vid fusion av Travelport/Worldspan, då definierades en marknad för globala distributionssystemtjänster som inkluderade både sidan av resetjänstleverantörer och sidan av reseagenter,⁶⁷ ett annat exempel på samma metod återfinns också i en fusion som kommissionen undersökt, nämligen mellan Microsoft/LinkedIn, där definierade kommissionen en marknad för rekryteringstjänster online, som inkluderade både rekryterare och jobbsökande.⁶⁸ På den andra metoden finns exempel främst inom digitala söktjänster eller sociala nätverk som finansieras med reklamtjänster, där separeras marknaderna för tjänster som erbjuds till slutanvändaren och tjänster som erbjuds till företagsanvändaren, vilket gjordes i flertalet fall som erbjöd motsvarande tjänster.⁶⁹ När kommissionen och

Hundreds of acquisitions, 2021 <<https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2021/amazon-apple-facebook-google-acquisitions/>> (besökt 2021-12-03).

⁶⁴ S&P 500 är ett aktieindex som mäter utvecklingen av de 500 största, börsnoterade, företagen i USA.

⁶⁵ Statista, Market capitalization of largest companies in S&P 500 Index as of November 19, 2021 <<https://www.statista.com/statistics/1181188/sandp500-largest-companies-market-cap/>> (besökt 2021-12-04).

⁶⁶ LinkedIn, Top Companies 2021: The 50 best workplaces to grow your career in the U.S., 2021 <<https://www.linkedin.com/pulse/top-companies-2021-50-best-workplaces-grow-your-career-us/>> (besökt 2021-12-04).

⁶⁷ COMMISSION DECISION of 21/08/2007 declaring a concentration to be compatible with the common market and the EEA Agreement (Case No COMP/M.4523 - TRAVELPORT/ WORLDSPAN), C(2007)3938, p. 58.

⁶⁸ Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn, C(2016) 8404 final, 2016-12-06, p. 146 (cit. Case M.8124, Microsoft/LinkedIn, 2016).

⁶⁹ Se exv. Case No COMP/M.5727 - MICROSOFT/ YAHOO! SEARCH BUSINESS, C(2010) 1077, 2010-02-18; Case No COMP/M.6281 - MICROSOFT/ SKYPE, C(2011)7279 , 2011-10-07; Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP, C(2014) 7239 final, 2014-10-03 (cit. M.7217 Facebook/WhatsApp, 2014; Case

medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter (NCA)⁷⁰ definierar den relevanta marknaden i flersidiga marknader, tas följande faktorer med i avvägningen: direkt och indirekt nätverkseffekt, prisstrukturer, prisstrategier samt multi- och single-homing. Även data är en alltmer förekommande faktor.⁷¹

Ett exempel från tribunalen om en tvåsidig marknad, gällande en digital plattform, är i Google Shopping målet. Där förklaras en tvåsidig marknad vara en marknad där leverantören samtidigt förser efterfrågan av två olika tjänster, till olika användare. På ena sidan förses internetanvändare, som vill jämföra funktionalitet och priser på produkter innan köp. På den andra sidan, förses produktleverantörer möjligheten att delge produktinformation i leverantörers databaser med anledning av jämförelsen samt möjligheten att se försäljningen av deras produkter, som köps av internetanvändarna, även om transaktionen görs på en annan marknad.⁷²

Ett karaktärsdrag för tvåsidiga plattformar är att erbjuda en sida gratis, vilket är en fördelaktig strategi för exv. generell söktjänst som specifika men beroende efterfrågan. De två sidorna är då generella söktjänster respektive online sökrekam. Intäkterna genereras endast på sidan för online sökrekam, vilket innebär att annonsörer indirekt finansierar generella söktjänster, såsom Google Search, som erbjuds till användarna. Vidare är intäkternas storlek beroende på antalet användare på den andra sidan.⁷³

2.2.3 Datatyper

Data är kärnan inom bl.a. produktionsprocesser, logistik, riktad marknadsföring, "smarta" produkter och tjänster och inom artificiell intelligens. Företagens konkurrenskraft blir alltmer beroende av välutvecklad tillgång till relevant data och

M.8124, Microsoft/LinkedIn, 2016; COMMISSION DECISION of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 - Google Search (Shopping)), C(2017) 4444 final (cit. Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017); AT.40099 Google Android, 2018.

⁷⁰ NCA är en vedertagen förkortning för "National Competition Authorities" (European Commission, National Competition Authorities, <https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/national-competition-authorities_en> (besökt 2022-01-03), (cit. EC NCA)).

⁷¹ Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 54 f.

⁷² T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 473.

⁷³ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 328.

förmågan att använda sådan data i sin utveckling av nya och innovativa applikationer och produkter.⁷⁴

Data är ett vidsträckt begrepp, men data kopplad till digitala plattformar utgörs främst av tre datatyper. Data på individuell nivå erhålls från en individ eller maskin på tre olika sätt (i) frivilligt, skapat och explicit delat av individer, exv. en social mediaprofil, (ii) observerat, upptaget genom iakttagelser av individers agerande, exv. platsdata vid användning av smartmobiler, och (iii) antaget, data om individer baserat på analyser av frivillig eller observerad information, exv. kreditvärdighet.⁷⁵

2.2.4 Ekosystem

I speciellt konsumentinriktade marknader finns det företag som konkurrerar om att locka in konsumenter i omfattande s.k. ekosystem. Genom att dra in konsumenter i sina respektive ekosystem, kan företagen styra efterfrågan av produkter och tjänster som tillhör ekosystemet. Detta möjliggörs genom att konsumenterna kan erbjudas högre kvalitet på produkter och tjänster genom interoperabilitet med resten av ekosystemet (s.k. privata APIs, “application programming interface”) eller till följd av data, privat eller aggregerad data som samlats ihop inom ekosystemet. Förutom detta kan företagen styra efterfrågan genom påtryckning, partisk ranking, användning av standardinställningar m.m. men detta anses kontroversiellt.⁷⁶

2.2.5 Operativsystem och appar

Det, genom uppsatsen, återkommande begreppet “smartphones” finns med i Svenska Akademiens ordlista, men enligt akademien ska hellre ordet “smartmobil” användas,⁷⁷ som innebär “mobil-telefon med ut-ökade funktioner”.⁷⁸ Smartmobiler behöver ett OS för att fungera,⁷⁹ OS är produkter för systemprogramvaror som kontrollerar de grundläggande funktionaliteterna av en dator samt möjliggör för

⁷⁴ Crémer, 2019, s. 73.

⁷⁵ World Economic Forum, Personal Data: The Emergence of a New Asset Class, 2011, s. 7 <https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf> (besökt 2021-12-15); Crémer, 2019, s. 24.

⁷⁶ Ibid., s. 47.

⁷⁷ Svenska Akademiens ordlista (SAOL), smartphone, 2015 <<https://svenska.se/tre/?sok=smartphone&pz=1>> (besökt 2021-12-28).

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Case No COMP/M.6381 - GOOGLE/ MOTOROLA MOBILITY, C(2012) 1068, 2012-02-13, p. 22; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 79.

användaren att använda datorn och att köra programvara på den.⁸⁰ Följaktligen diskuteras endast sådan OS som är utvecklad för att stödja funktionaliteten av smartmobiler och motsvarande appar, “smartmobil OS”.

Smartmobil OS är vanligtvis utrustad med ett “graphical user interface”, API, samt andra sidofunktioner. Dessa komponenter är nödvändiga för att en smartmobil ska vara användbar och möjliggör kombinationen av nya funktioner som erbjuder förbättrad användbarhet samt innovation.⁸¹ En app som är skriven för en specifik smartmobil OS, kommer vanligtvis endast användas på en smartmobil som använder samma OS, oavsett tillverkare.⁸²

Smartmobil OS utvecklas genom vertikal integration av “original equipment manufacturers” (OEM). Apples OS är exempel på icke-licensierbara smartmobil, som endast går att använda via respektive tillverkares egen smartmobil. Licensierbara smartmobil OS levereras av exv. Googles och Microsoft, då licensieras deras respektive smartmobil OS till OEM. Därmed klassas licensiering av smartmobil OS som en ekonomisk aktivitet längre fram i försäljningen av smartmobiler till användarna.⁸³

De mest populära OS för smartmobiler är Googles Android och Apples iOS, som tillsammans innehar över 99 procent av marknadsandelarna på en global nivå.⁸⁴ Operativsystemen skiljer sig åt så till vida att Android, till skillnad från iOS, licensieras till OEMs, t.ex. Samsung, LG, Nokia och OnePlus, medan Apples ekosystem är stängt för tredjepartstillverkare, därmed är iOS endast tillgängligt via iPhones och samtidigt får endast iPhones använda iOS. Utöver detta, sedan 2008, tillhandahåller både Google och Apple app-butiker som erbjuder diverse appar för respektive OS, som benämns Play Store för Android och App Store för iOS, dessa app-butiker kommer även förinstallerade på användarnas smartmobiler.⁸⁵

Android och iOS stora framgång anses delvis bestå i misslyckandet av andra OS,

⁸⁰ COMMISSION DECISION of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), C(2004)900 final, p. 37 (cit. Kommissionens beslut, C-3/37.792 Microsoft, 2004).

⁸¹ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 80.

⁸² Ibid., p. 81.

⁸³ Ibid., p. 83

⁸⁴ Statista, Market share of OS.

⁸⁵ Geradin, 2021, s. 510.

såsom Windows och Symbian, men i desto större utsträckning i båda parternas framgångsrika utnyttjande av indirekta nätverkseffekter och förmågan att nå ett högt antal användare på plattformens tvåsidiga marknad, nämligen både smartmobil-användare och apputvecklare. Därmed har Google och Apple lyckats överkomma det s.k. kyckling-och-ägg problemet av flersidiga plattformar, nämligen vilken sida som kommer först.⁸⁶

Nyckeln till framgång består i att både Apple och Google främjar tredjeparts apputvecklare för sina respektive OS, genom att bl.a. erbjuda mjukvaruutvecklingskit. Utöver detta har båda grindvakterna varit särskilt duktiga på att undvika fragmentering på sina respektive CPT, genom att kontrollera OEMs, vilket i sin tur har lett till allt högre koncentration av apputvecklare kring de båda OS. Resultatet av detta, har i sin tur lett till en märkbart högre kvalitet för slutanvändaren av Android och iOS, som ytterligare uppmuntrar apputvecklare att fokusera på dessa OS, och därmed har en långsiktig positiv spiral skapats för Apple och Google. Denna positiva spiral reflekteras tydligt i både att Play Store och App Store erbjuder 3.48 miljoner och 2.22 miljoner appar i sina respektive app-butiker,⁸⁷ och att Apple och Google redan 2010 lyckats “låsa in” både majoriteten av apputvecklarna och slutanvändarna i sina ekosystem.⁸⁸

Vidare är appar, förkortning av applikation,⁸⁹ en typ av programvara som användare kan använda för nå World-Wide-Web material och diverse tjänster på deras smartmobiler. Appar kan både vara självständiga och fungera för “offline” ändamål (t.ex. spel eller fotografering), men kan också införliva någon form av onlinetjänst (t.ex. interagera på sociala medier eller geolokalisering).⁹⁰

Huvudsakligen delas appar in i två kategorier, inhemsk eller icke-inhemsk. Inhemska appar är skrivna i ett specifikt programspråk för en given enhet, exv. Java för Android OS. Icke-inhemska appar är utvecklade för att fungera på mer än en smartmobil OS, genom att använda en plattformsoberoende “software development

⁸⁶ Ibid., s. 510 f.

⁸⁷ Statista, Number of apps available in leading app stores 2021, 2021-12-14 <<https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/>> (besökt 2021-12-23) (cit. Statista, Number of apps, 2021).

⁸⁸ Geradin, 2021, s. 511.

⁸⁹ Svenska Akademiens ordlista (SAOL), app <<https://svenska.se/saol/?sok=app&pz=1>> (besökt 2021-12-28).

⁹⁰ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 84.

kit”.⁹¹

2.2.6 App-butiker

Till följd av smartmobiler, har det uppkommit nya former av mjukvaror, nämligen digitala distributionsplattformar. Dessa plattformar består av digitala tjänster med relaterade appar vars ändamål är att möjliggöra för användarna att ladda ner, installera och hantera ett brett utbud av diverse appar, utifrån en enda punkt i smartmobilens gränssnitt. Denna typ av digital distributionsplattformar kallas kortfattat för app-butiker.⁹² Som nämnt ovan, är de mest populära app-butikerna för smartmobiler Googles Play Store och Apples App Store.⁹³ På användarsidan är det fri tillgång till app-butiker, och betalning görs främst bara för nedladdning av vissa appar eller visst material i apparna (s.k. “In-app purchases”). Den andra sidan, för omsättningsgenererande apputvecklare, betalar en procentsats av deras app-relaterade omsättning (dvs. när slutanvändare gör in-app purchases eller betalar för nedladdningen av appar) till app-butiken.⁹⁴

Enligt kommissionen, i förslaget till DMA, definieras app-butiker som “en typ av onlinebaserade förmedlingstjänster som är inriktad på programvaruapplikationer som förmedlad produkt eller tjänst”.⁹⁵

För att ta en närmare titt på Googles app-butik, som är världens största app-butik med 3.48 miljoner appar,⁹⁶ antagligen en av världens mest besökta affärer med över 2 miljarder användare,⁹⁷ och har en global omsättning på ca 48 miljarder USD.⁹⁸ Initialt, kallades app-butiken för Android Market, som i mars 2012 integrerades med Google Play och då fick namnet Play Store, denna utgör även en del av Google Mobile Services (GMS), vilket är ett knippe av Google appar och tjänster som Google licensierar tillsammans.⁹⁹ Till skillnad från andra Google appar, går det ej att ladda ner Play Store, och måste förinstalleras av OEMs för att användarna ska

⁹¹ Ibid., p.85.

⁹² Ibid., p. 86.

⁹³ Ibid., p. 87.

⁹⁴ Ibid., p. 88.

⁹⁵ DMA, 2020, Artikel 2 p. 12.

⁹⁶ Statista, Number of apps, 2021.

⁹⁷ Android for Developers, Google Play <<https://developer.android.com/distribute>> (besökt 2021-12-14).

⁹⁸ Statista, Google Play: annual consumer spending on mobile apps 2016-2021, 2021-12-10 <<https://www.statista.com/statistics/444476/google-play-annual-revenue/>> (besökt 2021-12-25).

⁹⁹ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 132-133.

ha tillgång till den, Google förbjuder inte förinstallering av andra app-butiker, men det finns ingen möjlighet att erbjuda alternativa app-butiker via Play Store.¹⁰⁰ Vilket i princip gör att Play Store intar en monopolställning på Android. Vidare krävs det ett Google-konto för att ha tillgång till Play Store, och för att erhålla ett Google-konto krävs i sin tur en Google-mejl (Gmail) konto. På Play Store kan användare, förutom att ladda ner appar, även ge omdömen på apparna från ett till fem, göra betalningar och uppdatera appar.¹⁰¹

2.3 Marknadsdefinition och marknadsdominans

Initialt är den grundläggande utgångspunkten för att EU:s konkurrensrättsliga bestämmelser ska kunna tillämpas att det s.k. samhandelskriteriet uppfylls, dvs. att en konkurrensbegränsning kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, vilket framgår direkt av artikel 101.1 och artikel 102 FEUF. Viktigt att notera är att samhandelskriteriet tolkas extensivt i rättspraxis och inkluderar alla begränsningar som med tillräckligt hög grad av sannolikhet kan förutse “[...] direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av den inre marknaden.”¹⁰²¹⁰³ Karakteristiskt för artikel 102 FEUF är även att den tillämpas ex-post, d.v.s. att artikeln riktar sig mot missbruk av dominerande ställning efter beteendet har inträffat.¹⁰⁴ Nedan görs en redogörelse för marknadsdefinition och marknadsdominans, vilket är nödvändiga beståndsdelar för att kunna tillämpa artikel 102 FEUF, med en koppling till digitala plattformar och dess app-butiker.

Marknadsdefinition

Marknadsdefinition används av kommissionen vid tillämpning av EU:s konkurrensrättsliga regler, artiklarna 101 och 102 FEUF. För att avgöra denna definition används konceptet *relevant marknad*, som både identifiera och göra en gränsdragnings mellan olika företags konkurrerande ställning. Målet är att blottlägga

¹⁰⁰ Ibid., p. 134.

¹⁰¹ Ibid., p. 135-136.

¹⁰² Se C-306/96, Javico mot Yves Saint Laurent Parfums, EU:C:1998:173, p. 16; C-215/96, Bagnasco m.fl., EU:C:1999:12, p. 47; C-475/99, Ambulanz Glöckner, EU:C:2001:577, p. 48; C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen, EU:C:2007:53, p. 90; C-177/16, Autortiesību un komunikācijas konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība mot Konkurences padome, EU:C:2017:689, p. 27.

¹⁰³ Bernitz, 2019, s. 64.

¹⁰⁴ Ibid., s. 168.

konkurrensbegränsningar som de aktuella företagen möter, genom att identifiera deras faktiska konkurrenter som har möjlighet att aktualisera denna typ av begränsande beteende. Vidare möjliggör en marknadsdefinition en konkret utgångspunkt när marknadsdominans ska avgöras. Särskilt relevant är möjligheten att beräkna marknadsandelar på företaget i fråga och övriga involverade företag, vilket ger en preliminär indikator av marknadsdominans.¹⁰⁵

Enligt fast rättspraxis från EU-domstolen innebär en definition av den relevanta marknaden, både en definition av den relevanta produktmarknaden och en definition av den relevanta geografiska marknaden.¹⁰⁶ Den relevanta produktmarknaden involverar alla produkter eller tjänster som betraktas vara utbytbara enligt konsumenten, gällande produktens karaktär, pris och avsedd användning, vilket fastställts tidigt i praxis och så sent som 2021 av Tribunalen.¹⁰⁷ Den relevanta geografiska marknaden involverar det område där det aktuella företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, där villkoren för konkurrens är tillräckligt lik och kan skiljas från avgränsat geografiskt område, särskilt vad gäller skillnader i konkurrensvillkor, även denna definition har fastställts i tidiga EU-praxis och bekräftat så sent som 2020.¹⁰⁸

Marknadsdefinition är ett verktyg som kommissionen använder i nästan alla sina konkurrensbedömningar, och anses vara en nödvändig förutsättning när marknadsdominans ska avgöras i enlighet med artikel 102 FEUF.¹⁰⁹

Enligt EU-domstolen är definitionen av den relevanta marknaden, generellt sett, en förutsättning vid alla bedömningar om ett företag besitter en dominerande ställning. Eftersom metoden sätter gränserna för själva bedömningen av om ett företag kan

¹⁰⁵ Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 4.

¹⁰⁶ C-27/76, United Brands mot kommissionen, EU:C:1978:22, p. 10; Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 4.

¹⁰⁷ C-27/76, United Brands mot kommissionen, EU:C:1978:22, p. 12; T-691/18, KPN mot kommissionen, EU:T:2021:43, p. 67; Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT C 372, 9.12.1997, s. 5–13, p. 7 (cit. Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997); Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 4 f.

¹⁰⁸ C-27/76, United Brands mot kommissionen, EU:C:1978:22, p. 11; T-380/17, HeidelbergCement och Schwenk Zement mot kommissionen, EU:T:2020:471, p. 294; Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997, p. 8; RÅDETS FÖRORDNING (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, artikel 9(7); Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 5.

¹⁰⁹ Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 5.

bete sig oberoende av sina konkurrenter, kunder och konsumenter.¹¹⁰

Dock poängterar kommissionen, i sitt beslut gällande Google Android, att en undersökning inte ska begränsas av endast de objektiva kriterierna gällande produkt och tjänst. Även andra faktorer, såsom konkurrensförhållanden och strukturen av tillgång och efterfråga på marknaden är också nödvändigt att ta hänsyn till.¹¹¹

Ett högaktuellt mål, gällande Google Shopping¹¹², som avgjordes den 10:e november 2021 av tribunalen, diskuterar både den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden. Domstolen poängterar att den traditionella metoden kretsar kring nämnda aspekter, men lyfter även upp en annan aspekt som är viktig vid marknadsdefinition då hänvisning görs till *Kommissionens tillkännagivande* om definitionen av relevant marknad. Det huvudsakliga syftet med en marknadsdefinition är att systematiskt identifiera konkurrensbegränsningar som berörda företag möter, men även att marknadsdefinitionen aktualiserar analysen av diverse beteende på marknaden och strukturella förändringar i tillgång av olika produkter.¹¹³

Tribunalen poängterar även punkt 20 i *Kommissionens tillkännagivande* som handlar om utbytbarhet på utbudssidan, i de fall då utbytbarheten på utbudssidan kan jämföras med utbytbarhet på efterfrågesidan vad gäller effektivitet och omedelbarhet, finns även möjligheten att detta beaktas vid marknadsdefinitionen. Detta betyder att leverantören kan ändra sin produktion till den relevanta produkten och marknadsföra dem på kort sikt, utan att drabbas av väsentliga tilläggskostnader eller risker.¹¹⁴

Marknadsdominans

Vidare är missbruk av en dominerande ställning ett objektiva begrepp, som riktar sig mot beteendet av ett företag med en dominerande ställning. Till följd av detta

¹¹⁰ C-31/80, L'Oréal mot De Nieuwe AMCK, EU:C:1980:289, p. 25; C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 37; Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 5.

¹¹¹ C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 37; T-556/08, Slovenská pošta mot kommissionen, EU:T:2015:189, p. 112; C-179/16, F. Hoffmann-La Roche m.fl., EU:C:2018:25, p. 51; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 212.

¹¹² T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763.

¹¹³ Ibid., p. 466-467; Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997, p. 2, 12.

¹¹⁴ T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 467; Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997, p. 20.

företags närvaro är den relevanta marknaden försvagad och företaget använder sig av ej vanliga konkurrensmetoder som hindrar att den befintliga konkurrensen på marknaden upprätthålls eller utvecklas.¹¹⁵

Ett företag med en dominerande ställning, oberoende anledningen till denna, har ett särskilt ansvar att inte snedvrیدا eller skada en effektiv konkurrens på EU:s inre marknad.¹¹⁶ Till följd av artikel 102 FEUF, vilket föreskriver de skyldigheter företag med dominerande ställning har, kan sådana företag fråntas sin rätt att agera på ett visst sätt eller verkställa vissa handlingar, som ej självständigt utgör missbruk och som är tillåtet av andra företag som inte har en dominerande ställning.¹¹⁷

För att ett agerande ska räknas som missbruk av dominerande ställning krävs inte nödvändigtvis att detta missbruk har realiserats genom företagets ekonomiska styrka, missbruket är med andra ord inte beroende av de medel som tillämpas.¹¹⁸ Dessutom ges inga exempel i artikel 102 FEUF gällande var på marknaden missbruket ska ha inträffat.¹¹⁹ Vidare ska de faktiska omständigheterna för de skyldigheter som företag med en dominerande ställning har, bedömas utifrån förhållandena i varje enskilt fall då ett företag försvagat konkurrensen.¹²⁰ Detta innebär följaktligen att visst beteende på andra marknader, utöver den dominerande marknaden, som påverkar den dominerande marknaden eller de andra marknaderna, kan klassas som missbruk.¹²¹ Artikel 102 FEUF räknar även upp vissa typer av beteende som klassas som missbruk, men denna uppräknig är ej uttömmande och

¹¹⁵ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 91; C-62/86, AKZO mot kommissionen, EU:C:1991:286, p. 69; C-52/07, Kanal 5 och TV 4, EU:C:2008:703, p. 25; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 27; C-549/10 P, Tomra m.fl. mot kommissionen, EU:C:2012:221, p. 17; C-457/10 P, AstraZeneca mot kommissionen, EU:C:2012:770, p. 74; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 728.

¹¹⁶ C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 57; T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, EU:T:1999:246, p. 112; C-202/07 P, France Télécom mot kommissionen, EU:C:2009:214, p. 105; C-209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, p. 23; C-457/10 P, AstraZeneca mot kommissionen, EU:C:2012:770, p. 134; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 729.

¹¹⁷ C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 57; T-111/96, ITT Promedia mot kommissionen, EU:T:1998:183, p. 139; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 729.

¹¹⁸ C-6/72, Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen, EU:C:1973:22, p. 27; C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 91; T-321/05, AstraZeneca mot kommissionen, EU:T:2010:266, p. 354; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 730.

¹¹⁹ T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, EU:T:1994:246, p. 113-116; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 730.

¹²⁰ C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, EU:C:1996:436, p. 24; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 84; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, p. 730.

¹²¹ C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, EU:C:1996:436, p. 25; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 85; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 730.

är endast exempel på missbruk av en dominerande ställning.¹²²

Enligt artikel 102 FEUF förbjuds både missbrukande beteende som direkt kan skada konsumenterna och sådant som indirekt skadar genom påverkan på konkurrensen.¹²³ Artikeln är särskilt applicerbar då ett företag med en dominerande ställning använder sig av metoder som skiljer sig från normal konkurrens, vilket leder till nackdelar för konsumenter, hindrar upprätthållandet eller utvecklingen av den konkurrens som fortfarande föreligger på marknaden.¹²⁴ Eftersom företaget med en dominerande ställning redan har försvagat konkurrensstrukturen enbart med sin närvaro, kan varje ytterligare begränsning av denna struktur klassificeras som ett missbruk.¹²⁵ Av detta följer att fastställa tröskelvärden för märkbara effekter (de minimis) ej är motiverbart.¹²⁶

2.4 Avgöra dominerande ställning

Förutsättningarna för att avgöra ett företags dominerande ställning i en digital kontext, kan skilja åt jämfört med traditionella förutsättningar. Likväl används fortfarande de traditionella komponenterna, såsom relevant geografisk och produktmarknad och marknadsandelar, för att avgöra digitala plattformars dominerande ställning, vilket avsnittet initialt redogör för. Som sagt, kan marknadsdominans även identifieras utifrån en sammanvägning av flera faktorer,

¹²² C-6/72, Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen, EU:C:1973:22, p. 26; C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, EU:C:1996:436, p. 37; C-395/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports m.fl. mot kommissionen, EU:C:2000:132, p. 112; C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, EU:C:2007:166, p. 57; C-280/08 P, Deutsche Telekom mot kommissionen, EU:C:2010:603, p. 173; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 26; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 731; T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 154.

¹²³ C-6/72, Europemballage Corporation och Continental Can Company mot kommissionen, EU:C:1973:22, p. 26; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 732.

¹²⁴ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 91; C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 70; C-62/86, AKZO mot kommissionen, EU:C:1991:286, p. 69; C-552/03 P, Unilever Bestfoods (anciennement Van den Bergh Foods) mot kommissionen, EU:C:2006:607, p. 129; C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, EU:C:2007:166, p. 66; C-52/07, Kanal 5 och TV 4, EU:C:2008:703, p. 25; C-202/07 P, France Télécom mot kommissionen, EU:C:2009:214, p. 104; C-280/08 P, Deutsche Telekom mot kommissionen, EU:C:2010:603, p. 174; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 27; C-209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, p. 24; C-549/10 P, Tomra m.fl. mot kommissionen, EU:C:2012:221, p. 17; C-457/10 P, AstraZeneca mot kommissionen, EU:C:2012:770, p. 74; C-170/13, Huawei Technologies, EU:C:2015:477, p. 45; C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 26; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 732; T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 151.

¹²⁵ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 123; T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, EU:T:1993:31, p. 95; T-24/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, EU:T:1996:139, p. 106; C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 72; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 732.

¹²⁶ C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 73; C-525/16, Meo - Serviços de Comunicações e Multimédia, EU:C:2018:270, p. 29; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 732.

sådana potentiella faktorer, som har uppstått till följd av digitaliseringen, diskuteras avslutningsvis i avsnittet.

2.4.1 Relevant produktmarknad

Kommissionen gav en generell beskrivning av innebörden av den relevanta produktmarknaden med utgångspunkt från *Kommissionens tillkännagivande*, i en för uppsatsen relevant situation, en digital plattformens dominerande ställning.

Att identifiera den relevanta produktmarknaden, av kommissionen, har sitt ursprung i förekomsten av konkurrensbegränsningar. Ett företag kan utsättas för tre centrala typer av konkurrensbegränsningar, (i) utbytbarhet på efterfrågesidan, (ii) utbytbarhet på utbudssidan, och (iii) potentiell konkurrens. Utbytbarhet på efterfrågesidan utgör den mest omedelbara och effektiva begränsningen för en leverantör av en viss produkt, speciellt vad gäller prissättning, sett ur ett ekonomiskt perspektiv och i samband med marknadsdefinition.¹²⁷

Som nämnts ovan, då tribunalen redogjorde för det, tar även kommissionen upp punkt 20 i *Kommissionens tillkännagivande*, vid undersökning av en annan konkurrensrättslig situation som Google är involverad i. Punkten handlar om utbytbarhet på utbudssidan.¹²⁸ Dock poängteras att utbytbarhet på utbudssidan inte beaktas vid marknadsdefinition då väsentlig anpassning av befintliga fasta och immateriella tillgångar, nyinvesteringar, strategiska beslut eller då det tar tid.¹²⁹ Om ett företag är specialiserat och endast agerar på en sekundär produkt- eller eftermarknad till den primära marknaden, kan det utgöra en stark indikator på att en egen specifik marknad existerar.¹³⁰

I kommissionens beslut gällande Google Android, konstaterades att Android app-butiker utgör en separat relevant produktmarknad.¹³¹ Detta konstaterades utifrån följande: (i) andra appar hör ej till samma produktmarknad som app-butiker, (ii) olika app-butiker för smartmobiler med Google Android OS tillhör samma

¹²⁷ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 213; Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997, p. 13.

¹²⁸ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 214; Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997, p. 20.

¹²⁹ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 215; Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997, p. 23.

¹³⁰ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 216; Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997, p. 56.

¹³¹ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 268.

produktmarknad, (iii) app-butiker för andra Android smartmobiler tillhör samma produktmarknad som app-butiker för Google Android smartmobiler, (iv) app-butiker för andra licensierbara smartmobil OS tillhör inte samma produktmarknad som app-butiker för Android smartmobiler, och (v) app-butiker för andra icke-licensierbara smartmobil OS tillhör inte samma produktmarknad som app-butiker för Android smartmobiler.¹³²

2.4.2 Relevant geografisk marknad

I kommissionens beslut gällande Google Android, gavs en generell beskrivning av den relevanta geografiska marknaden, med utgångspunkt från EU-praxis, i kontext av en digital plattform.

Den relevanta geografiska marknaden omfattar det område där de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, där även villkoren för konkurrens är tillräckligt lika samt kan skiljas från närliggande geografiskt område, speciellt vad gäller väsentliga skillnader i villkor för konkurrens.¹³³

Det finns inga krav, vid definitionen av den geografiska marknaden, på att konkurrensen mellan parterna ska vara homogen, det räcker att det är likt eller tillräckligt homogent och endast sådana områden där konkurrensvillkoren är heterogena, anses området inte utgöra en enhetlig marknad.¹³⁴

Med en avslutande koppling till app-butiker, konstaterade kommissionen i sitt beslut gällande Google Android, att den relevanta geografiska marknaden för Android app-butiker är global, exklusive Kina.¹³⁵ Även Apples app-butik, App Store, förutsätts ha en global relevant geografisk marknad.

2.4.3 Marknadsandelar

När den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden är definierad kan marknadsandelarna beräknas för det relevanta företaget, procentsatsen av denna marknadsandel används sedan som en del eller helt för att avgöra marknadsdominans. Vid låga marknadsandelar behöver andra faktorer tas i

¹³² Ibid., p. 269.

¹³³ C-27/76, United Brands mot kommissionen, EU:C:1978:22, p. 44; C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 26; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 400.

¹³⁴ C-27/76, United Brands mot kommissionen, EU:C:1978:22, p. 11, 56; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 401.

¹³⁵ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 412.

beaktning för att avgöra om det finns en dominerande ställning, dessa är finansiell styrka, teknologisk eller annan kunskapsmässig överlägsenhet, konkurrenternas marknadsandelar och styrka m.m. Är marknadsandelen runt 40 procent eller lite över det, kan det generellt sätt räcka för att falla inom en dominerande ställning.¹³⁶

Om marknadsandelen är under 40 procent räcker det generellt sätt inte för att det ska anses vara ett företag av dominerande ställning. Denna ståndpunkt förtydligas av kommissionen, vilket anser att en liten marknadsandel är generellt en tydlig indikation på att det saknas marknadsmakt av tillräckligt stor betydelse för att det ska klassas som en dominerande ställning, dock förtydligar även kommissionen att det kan finnas undantag från tröskelvärdets huvudregel.¹³⁷

Innebörden av marknadsandelarnas olika procentsatser gavs av kommissionen i dennes beslut gällande Google Shopping. En väldigt stor marknadsandel anses i sig själv indikera en dominerande ställning.¹³⁸ Då ett företag erhåller en väldigt stor marknadsandel över en längre tid, utan att mindre konkurrenter har möjligheten att snabbt möta efterfrågan, från de som önskar lämna relationen med företaget, då anses marknadsandelen vara så pass dominant att den gör företaget till en oundviklig handelspartner, samt p.g.a. detta säkerställer ett oberoende agerande på marknaden under en längre period (detta i sig är en speciell egenskap av en dominerande ställning).¹³⁹ Sådant är fallet då ett företag besitter 50 procent eller mer av marknadsandelarna på den relevanta marknaden.¹⁴⁰ På ett likartat sätt, anses marknadsandelar mellan 70 procent och 80 procent vara tydliga indikatorer på att det existerar en dominerande ställning på den relevanta marknaden.¹⁴¹ Vidare är

¹³⁶ Bernitz, 2019, s. 143.

¹³⁷ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45, 24.2.2009, s. 7–20, p. 14; Bernitz, 2019, s. 143.

¹³⁸ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 41; T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, EU:T:2003:281, p. 154; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 266.

¹³⁹ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 41; T-139/98, AAMS mot kommissionen, EU:T:2001:272, p. 51; T-65/98, Van den Bergh Foods mot kommissionen, EU:T:2003:281, p. 154; T-336/07, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen, EU:T:2012:172, p. 149; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 266.

¹⁴⁰ C-62/86, AKZO mot kommissionen, EU:C:1991:286, p. 60; T-340/03, France Télécom mot kommissionen, EU:T:2007:22, p. 100; T-336/07, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen, EU:T:2012:1722, p. 150; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 266.

¹⁴¹ T-30/89, Hilti mot kommissionen, EU:T:1991:70, p. 92; T-191/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, EU:T:2003:245, p. 907; T-472/07, Enercon mot OHMI - Hasbro (ENERCON), EU:T:2010:25, p. 257; T-336/07, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen, EU:T:2012:172, p. 150; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 266.

även en signifikant indikator för dominans, förhållandet mellan marknadsandelen som det aktuella företaget har och den marknadsandel som dennes närmaste konkurrent har.¹⁴²

Med 76 procent av de globala marknadsandelarna för OS, som är sammanlänkat med app-butiken, förutsätts Google inneha en dominerande ställning för app-butiker. Särskilt eftersom Apple innehar 26 procent och att domanterna tillsammans innehar över 99 procent av marknaden, samt att App Store respektive Play Store utgör olika relevanta produktmarknader, finns det en stor sannolikhet att Play Store nästan innehar ett monopol. Då Apples iOS är låst, och därmed ej erbjuder alternativa app-butiker, förutsätts Apple *de facto* inneha ett monopol, denna bedömning gör även professor Geradin,¹⁴³ därmed förutsätts givetvis även Apple ha en dominerande ställning på marknaden för iOS app-butiker.

2.4.4 Andra faktorer

Faktorer som kan utgöra en del av en sammanvägd bedömning vid avgörandet av marknadsdominans, i en digital kontext är följande: nätverkseffekter, single- och multi-homing och switching, gratistjänster samt data. Nedan kommer faktorerna att behandlas i presenterad ordning.

Nätverkseffekt

Nätverkseffekter är uppdelad i direkta och indirekta nätverkseffekter. En direkt nätverkseffekt uppstår då användaren av en tjänst (exv. en sida av en plattform) direkt gynnas av att fler användare använder samma tjänst (exv. sociala medier plattformar eller kommunikationstjänster). Indirekt nätverkseffekt uppstår då värdet av en tjänst, till en specifik grupp av användare, ökar i takt med antalet användare som tillkommer i en annan grupp av användare, m.a.o. är plattformar som har fler användare av respektive grupp mer värdefull för andra grupper (exv. är annonsering på en app-butik, för en specifik app, mer värdefull för annonsören om det finns fler användare på app-butiken som är potentiella kunder). Därmed brukar digitala plattformar ha både direkt och indirekta nätverkseffekter, den *direkta* mellan medlemmarna av samma grupp, och den *indirekta* mellan

¹⁴² T-219/99, British Airways mot kommissionen, EU:T:2003:343, p. 210; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 266.

¹⁴³ Geradin, 2021, s. 535.

medlemmarna av olika grupper.¹⁴⁴ Motsvarande redogörelse av direkt och indirekt nätverkseffekt har även gjorts av kommissionen.¹⁴⁵ Nätverkseffekt var även ett återkommande begrepp i tribunalens mål gällande Google Shopping från 2021.¹⁴⁶

Exempel på nätverkseffekter återfinns i smartmobil OS, sådan nätverkseffekt uppstår när apputvecklare ska bestämma vilken licensierbar smartmobil OS som denne ska utveckla sina appar inom, då är en avgörande faktor intäktpotentialen mellan alternativa OS. Eftersom apputvecklare främst erhåller intäkter utifrån nedladdning av appar, är smartmobil OS som har en stor användarbas mer attraktivt för apputvecklare.¹⁴⁷ Denna nätverkseffekt och dess inträdeshinder har även konfirmerats av OS utvecklare, OEM, app-butikutvecklare och av andra apputvecklare.¹⁴⁸ I kommissionens beslut gällande Google Android, adresseras även den indirekta nätverkseffekten som finns på båda sidorna, av den två-sidiga marknaden, för Android app-butiker. Den indirekta nätverkseffekten är ytterligare ett konkurrenshinder, exv. anser Nokia, att utvecklare inte ens överväger någon annan Android app-butik som substitut för Play Store, utifrån möjligheten att nå fler slutanvändare och därmed högre förväntade intäkter. Även en dominant som Amazon, har utifrån detta, poängterat att det är ytterst svårt att etablera en meningsfull marknadsandel för nya konkurrenter.¹⁴⁹ Amazon bedriver en egen Android app-butik, som grundades 2011 och kallas Amazon Appstore,¹⁵⁰ men med tanke på att Google och Apples app-butiker tillsammans innehar över 99 procent av de globala marknadsandelarna,¹⁵¹ vittnar detta om Amazons misslyckande.

Slutsatsen av ovan, är att nätverkseffekter kan utgöra en viktig komponent i avgörandet av ett företags dominerande ställning, då denna effekt är grunden till många betydande konkurrens- och expansionshinder bland digitala plattformar, då

¹⁴⁴ Martín-Laborda, Antonio Robles, THE RELEVANCE OF NETWORK EFFECTS IN THE MERGER CONTROL OF ONLINE PLATFORMS, 2018 <https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/antonio_robles_martin_laborda.pdf> (besökt 2022-01-03), s. 1.

¹⁴⁵ Kommissionens beslut, C-3/37.792 Microsoft, 2004, p. 420; Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 55.

¹⁴⁶ Se exv. T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 171, 178, 226.

¹⁴⁷ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 464.

¹⁴⁸ Ibid., p. 469.

¹⁴⁹ Ibid., p. 638.

¹⁵⁰ Wikipedia, Amazon Appstore <https://en.wikipedia.org/wiki/Amazon_Appstore> (besökt 2021-12-31).

¹⁵¹ Statista, Market share of OS.

även giganter som Amazon drabbas av effekten. Men som sagt, är avgörandet av marknadsdominans en sammanvägning av många faktorer, och i enlighet med kommissionen måste relevansen av nätverkseffekt avgöras på en fall-till-fall basis.¹⁵² Att starta ett företag från grunden, som är tänkt att konkurrera med någon av GAFAM och deras miljarder av användare (till följd av starka nätverkseffekter), låter nog osannolikt för de flesta.

Single-home, Multi-homing och Switching

Konsumenter anses ha “single-home” när de använder en plattform för ett specifikt ändamål och “multi-homing” när de använder flera plattformar, parallellt, för ett specifikt ändamål.¹⁵³ En ny plattform kan oftast bara erbjuda en del av de tjänster som en väletablerad plattform kan erbjuda, därmed riskerar användarna att byta till den etablerade plattformen även om tjänsterna på den nya plattformen är av högre kvalitet, det kan även vara så att det finns en osäkerhet kring en ny plattform i vilken utsträckning denna kan möta användarens behov. För att bemöta denna problematik, vill användarna ofta använda sig av s.k. multi-homing, d.v.s. använda båda plattformarna. För att uppmuntra användarnas valmöjligheter och att möjliggöra konkurrens från specialiserade plattformar, som drar till sig användare genom riktade tjänster, är möjligheten till multi-homing viktig, samt att företag med en dominerande ställning ej hindrar detta.¹⁵⁴

Ett direktförbud mot multi-homing görs sällan av plattformar, men i vissa fall görs det tekniskt svårt eller görs mindre attraktivt genom sammankopplingar och trohetsrabatter. Detta kan göras både på konsumentensida av tvåsidiga plattformar, men även säljsidan, särskilt förmedling av tjänster. Där kan t.ex. informationen inkluderas i rankande algoritmer eller rekommendationssystem, om då en leverantörs ranking är beroende av den totala försäljningen, ger det incitament att exklusivt förhålla sig till en plattform.¹⁵⁵

Värt att notera, är även att multi-homing skiljer sig åt då det handlar om konkurrens *på* en marknad respektive *om* en marknad, då kan konkurrensens intensitet dämpas,

¹⁵² M.7217 Facebook/WhatsApp, 2014, p. 130.

¹⁵³ Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021, s. 55.

¹⁵⁴ Crémer, 2019, s. 57.

¹⁵⁵ Ibid., s. 57 f.

men här poängterar författarna till Crémer-rapporten att en analys från fall-till-fall är avgörande, särskilt då båda typerna av konkurrens oftast existerar samtidigt.¹⁵⁶

Ett exempel på en multi-homing situation, redogörs för i kommissionens beslut gällande Google Android. Till följd av Googles marknadsandelar och den stora mängd enheter med Android installerat, skapar detta ett högt incitament för apputvecklare av licensierbara OS, att fokusera deras utveckling på Android och därmed inte utveckla appar för andra licensierbara smartmobil OS, som då hade varit del av en multi-homing.¹⁵⁷ Kommissionen konstaterar att det finns tre anledningar för detta, (i) apputvecklare har begränsat med resurser,¹⁵⁸ (ii) att omvandla appar från ett OS till ett annat är både kostsamt och tidskrävande samt att ytterst få apputvecklare är beredda att utveckla en app till ett tredje OS, utöver Android och iOS,¹⁵⁹ och (iii) att inga andra licensierbara smartmobil OS har samma räckvidd som de två dominerande,¹⁶⁰ med statistik från 2021 erhåller Android nästan 73 procent av de globala marknadsandelarna och iOS över 26 procent, därmed delar övriga OS på mindre än 1 procent av marknadsandelarna.¹⁶¹

Gällande “switching”, byte, av smartmobil OS, leder detta till betydande kostnader för användaren.¹⁶² Kostnaderna inkluderar både en ekonomisk faktor och en tidsfaktor, dels kräver ett byte nedladdning och betalning av ens befintliga appar till den nya smartmobilen, och dels kräver ett byte att användaren lägger ner tid på att vänja och lära sig den nya API och hur ens data förflyttas, genom oftast obekväma och bristfälliga metoder mellan enheterna.¹⁶³ Detta utgör hinder för att byta,¹⁶⁴ exv. till en konkurrerande smartmobil OS enhet.

Enligt kommissionen, utifrån undersökningar, finns det partiskhet som stärker konsumenters inlåsning i plattformar, “eskalerat åtagande” och “partiskt beteende”. Vid ett eskalerat åtagande, åtar sig användare att enbart använda en plattform, exv.

¹⁵⁶ Ibid., s. 58.

¹⁵⁷ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 465.

¹⁵⁸ Ibid., p. 466.

¹⁵⁹ Ibid., p. 467.

¹⁶⁰ Ibid., p. 468.

¹⁶¹ Statista, Market share of OS.

¹⁶² Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 522.

¹⁶³ Ibid., p. 523.

¹⁶⁴ Ibid., p. 527.

endast använda Apple-produkter, även om ett produktbyte varit mer användbart, m.a.o. byter användarna aldrig plattform. Därmed vinner bekvämlighet och användarvanor över potentiella fördelar (exv. bättre kvalitet) med att byta till ett mer specialiserat alternativ. Vid ett partiskt beteende, spelar bl.a. sociala normer in, exv. om en umgängeskrets använder en viss plattform. Sådan partiskhet avskräcker även byte till alternativa plattformar, då exv. förinstallerade appar på en smartmobil ser annorlunda ut på alternativet (appar såsom webbläsare, sökmotor, inställningar etc.).¹⁶⁵

Exempel på ovan, återfinns i kommissionens beslut gällande Google Android, där kommissionen konstaterade att användare generellt sett är nöjda med förinstallerade appar på sin smartmobil OS,¹⁶⁶ därmed är många användare konservativt hållna i sitt användande, vilket följaktligen leder till att förinstallerade OS, app-butiker, söktjänster, appar etc., är kraftfulla verktyg för att låsa in användarna i respektive tjänster. Detta illustreras ytterligare med kommissionens konstaterande att det såldes ca 260 miljoner smartmobiler i Europa 2016, varav 76 procent var enheter med Google Android, där i princip alla Google Android smartmobiler hade Googles sökkapp förinstallerad samt resterande GMS.¹⁶⁷

Enligt tribunalen, som tagits i beaktning i två av kommissionens beslut gällande digitala plattformar, är hinder till följd av teknisk eller ekonomisk karaktär, som leder till att användare inte byter (switching), en relevant faktor vid avgörandet av marknadsdominans.¹⁶⁸

Därmed dras slutsatsen att marknad med hög koncentration av single-home, skulle kunna vara en indikator på konkurrenshinder. En hög koncentration av multi-homing bör anses som konkurrensfrämjande, och motsatsen bör leda till hinder av både marknadsinträde och effektiv konkurrens. Att därmed kunna styra nivån av multi-homing, skulle kunna vara en indikator av marknadsdominans. Vidare, i enlighet med tribunalen och kommissionen, dras slutsatsen att hinder som leder till att användare inte byter (switching) är en relevant faktor i bedömningen om ett

¹⁶⁵ DMA Impact Assessment, 2020, p. 81.

¹⁶⁶ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 781.

¹⁶⁷ Ibid., p. 783; DMA Impact Assessment, 2020, p. 82.

¹⁶⁸ T-79/12, Cisco Systems och Messagenet mot kommissionen, EU:T:2013:635, p. 73; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 268; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 437.

företag har en dominerande ställning.

Kostnadsfritt

Digitala plattformar erbjuder oftast delar av sin verksamhet gratis och det finns många olika situationer då produkter eller tjänster erbjuds kostnadsfritt i en ekonomi, men i denna redogörelse kommer fokus att ligga på kostnadsstrategin som görs vid flersidiga plattformar. Här kan kostnadsfria lösningar vara vanligt förekommande och främja konkurrensen, där en sida av plattformen subventioneras när den är viktig för en annan sida. Om denna sida är tillräckligt viktig, kan även en subvention göras högst villigt för att främja deltagande på plattformens sida.¹⁶⁹ Många digitala tjänster är näst intill omöjligt att saluföra online, att t.ex. betala för en Google sökning låter nog högst främmande för majoriteten av Googles användare, därmed erbjuds plattformarna gratis.

Denna kostnadsfria modell görs givetvis inte utan fördelar för plattformen, gratissidan subventioneras generellt sett av vinsterna från en betald sida, ofta i form av betald reklam som visas på gratissidan. Ytterligare en fördel, är att användarna på gratissidan genererar data enbart genom att interagera med plattformen, denna data används sedan för att förbättra tjänsterna för slutanvändarna, men också för att öka fördelarna på den betalda sidan för företagsanvändarna. Det är denna form av "utbyte" mellan sidorna, som har lett till gratis-tjänsters plats på marknaden.¹⁷⁰ Ett exempel på en priskänslig digital marknad är appar för konsumentkommunikation, där kommissionen konstaterat att priset på sådana appar är en faktor till dess popularitet, där majoriteten av apparna erbjuds gratis.¹⁷¹

Vidare är det faktum att en tjänst erbjuds gratis, även en relevant faktor att inkludera vid avgörandet om ett företag har en dominerande ställning. Då slutanvändaren förväntar sig "gratispriser", blir det svårare eller omöjligt för nya konkurrenter att introducera en prispolitik över noll, varje försök att få slutanvändare att betala skulle därmed betyda en risk att produkten eller tjänsten anses mindre attraktiv och slutanvändaren istället vänder sig till leverantören med "gratispriser". På ett likartat sätt, lär resultatet bli detsamma då nya konkurrenter försakar innovation för att

¹⁶⁹ Crémer, 2019, s. 47.

¹⁷⁰ Ibid., s. 47.

¹⁷¹ M.7217 Facebook/WhatsApp, 2014, p. 90.

kunna konkurrera, med en lägre innovationsnivå riskerar också slutanvändaren att göra ett byte eller anse produkten eller tjänsten som mindre attraktiv.¹⁷²

I enlighet med både tribunalen och kommissionen, dras slutsatsen att gratis-faktorn spelar roll vid avgörandet av marknadsdominans. Denna faktor är särskilt vanlig bland digitala plattformar och deras flersidiga marknadskaraktär. Som nämnt i slutsatsen kring nätverkseffekt, är detta inte en självständig indikator, utan endast en komponent i det sammantagna avgörandet vid marknadsdominans.

Data

Det är särskilt viktigt för företag att ha tillgång till data, som är relaterad till dennes kunder och som kommer från kundernas aktivitet på en plattform, eftersom sådan data bidrar till anpassade marknadsstrategier. Beroendet av denna data, kan då användas för att hindra företagen att konkurrera effektivt på plattformen, speciellt när den digitala plattformen även konkurrerar med företaget. Därmed kan data användas som inträdeshinder, expansionshinder och konkurrenshinder, vilket innebär att data är en grundläggande faktor för konkurrens på marknaden.¹⁷³ I kommissionens beslut gällande Google Shopping, konstaterades att eftersom generella söktjänster använder data för att förbättra sökresultatet, behövs en viss mängd data (sökningar) för att kunna konkurrera effektivt. Med mer data i den generella söktjänsten, kan sökresultatet snabbare anpassa sig efter förändringar till följd av användarbeteende och därmed förbättra söktjänstens relevans.¹⁷⁴

Slutsatsen av ovan är att, eftersom data kan användas som inträdeshinder, expansionshinder och konkurrenshinder, bör kontrollen av sådan data kunna vara en indikator, bidragande faktor, av marknadsdominans. Även då stora mängder data ökar konkurrenskraften samt är en förutsättning för att ens kunna konkurrera om och på vissa marknader, styrker påståendet av datas involvering i en bedömning av marknadsdominans.

¹⁷² T-79/12, Cisco Systems och Messagenet mot kommissionen, EU:T:2013:635, p. 73; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 268; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 437.

¹⁷³ DMA Impact Assessment, 2020, p. 78.

¹⁷⁴ Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 287.

2.5 Förbud

Nedan presenteras, med stöd av rättspraxis och beslut från kommissionen, beteende av digitala plattformar, med koppling till deras app-butiker, som träffas av artikel 102 FEUF. I princip samtliga kategorier av beteende har stöd i EU-rättslig praxis, förutom några uppstickare som är särskilt kopplade till digitala plattformar, nämligen interoperabilitet och missbruk av tredje parts data för ökad konkurrenskraft.

2.5.1 Kopplingsförbehåll och kombinationserbjudanden

Missbruk av dominerande ställning i form av kopplingsförbehåll, av två eller fler produkter eller tjänster, är förbjudet enligt artikel 102 FEUF. Artikelns lista på missbrukande handlingar är ej uttömmande, men kopplingsförbehåll har ansetts tillräckligt viktigt för att inkluderas i ett av artikel 102 FEUF fyra exempel, nämligen artikel 102(d) FEUF. För att kopplingsförbehåll ska aktualisera artikel 102 FEUF krävs att följande villkor är uppfyllda: (i) den produkt som styr kopplingsförbehållet och den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet är separata produkter, (ii) det aktuella företaget besitter en dominerande ställning vid marknaden för den produkt som styr kopplingsförbehållet, (iii) det dominerande företaget erbjuder ingen möjlighet för sina kunder eller slutanvändare att erhålla den produkt som styr kopplingsförbehållet utan den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet, och (iv) kopplingsförbehållet kan begränsa konkurrensen.¹⁷⁵

Om ovan nämnda villkor uppfylls, bär det dominerande företaget bevisbördan för att dennes beteende är befogat.¹⁷⁶

Första villkoret (i) handlar om att de två produkterna ska vara separata. Avgörandet av denna separation ska göras utifrån konsumenternas efterfrågan och inte utifrån t.ex. i vilken utsträckning den produkt som styr kopplingsförbehållet regelbundet erbjuds utan den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet.¹⁷⁷ Vid detta avgörande är en mängd olika faktorer relevanta, däribland produktens karaktär och

¹⁷⁵ T-30/89, Hilti mot kommissionen, EU:T:1991:70, p. 87; Kommissionens beslut, C-3/37.792 Microsoft, 2004, p. 794; T-203/01, Michelin mot kommissionen, EU:T:2003:250, p. 237; T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 859, 862, 864, 867, 869 och 1144-1167; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 741.

¹⁷⁶ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 859, 869; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 742.

¹⁷⁷ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 917, 919; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 743.

tekniska funktionaliteter, information om marknaden t.ex. hur många oberoende företag som specialiserar sig på tillverkningen och försäljningen av den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet,¹⁷⁸ bakgrunden till produkternas utveckling samt det dominerande företags affärsmetoder.¹⁷⁹

Kompletterande produkter kan anses vara separata, för att aktualisera artikel 102(d) FEUF, då t.ex. kunder möjligtvis vill erhålla kompletterande produkter tillsammans, men från olika företag.¹⁸⁰

Teknisk integrering, av en produkt in i en annan, betyder inte att detta räknas som en produkt, det kan fortfarande betraktas som två separata produkter utifrån artikel 102 FEUF.¹⁸¹ På ett likartat sätt, när sammankoppling av två produkter överensstämmer med dess kommersiella användning eller det finns en naturlig länk mellan produkterna, kan detta även klassas som missbruk om det inte är objektivt rättfärdigat.¹⁸²

Andra villkoret (ii) förutsätter marknadsdominans (se avsnitt 2.4). Tredje villkoret (iii) innebär att det dominerande företaget kan tvinga antingen slutanvändaren direkt eller att detta tvång görs via dominantens kunder. Detta tvång kan utgöras av både en avtalsmässig och teknisk natur.¹⁸³ Tvång kan fortfarande existera då parten som accepterat den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet, inte blivit fakturerad separat för produkten.¹⁸⁴ På ett liknande sätt kan tvång även existera då parten som tar emot produkten, som omfattas av kopplingsförbehållet, inte nödvändigtvis behöver använda produkten eller är berättigad att använda en likartad

¹⁷⁸ T-30/89, Hilti mot kommissionen, EU:T:1991:70, p. 67; T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, EU:T:1994:246, p. 82, 137; T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 925; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 743.

¹⁷⁹ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 925; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 743.

¹⁸⁰ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 921, 922; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 744.

¹⁸¹ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 935; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 745.

¹⁸² C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, EU:C:1996:436, p. 36, 37; T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 942; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 745.

¹⁸³ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 963; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 746.

¹⁸⁴ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 967-969; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 747.

produkt som erbjuds av det dominerande företags konkurrenter.¹⁸⁵

Fjärde villkoret (iv), artikel 102 FEUF kräver inte faktiskt eller potentiellt konkurrensbegränsande effekter i klassiska mål om kopplingsförbehåll. I Microsoft-målet förklarade tribunalen att, även om artikel 102 FEUF inte explicit har någon referens till konkurrensbegränsande effekter som kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudande medför, kan ett beteende endast räknas som missbruk då det kan begränsa konkurrensen.¹⁸⁶ Missbruk av dominerande ställning täcker inte bara beteende som kan skada konsumenterna direkt, utan även sådant som kan orsakas indirekt skada genom att försämra en effektiv konkurrensstruktur.¹⁸⁷ Den effekt som beteendet av ett företag med en dominerande ställning skapar, kan dock inte endast vara av hypotetisk karaktär, men måste inte nödvändigtvis vara konkret, det räcker att det finns bevis för sådan potentiell konkurrensbegränsande effekt,¹⁸⁸ oavsett hur lyckad denna begränsning är.¹⁸⁹ Därmed finns det inget krav på att kommissionen ska påvisa att ett visst beteende faktiskt har konkurrensbegränsande effekter.¹⁹⁰

När en undersökning görs om agerande kan begränsa konkurrensen, är det relevant att ta i beaktning om kopplingsförbehållet (i) minskar användarens incitamentet att välja en produkt från det dominerande företags konkurrenter,¹⁹¹ (ii) skapar ett negativt incitament för det dominerande företags kunder att erbjuda likartade produkter från andra företag, vad gäller motsvarigheter till den produkt som

¹⁸⁵ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 970; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 748.

¹⁸⁶ T-203/01, Michelin mot kommissionen, EU:T:2003:250, p. 237-239; T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 867; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 749.

¹⁸⁷ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 125; T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, EU:T:1999:246, p. 232; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 749.

¹⁸⁸ T-203/01, Michelin mot kommissionen, EU:T:2003:250, p. 239; T-219/99, British Airways mot kommissionen, EU:T:2003:343, p. 293; T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 867; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 64; T-336/07, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen, EU:T:2012:172, p. 268 som bekräftats vid överklagan, EU:C:2014:2062, p. 124; T-398/07, Spanien mot kommissionen, EU:T:2012:173, p. 90; C-549/10 P, Tomra m.fl. mot kommissionen, EU:C:2012:221, p. 68; C-457/10 P, AstraZeneca mot kommissionen, EU:C:2012:770, p. 112; C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 65; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 733.

¹⁸⁹ T-219/99, British Airways mot kommissionen, EU:T:2003:343, p. 297; T-321/05, AstraZeneca mot kommissionen, EU:T:2010:266, p. 347 som bekräftats vid överklagan, EU:C:2012:770, p. 109, 111; T-286/09, Intel mot kommissionen, EU:T:2014:547, p. 186; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 733.

¹⁹⁰ T-336/07, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen, EU:T:2012:172, p. 273; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 733.

¹⁹¹ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 1041; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 750.

omfattas av kopplingsförbehållet,¹⁹² eller (iii) uppmuntrar tredje part att utveckla produkter som endast implementerar bakomliggande teknologi baserat på den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet.¹⁹³ Vidare är det även relevant, med koppling till app-butiker, att undersöka om där finns ekonomiska eller teknologiska begränsningar som t.ex. hindrar användare från ladda ner diverse appar på sina teknologiska apparater, om apparna är gratis, användarvänlighet vid nedladdning samt platsutrymme.¹⁹⁴

Två exempel på Googles kopplingsförbehåll är (i) Googles sammankoppling av Google Search appen med Google Play Store, där kommissionen konstaterat att detta är missbruk av Googles dominerande ställning på den globala marknaden (exklusive Kina) för Android app-butiker,¹⁹⁵ och (ii) Googles sammankoppling av Google Chrome med Google Play Store och Google Search App, vilket kommissionen också anser är missbruk av Googles dominerande ställning på den globala marknaden (exklusive Kina) för Android app-butiker, men även på nationella marknader för generella söktjänster.¹⁹⁶

2.5.2 Favorisering och restriktion av interoperabilitet

Som nämnts ovan, täcker artikel 102 FEUF både beteende som tenderar att hindra konkurrensen och är kapabel att ha denna effekt, oavsett dess framgång. Denna princip aktualiseras inte bara då marknadsinträde inte är möjligt, utan även när beteende av de företag med en dominerande ställning försvårar marknadsinträdet, vilket i sin tur stör konkurrensstrukturen.¹⁹⁷ De fördelar som konkurrens medför, även om konkurrensen är låg, ska konsumenterna och slutanvändarna ha möjlighet att nyttja. Konkurrenter ska även ha möjligheten att fritt konkurrera på hela den relevanta marknaden, inte endast en del av denna.¹⁹⁸ Därmed kan inte ett företag

¹⁹² T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 1043; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 750.

¹⁹³ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 1060-1077; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 750.

¹⁹⁴ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 1044; T-79/12, Cisco Systems och Messagenet mot kommissionen, EU:T:2013:635, p. 79; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 751.

¹⁹⁵ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 752.

¹⁹⁶ Ibid., p. 753.

¹⁹⁷ C-280/08 P, Deutsche Telekom mot kommissionen, EU:C:2010:603, p. 253; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 63; T-286/09, Intel mot kommissionen, EU:T:2014:547, p. 88, 149, 201; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 339.

¹⁹⁸ C-549/10 P, Tomra m.fl. mot kommissionen, EU:C:2012:221, p. 42; T-286/09, Intel mot kommissionen, EU:T:2014:547, p. 117, 132; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 339.

med en dominerande ställning rättfärdiga sitt beteende på en del av marknaden, med att deras konkurrenter kan konkurrera fritt på en annan del.¹⁹⁹

När väl missbruk påvisas, åligger det företaget som har en dominerande ställning att rättfärdiga beteendet som är förbjudet enligt artikel 102 FEUF.²⁰⁰ Då kan företaget påvisa att detta beteende antingen är objektivt nödvändigt eller att den effekt kan motvägas eller uppvägas av fördelar som gynnar konsumenterna.²⁰¹ För att kunna påvisa detta krävs att företaget kan uppfyller fyra rekvisit, bevisa att, (i) effektivitetsvinster som resulteras av aktuellt beteende väger upp sannolikt negativa effekter, (ii) nämnda effektivitetsvinster har eller kan uppnås av det aktuella beteendet, (iii) beteendet är en oundviklig förutsättning att nå nämnda effektivitetsvinster, och (iv) företaget inte tar bort faktiska konkurrensen genom att eliminera alla eller merparten av existerande möjligheter till faktisk eller potentiell konkurrens.²⁰²

Ett exempel på favorisering är Googles beteende i Google Shopping målet, där konstaterade kommissionen att Google hade missbrukat sin dominerande ställning i var och en av de tretton produktmarknaderna för generella söktjänster på nationell nivå, där Google lanserat "Product Universal" eller "Shopping Unit".

Kommissionens konstaterande, att Googles beteende utgjorde ett missbruk och därmed föll utanför normala konkurrensmetoder, bestod av två slutsatser, (i) att Google leder bort trafik, genom att minska trafiken, från Googles sida för generella söktjänst som kommer från konkurrerande shoppingjämföringstjänster och ökar trafiken från Googles generella söktjänst till Googles egna shoppingjämföringstjänst, och (ii) detta beteende kan ha, eller har potentiella konkurrensbegränsande effekter på de nationella marknaderna för shoppingjämföringstjänster och generella söktjänster.²⁰³

¹⁹⁹ T-286/09, Intel mot kommissionen, EU:T:2014:547, p. 117, 132; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 339.

²⁰⁰ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 688; C-209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, p. 40-42; C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 47-49; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 734.

²⁰¹ C-311/84, CBEM mot CLT och IPB, EU:C:1985:394, p. 27; C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, EU:C:2007:166, p. 86; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 76; C-209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, p. 41; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 735.

²⁰² C-209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, p. 41; C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 49; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 736.

²⁰³ Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017, p. 341.

De två nämnda rekvisiten, i kommissionens beslut gällande Google Shopping, togs även upp av tribunalen, i Google Shopping målet.²⁰⁴ Där tribunalen även poängterar att förbuden som stipuleras i artikel 102 FEUF är objektivt hållna.²⁰⁵ Till skillnad från artikel 101.1 FEUF, innehåller artikel 102 FEUF ingen hänvisning till dennes syfte,²⁰⁶ trots att den likväl får anses hänvisa, indirekt, till ett konkurrensbegränsande mål.²⁰⁷ Tribunalen går i linje med kommissionen vad gäller Googles missbrukande beteende och avvisar Googles påstående att Google endast introducerade grupperade produktresultat för att öka tjänstens kvalitet.²⁰⁸

Interoperabilitet diskuteras av kommissionen i dennes beslut gällande Google Android. Om en konkurrerande Android app-butik skulle ersätta Play Store, skulle i sin tur apputvecklarna utsättas för kostnader vid byte till en sådan Android app-butik. Amazon förklarar exv. att de har försökt utveckla sin API på sätt som minskar kostnader vid byte för apputvecklarna, men Google har byggt sin API på ett sådant sätt som hindrar interoperabilitet. Därmed har Google gjort det omöjligt för Amazon att erbjuda möjligheten att byta mellan Googles API och Amazons API, utan ytterligare arbete för apputvecklarna.²⁰⁹

Ytterligare exempel på digitala plattformars missbruk av dominerande ställning vad gäller favorisering, går att finna i de åtgärderna som medlemsstaternas NCA har drivit igenom mot nämnda parter.

Nederländernas NCA,²¹⁰ har inlett en undersökning kring Apples missbruk av dominerande ställning på app-butikmarknaden för smartmobiler, för exv. favorisering av Apples egna appar. Undersökningen inleddes efter en marknadsundersökning, som identifierade att både Apple och Googles app-butiker

²⁰⁴ T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 261.

²⁰⁵ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 91; C-62/86, AKZO mot kommissionen, EU:C:1991:286, p. 69; C-52/07, Kanal 5 och TV 4, EU:C:2008:703, p. 25; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 27; C-549/10 P, Tomra m.fl. mot kommissionen, EU:C:2012:221, p. 17; C-457/10 P, AstraZeneca mot kommissionen, EU:C:2012:770, p. 74; T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 264.

²⁰⁶ T-203/01, Michelin mot kommissionen, EU:T:2003:250, p. 237; T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 264.

²⁰⁷ T-612/17, Google och Alphabet mot kommissionen (Google Shopping), EU:T:2021:763, p. 264.

²⁰⁸ Ibid., p. 267.

²⁰⁹ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 625.

²¹⁰ EC NCA, Nederländerna; Autoriteit Consument & Markt <<https://www.acm.nl/nl>> (besökt 2022-01-03).

misstänks favorisera sina egna appar.²¹¹

Vidare inledde kommissionen en undersökning av Apples mobilbetalningar, i juni 2020, där en av undersökande punkt handlar om påståendet att Apple hindrar tillgången till Apple Pay för konkurrenter till iPhone och iPad.²¹²

Missbruk av marknadsdominans till följd av begränsad interoperabilitet får avslutningsvis antas vara särskilt karakteristiskt för digitala plattformar, och särskilt med koppling till app-butiker. Till följd av tekniska hinder, har domanter som Amazon svårt att konkurrera på marknaden för Android app-butiker. Slutsatsen av detta är att restriktioner av interoperabilitet åtminstone bör tas med i beaktning vid avgörandet av missbrukad marknadsdominans. I redogörelsen kring favorisering låg Google Shopping till grund, då både kommissionen och tribunalen har adresserat beteendetyper där. Men beteendet antas vara minst lika vanligt gällande app-butiker, både i förhållande till förinstallerad app-butik på OS och favorisering av plattformens egna appar.

2.5.3 Avtal med kompletterande skyldigheter

Kommissionen gav en beskrivning av avtal med kompletterande skyldigheter, i sitt beslut gällande Google Android. För att agerande, som gör ingåendet av ett avtal gällande en produkt eller tjänst med kompletterande skyldigheter, ska träffas av artikel 102 FEUF krävs följande rekvisit: (i) den kompletterande skyldigheten är ej relaterad till avtalets ämne, (ii) det aktuella företaget har en dominerande ställning på den marknad där produkten eller tjänsten erbjuds, (iii) den kompletterande skyldigheten erbjuder ingen alternativ metod för att erhålla produkten eller tjänsten, och (iv) den kompletterande skyldigheten kan begränsa konkurrensen.²¹³

Om rekvisiten är uppfyllda, ligger bevisbördan för att objektivt motivera sitt agerande hos företaget med en dominerande ställning.²¹⁴ Även om det finns kopplingar mellan den kompletterande skyldigheten och avtalets ämne, kan detta

²¹¹ DMA Impact Assessment, 2020, Annex 5.6, p. 1(3); Autoriteit Consument & Markt, ACM launches investigation into abuse of dominance by Apple in its App Store <<https://www.acm.nl/en/publications/acm-launches-investigation-abuse-dominance-apple-its-app-store>> (besökt 2021-12-28).

²¹² Pressmeddelande, AT.40452 Apple Mobile payments; DMA Impact Assessment, 2020, Annex 5.6, p. 1(3).

²¹³ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 859, 862, 864, 867, 869, 1144-1167; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1011.

²¹⁴ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 859 & 869; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1012.

fortfarande klassas som icke relaterade i konkurrensrättsligt avseende.²¹⁵ Vidare får inte ett företag med dominerande ställning på eget initiativ ta bort produkter som betraktas vara olagliga, oavsett om det är rätt eller fel.²¹⁶

Ett exempel på Googles avtal med kompletterande skyldigheter är att licensiering av Google Play Store och Google Search appen är kompletterande villkor, för att hårdvarutillverkare ska kunna skriva på Googles "antifragmenterings" avtal, s.k. AFA ("anti-fragmentation agreement"²¹⁷).²¹⁸ Exempel på hårdvarutillverkare är Samsung och OnePlus, som är Android Partners.

Kommissionen konstaterade att denna typ av avtal är ett missbruk av Googles dominerande ställning på den globala marknaden (exklusive Kina) för Android app-butiker och nationella marknader för generella söktjänster. Eftersom (i) AFA är ej relaterad till licensieringen av Google Play Store och Google Search appen, (ii) Google har en dominerande ställning på den globala marknaden (exklusive Kina) för Android app-butiker och nationella marknader för generella söktjänster, (iii) Google Play Store och Google Search appen kan inte erhållas utan AFA, och (iv) AFA kan begränsa konkurrensen.²¹⁹ Avslutningsvis har Google inte visat någon objektiv motivering till skyldigheten att licensiera Google Play Store och Google Search appen för att kunna ingå AFA.²²⁰

Vanligt förekommande, speciellt i en "Business to Business" kontext, är att företag garanterar deras kunder att de erhåller lägsta möjliga pris, detta görs genom att garantera att de antingen, ej kommer erbjuda lägre pris till andra kunder eller, om så är fallet, att tidigare kunder erhåller en motsvarande rabatt. Denna typ av klausul kallas MFN (Most Favoured Nation) klausuler, utifrån sin analogi till internationell handel, där länder i förhandlingsstadiet lovar att inte erbjuda mer fördelaktiga villkor till något annat land. Klausulen benämns även som "bästa pris klausuler".²²¹

²¹⁵ T-201/04, Microsoft mot kommissionen, EU:T:2007:289, p. 939; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1013.

²¹⁶ T-30/89, Hilti mot kommissionen, EU:T:1991:70, p. 118; T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, EU:T:1993:31, p. 118; T-128/98, Aéroports de Paris mot kommissionen, EU:T:2000:290, p. 174; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1014.

²¹⁷ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 155(1).

²¹⁸ Ibid., p. 1015.

²¹⁹ Ibid., p. 1016.

²²⁰ Ibid., p. 1017.

²²¹ Crémer, 2019, s. 55.

En "snäv MFN" klausul kräver endast att produkter eller tjänster inte får säljas till ett lägre pris via försäljningskanalerna som direkt kontrolleras av säljaren. Medan en "vid MFN" klausul förbjuder leverantörer att erbjuda produkter eller tjänster till ett lägre pris på leverantörens egna försäljningskanaler, någon annan plattform eller jämförande tjänst. Ett exempel på en "vid MFN" klausul är den som booking.com påtvingade hotell. Hotellrum fick ej säljas billigare på andra plattformar eller direkt av hotellet, varken via dess hemsida eller andra kanaler. Anledningen till detta, var rädslan att kunder skulle utnyttja booking.com tjänsten för att hitta hotell, för att sedan boka hotellet billigare via hotellet egna hemsida.²²²

NCA är oroliga att sådana klausuler, särskilt "vida MFN", hindrar konkurrensen och leder till högre priser. Det blir därmed omöjligt för konkurrerande plattformar att konkurrera genom lägre prissättning, med en befintlig plattform som har en stor marknadsandel. Särskilt då den konkurrerande plattformens innovation eller dess affärsmodell enkelt kan efterliknas, leder detta till ytterst lite konkurrenskraft mot den etablerade plattformen. Därmed har "vida MFN" hög potential att ytterligare hindra konkurrerande plattformars förmåga att övervinna befintliga plattformars konkurrensfördelar, genom starka nätverkseffekter.²²³

2.5.4 Exklusiv rabatt och betalning

I kommissionens beslut gällande Google Android, diskuterades även villkorade rabatter. Ett företag som har en dominerande ställning får inte, enligt artikel 102 FEUF, sammankoppla försäljning, även om kunden efterfrågar detta, med villkor eller löften att kunden ska erhålla all eller majoriteten av önskad försäljning exklusivt från det dominerande företaget. Oavsett om villkoren har fastställts utan ytterligare förbehåll eller om det har inkluderats p.g.a. beviljad rabatt eller betalning. Denna typ av förbud gäller även då de dominerande företaget inte formellt sätt sammankopplar försäljningen men, antingen genom försäljningens avtalsvillkor eller ensidigt, erbjuder system för trohetsrabatter eller betalning. Därmed är villkorad rabatt eller betalning som stipulerar att kunden ska erhålla majoriteten av relevant inköp, oavsett kvaliteten, från det dominerande företaget, förbjudet enligt artikel 102 FEUF (s.k. "exklusiv rabatt" eller "exklusiv

²²² Ibid., s. 56.

²²³ Ibid., s. 56 f.

betalning”).²²⁴ Följaktligen antas villkorad, exklusiv, betalning klassas som missbruk av en dominerande ställning, i enlighet med artikel 102 FEUF.²²⁵

Om det dominerande företaget försöker motbevisa missbruket, genom att framlägga att den exklusiva betalningen ej är kapabel att hindra konkurrensen och särskilt skapa påstådd utestängningseffekt,²²⁶ åligger det kommissionen att både pröva i vilken utsträckning företaget har en dominerande ställning på den relevanta marknaden och dess marknadsandelar som täcker den exklusiva betalningen. Kommissionen ska även pröva de aktuella villkoren, metoden för att bevilja aktuella rabatter, rabatternas storlek och tillämpningstiden för rabatterna. Därtill ska kommissionen också pröva om det möjligen fanns en strategi för att ta bort konkurrenter med en likvärdig effektivitet.²²⁷ Denna analys av utestängningsförmåga är relevant vid bedömning av om ett rabattsystem ska omfattas av artikel 102 FEUF.²²⁸

De utestängande effekter som uppstår genom sådan exklusiv betalning, som är till nackdel för konkurrensen, kan uppvägas eller övervinnas genom effektivitetsfördelar som främjar konsumenterna.²²⁹ Denna avvägning, av de positiva och negativa effekterna, kan endast göras i kommissionens beslut då det först gjorts en analys av om det aktuella beteendet självständigt kan anses eliminera konkurrenter, som är minst lika effektiva.²³⁰

Kommissionens konstaterande att Google missbrukade sin dominerande ställning på de nationella marknaderna för generella söktjänster (mellan 2011 till 2014),

²²⁴ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 89; C-413/14 P, Intel mot kommissionen, EU:C:2017:632, p. 137; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1188.

²²⁵ C-85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, EU:C:1979:36, p. 89; C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 71; C-549/10 P, Tomra m.fl. mot kommissionen, EU:C:2012:221, p. 70; C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 27; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1188.

²²⁶ C-413/14 P, Intel mot kommissionen, EU:C:2017:632, p. 138; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1189.

²²⁷ C-413/14 P, Intel mot kommissionen, EU:C:2017:632, p. 139; C-209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, p. 29; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1189.

²²⁸ C-413/14 P, Intel mot kommissionen, EU:C:2017:632, p. 140; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1190.

²²⁹ C-322/81, Michelin mot kommissionen, EU:C:1983:313, p. 73; C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, EU:C:2007:166, p. 86; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83, p. 73; C-209/10, Post Danmark, EU:C:2012:172, p. 40, 41; C-23/14, Post Danmark, EU:C:2015:651, p. 48; C-413/14 P, Intel mot kommissionen, EU:C:2017:632, p. 140; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1191.

²³⁰ C-413/14 P, Intel mot kommissionen, EU:C:2017:632, p. 140; Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018, p. 1191.

genom att bevilja utbetalning av Googles intäktsandelar (genererat från sökannonser)²³¹ till OEM och “mobile network operators”, under förutsättning att de ej förinstallerar en konkurrerande generell söktjänst inom ramen för en överenskommen portfölj av enheter.²³² Konstaterandet baseras på att, (i) den portfölj-baserade utbetalningen av intäktsandelar utgör exklusiv betalning, och (ii) förutsättningarna för att godkännandet av sådan exklusiv betalning ska utgöra missbruk av marknadsdominans görs till följd av kommissionens analys, som påvisar att Googles portfölj-baserade utbetalningen av intäktsandelar är kapabel att hindra konkurrensen.²³³ Det konstaterades även att Google inte kunde påvisa ett objektivt rättfärdigande för dennes beteende eller att beteendet upp- eller övervägdes av effektivitetsvinster som även gynnar konsumenterna.²³⁴

2.5.5 Missbruk av tredje parts data för ökad konkurrenskraft

Missbruk av tredje parts data, för egen vinning, är ett potentiellt tecken på missbruk. Ett möjligt exempel på detta beteende är kommissionens preliminära inställning till Amazon Marketplace. Kommissionen anser att stora mängder, ej publik, säljar-data är tillgänglig för medarbetare på Amazons detaljhandel och denna data går direkt in i dotterbolagets automatiserade system. Systemet använder sedan denna data för att förbättra Amazons detaljhandel och strategiska företagsbeslut, till nackdel för konkurrenterna på den aktuella marknaden.²³⁵

Ett annat exempel på missbruk av tredje parts data för ökad konkurrenskraft är Apples skyldigheter gällande dennes “in-app purchase” (IAP), i App Store. Enligt kommissionen tenderar skyldigheterna att ge Apple full kontroll över sina konkurrenters abonnenter, vilket i sin tur gör att Apple förmedlar samt har tillgång till viktiga kunddata från sina konkurrenter, Apple kan då erhålla värdefull data om konkurrenternas aktiviteter och erbjudanden.²³⁶

Ytterligare exempel återfinns i kommissionen nyligen öppnade undersökning av

²³¹ Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, p. 192.

²³² Ibid., p. 1192.

²³³ Ibid., p. 1193.

²³⁴ Ibid., p. 1194.

²³⁵ Pressmeddelande, AT.40462 Amazon Marketplace, 2020; DMA Impact Assessment, 2020, Annex 5.6, p. 1.1.

²³⁶ Öppning av förfarande, AT.40716 App Store Practices, 2020; DMA Impact Assessment, 2020, Annex 5.6, 1.4.

Facebook, den andra punkten som kommissionen planerar att undersöka, handlar om den potentiella användningen av data som Facebook har tillgång till via sin reklamtjänst på sina sociala medier. Den erhållna data används då möjligtvis för att gynna Facebooks produkter, såsom Facebook Marketplace, som direkt konkurrerar med andra produkter som erbjuds av annonsörer på Facebook.²³⁷ Vilket förhoppningsvis leder till beslut och praxis, som ger vägledning i motsvarande beteende gällande app-butiker.

Kommissionens initiala misstankar kring tre GAFAM, består av respektive dominants fulla kontroll över den data som genereras på deras digitala plattform, där analyseringen av data sedan kan användas för att främja den digitala plattformens motsvarande produkter eller tjänster. Slutsatsen av detta är att de digitala plattformarna i princip är “spelande domare”, som både har full kontroll över marknaden som konkurrensen sker på och använder denna kontroll till att konkurrera med aktörerna på marknaden. I samma utsträckning som en spelande domare förstör ett spel, kan denna konstruktion antas förstöra konkurrensen.

²³⁷ Öppning av förfarande, AT.40684 Facebook, 2021.

3. Grindvakter i förslaget till DMA

3.1 Inledning

Kapitlet behandlar uppsatsens andra frågeställning, inledningsvis görs en redogörelse av den avgränsningen som DMA gör av digitala plattformar, nämligen till CPT (avsnitt 3.2). Därefter, i nästkommande två avsnitt, följer en redogörelse av tillämpningsområdet (avsnitt 3.3) och de huvudsakliga restriktionerna (avsnitt 3.4) som grindvakter har enligt föreslagen förordning. Genomgående görs även en särskild koppling till s.k. app-butiker.

3.2 Begränsat till centrala plattformstjänster

De fenomen som främst förekommer inom den digitala sektorn kan även förekomma inom andra sektorer, men DMA är begränsat till att endast behandla den digitala sektorn, då problemen är mest akuta ur perspektivet av EU:s inre marknad.²³⁸

Bristande konkurrensmöjligheter och otillbörliga metoder varierar inom den digitala sektorn, främst rör det sig om allmänt spridda och använda digitala tjänster och infrastrukturer som fungerar som en länk mellan slutanvändaren och företagsanvändaren. Kumulerad fakta från efterlevnadskontroll av EU:s konkurrensregler, en mängd av expertutlåtanden och studier samt resultat från det öppna offentliga samrådet visar att det finns ett antal digitala tjänster med följande attribut: (i) Hög koncentration av mångsidiga plattformstjänster som en eller få stora digitala plattformar självständigt stipulerar de kommersiella villkoren, (ii) Fåtalet stora digitala plattformar agerar som nätportar, vilket möjliggör kommunikation mellan företagsanvändare och deras kunder, (iii) Missbruk av den makt som de stora digitala plattformars grindvakter besitter utgörs ofta av otillbörligt beteende mot ekonomiskt beroende kunder och företagsanvändare. Därmed har ytterligare en begränsning gjorts till ett antal CPT. Detta eftersom de aktuella problemen är mest framträdande och uppenbara där samt närvaron av ett

²³⁸ DMA, 2020, Avsnitt 1.1.

begränsat antal stora digitala plattformar (som erbjuder diverse nätportar mellan företagsanvändare och slutanvändare) har lett till eller med en stor sannolikhet kommer leda till begränsad konkurrens på deras relevanta marknader.²³⁹

Enligt artikel 2 i DMA omfattas begreppet CPT av: a) Onlinebaserade förmedlingstjänster (exv. Googles Play Store och Apples App Store), b) Onlinebaserade sökmotorer (exv. Google Search, Microsoft Bing och Yahoo), c) Onlinebaserade sociala nätverkstjänster (exv. Facebook), d) Videodelningsplattformstjänster (exv. Googles YouTube), e) Nummeroberoende interpersonella kommunikationstjänster (exv. Facebooks WhatsApp och Messenger och Googles Gmail), f) OS (exv. Google Android, iOS och Microsoft Windows), g) Molntjänster (exv. Google Cloud Platform, Amazon Web Services och Microsoft Azure), h) Annonseringstjänster (inbegripet annonseringsnätverk, annonsutbyten och andra annonsförmedlingstjänster, som tillhandahålls av en leverantör av någon av de CPT som specificeras i precis nämnda a–g, exv. Google Ads och Facebook Ads). Viktigt att poängtera att kommissionen ej tillkännagivit några exempel på CPT och de ovan givna exemplen endast är potentiella, inga exempel finns med i artikel 2 DMA.

3.3 Grindvaktens förutsättningar enligt artikel 3 till 4

Nedan presenteras förutsättningarna för att en aktör, digital plattform, ska klassificeras som en grindvakt enligt föreslagen förordning. Både faktiska förutsättningar och översyn av förutsättningarna redogörs för.

3.3.1 Betecknande som grindvakt

Leverantörer som erbjuder en CPT ska klassas som en grindvakt om de uppfyller samtliga tre rekvisit presenterade i Artikel 3 p. 1 och 2 DMA. (i) Leverantören har en väsentlig inverkan på EU:s inre marknad, vilket betyder en uppnådd årlig omsättning inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet på minst 6,5 miljarder EUR under de tre senaste räkenskapsåren eller ett genomsnittligt börsvärde eller motsvarande marknadsvärdering som uppgår till minst 65 miljarder EUR under det senaste räkenskapsåret samt att CPT erhålls i minst tre medlemsstater.²⁴⁰ (ii)

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Ibid., Artikel 3 p. 1 a, 2 a.

Leverantörens CPT är en viktig nätport mellan företagsanvändare och dennes slutanvändare, vilket betyder att CPT har mer än 10 000 aktiva företagsanvändare per år som även har varit etablerade inom EU under det senaste räkenskapsåret och har 45 miljoner aktiva slutanvändare i månaden som är etablerade eller bosatt inom EU.²⁴¹ (iii) Leverantören är fast förankrad och besitter en varaktig ställning inom sin verksamhet eller antas ha detta inom en nära framtid.²⁴²

En leverantör av CPT som uppnår angivna tröskelvärden i Artikel 3 p. 2 DMA ska underrätta kommissionen om detta senast tre månader efter det att tröskelvärdena uppnåtts samt förse kommissionen med relevant information som stipuleras i ovan nämnda artikel.²⁴³ Vidare ska kommissionen beteckna den leverantör av CPT som uppfyller samtliga tröskelvärden som grindvakt, utan onödigt dröjsmål och senast 60 dagar efter mottagandet av fullständig information.²⁴⁴

Avslutningsvis ska även kommissionen identifiera det relevanta företag som varje grindvakt tillhör och särskilt notera de relevanta CPT som erbjuds inom samma företag och som enskilt fungerar som en viktig nätport mellan företagsanvändare och dennes slutanvändare.²⁴⁵

3.3.2 Översyn av grindvaktens status

Vid uppmaning eller på ett eget initiativ får kommissionen närhelst ompröva, ändra eller upphäva det beslut som antagits i enlighet med redogörelsen i avsnitt 3.3.2 ovan, om något av följande rekvisit uppfylls: (i) En väsentlig förändring av de aktuella sakförhållande, som var underlag till beslutet, har inträffat, (ii) Ofullständig, oriktig eller vilseledande information från företagen som låg till grund för beslutet.²⁴⁶

En regelbunden kontroll, som görs minst vartannat år, ska utföras av kommissionen. Kontrollen ska inkludera om de betecknade grindvakterna fortfarande uppfyller rekvisiten eller om det finns nya leverantörer av CPT som uppfyller detta. Det ska även göras en undersökning ifall grindvaktens förteckning av aktuell CPT behöver

²⁴¹ Ibid., Artikel 3 p. 1 b, 2 b.

²⁴² Ibid., Artikel 3 p. 1 c.

²⁴³ Ibid., Artikel 3 p. 3.

²⁴⁴ Ibid., Artikel 3 p. 4.

²⁴⁵ Ibid., Artikel 3 p. 7.

²⁴⁶ Ibid., Artikel 4 p. 1.

justeras.²⁴⁷ Kommissionen ska även ständigt offentliggöra och uppdatera den förteckning av grindvakter samt av CPT för vilka grindvakterna måste följa de skyldigheter som stipuleras i artiklarna 5 och 6.²⁴⁸

3.4 Grindvaktens huvudsakliga skyldigheter enligt artikel 5 till 6

Avsnittet presenterar de huvudsakliga skyldigheterna som föreslås i DMA, genomgående ges även förslag på befintliga situationer som respektive artikel möjligtvis försöker reglera. Värt att notera är även att skyldigheterna tillämpas ex-ante, d.v.s. kontrollen görs i förväg.²⁴⁹

3.4.1 Skyldigheter som åligger grindvakter

Varje CPT som identifieras enligt artikel 3.7 DMA ska en grindvakt erhålla en rad skyldigheter enligt artikel 5 DMA.

Grindvakter ska möjliggöra att företagsanvändare kan erbjuda slutanvändare samma produkter eller tjänster via onlinebaserade förmedlingstjänster från tredje part, som avviker från de priser eller villkor som tillhandahålls via grindvakternas motsvarande onlinebaserade förmedlingstjänster.²⁵⁰ Möjligt exempel på en likartad situation är Amazons klausuler om gällande mest gynnsamma part, vilket tvingade förslag att informera Amazon om mer gynnsamma eller alternativa villkor som Amazons konkurrenter erbjöd och/eller krav på att erbjuda förslag skulle erbjuda likartade villkor som Amazon eller klausuler som på annat sätt såg till att Amazons villkor var minst lika bra som dennes konkurrenter.²⁵¹

Möjligheten för företagsanvändare att marknadsföra erbjudanden till slutanvändare som anskaffas via den CPT samt att ingå avtal med slutanvändare, oberoende av om detta är anledningen till att företagsanvändaren använder grindvakten CPT eller ej. Även att möjliggöra för slutanvändaren att via grindvakternas CPT ha tillgång till och låta dem nyttja innehåll, abonnemang, funktioner eller andra produkter som

²⁴⁷ Ibid., Artikel 4 p. 2.

²⁴⁸ Ibid., Artikel 4 p. 3.

²⁴⁹ Bernitz, 2019, s. 64.

²⁵⁰ DMA, 2020, Artikel 5(b).

²⁵¹ COMMISSION DECISION of 4.5.2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Article 54 of the EEA Agreement Case AT.40153 – E-book MFNs and related matters, C(2017) 2876 final.

möjliggjorts av en företagsanvändares appar, om aktuella produkter erhållits av den aktuella företagsanvändaren, men utan att använda grindvaktens CPT.²⁵² Möjligt exempel på en liknande situation är den undersökning som kommissionen inlett gällande Apples regler för apputvecklarens distribution av appar via App Store. Av särskilt intresse är det obligatoriska krav på användning av Apples IAP och restriktioner för apputvecklare att informera slutanvändare av iPhone och iPad om alternativa, billigare, erbjudanden utanför apparna.²⁵³ Ett exempel på detta skulle kunna vara att Spotify (företagsanvändare) förvärvar nya kunder (slutanvändare), till sin betalda streamingtjänst av musik, via Apples (grindvakt) App Store (CPT). Spotify vill sedan erbjuda ett abonnemang utanför det abonnemang som finns på appen, som är kopplad till App Store.

3.4.2 Närmare angivna skyldigheter för grindvakter

Artikel 6 DMA anger en rad skyldigheter för grindvakter för varje CPT som intensifierats enligt artikel 3.7 DMA.

Grindvakter ska ej konkurrera med företagsanvändare genom att använda data som inte är offentlig och som genererats av företagsanvändarens verksamhet. Detta innebär sådan data som kommer från företagsanvändarens slutanvändare, från grindvaktens CPT, eller som erbjuds av företagsanvändaren från dennes CPT eller företagsanvändarens slutanvändare.²⁵⁴ Ett möjligt exempel på en motsvarande situation är kommissionens inledda undersökning av Amazon, som misstänks använda icke offentlig data i konkurrensavseende (se även avsnitt 2.5.5 ovan).²⁵⁵ Den data som inte är offentligt tillgänglig, utgörs av alla aggregerade och icke-aggregerade data som producerats av företagsanvändare och som härstammar från eller samlas in genom företagsanvändare eller dennes kunders kommersiella verksamhet som utförs på grindvaktens CPT.²⁵⁶

För varje CPT ska grindvakter erbjuda möjligheten att avinstallera eventuellt förinstallerade appar (dock endast i den utsträckning att det ej påverkar deras

²⁵² DMA, 2020, Artikel 5(c).

²⁵³ Press Release, AT.40437 Apple - App Store Practices (music streaming), 2020-06-16 (cit. Pressmeddelande, AT.40437 App Store music, 2020).

²⁵⁴ DMA, 2020, Artikel 6.1(a).

²⁵⁵ Press Release, AT.40703 Amazon - Buy Box, 2020-11-10 (cit. Pressmeddelande, AT.40703 Buy Box, 2020).

²⁵⁶ DMA, 2020, Artikel 6.2.

CPT).²⁵⁷ Det ska även finnas en möjlighet att installera samt effektivt använda tredje parts appar eller app-butiker, som antingen använder eller har interoperabilitet med grindvaktens OS, samt att möjliggöra åtkomsten av apparna eller app-butikerna på annat sätt än via grindvaktens CPT.²⁵⁸ Ett möjligt exempel på en motsvarande situation, skulle kunna vara kommissionens inledda undersökning kring Apples regler i dennes App Store, där kommissionen kommer undersöka, Apples (i) IAP krav, med 30 procent provision till Apple för samtliga transaktioner, och (ii) förbud mot att informera konsumenter om alternativa betalalternativ.²⁵⁹

En grindvakt ska avstå från att favorisera tjänster och produkter som erbjuds av grindvakten själv eller tredjepart med koppling till grindvakten, jämfört med övriga tjänster eller produkter inom samma marknad. Grindvakten ska även uppställa villkor som rangordningar utbudet på ett rättvist och icke diskriminerande sätt.²⁶⁰ Ett möjligt exempel på en situation som motsvarar denna, är i Google Shopping målet, där Google favoriserade sin egen shoppingjämförande tjänst, till nackdel för konkurrenter. Exempel på ytterligare situationer, skulle kunna vara då Amazon använder tredje part data för att favorisera sina egna produkter på Amazons CPT-marknad (Amazon Marketplace),²⁶¹ samt att Spotify har klagat på Apples favorisering av sin konkurrerande musiktjänst Apple Music till nackdel för konkurrenten Spotify.²⁶²

Grindvakter får ej tekniskt begränsa slutanvändarens möjligheter att abonnera och byta mellan olika tjänster och appar som är tillgängliga grindvaktens OS.²⁶³ Grindvakter ska även erbjuda tillgång, till företagsanvändare och leverantörer av stödtjänster, och interoperabilitet med samma OS, hårdvaru- eller programvarufunktioner som motsvarande stödtjänst erbjuden av grindvakten

²⁵⁷ Ibid., Artikel 6.1(b).

²⁵⁸ Ibid., Artikel 6.1(c).

²⁵⁹ Pressmeddelande, AT.40437 App Store music, 2020; Press Release, AT.40652 Apple – App Store Practices (e-books/audiobooks), 2020-06-16.

²⁶⁰ DMA, 2020, Artikel 6.1(d).

²⁶¹ Pressmeddelande, AT.40462 Amazon Marketplace, 2020.

²⁶² European Parliament, Subject: Official complaint by Spotify against Apple for discrimination and Apple Music's unfair advantage over Spotify: the power of digital platforms, 2019-09-26 <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-002996_EN.html> (besökt 2022-01-02); Pressmeddelande, AT.40437 App Store music, 2020.

²⁶³ DMA, 2020, Artikel 6.1(e).

använder.²⁶⁴

Avslutningsvis ska grindvakter även erbjuda rättvisa och icke-diskriminerande generella villkor gällande företagsanvändares tillträde till grindvaktens app-butik.²⁶⁵ Vilket får antas vara en direkt koppling till Apple och Googles respektive app-butiker då deras, i enlighet med ovan förd redogörelse, dominans är så omfattande för app-butiker (över 99 procent av marknaden).

²⁶⁴ Ibid., Artikel 6.1(f).

²⁶⁵ Ibid., Artikel 6.1(k).

4. Förändrad reglering med DMA

4.1 Inledning

Kapitlet behandlar uppsatsens tredje och sista frågeställning, inledningsvis görs en redogörelse av samspelet mellan generell och sektorspecifik konkurrensrättslig reglering (avsnitt 4.2), för att sedan spetsa in sig på ett likartat samband mellan DMA och EU:s konkurrenslagstiftning (avsnitt 4.3). Därefter diskuteras situationer som DMA kan förändra vid regleringen av app-butiker. (avsnitt 4.4).

4.2 Samspel mellan generell och sektorspecifik konkurrensrättslig reglering

På ett övergripande plan är syftet med all EU-rättslig reglering att sträva efter målen som stipuleras i artikel 3 FEU, för ändamålet av konkurrensrätt, särskilt etableringen av EU:s inre marknad där konkurrensen ej störs (artikel 3.3 FEU). Det stipulerade målen utgör grunden för EU:s primärrätt, nämligen artikel 101 och 102 FEUF vad gäller konkurrens och artiklarna 34, 45, 49, 56, 63 FUEF vad gäller EU:s fyra friheter. Även motsvarande legala grunder för att kunna anta sekundärrätt, nämligen artiklarna 103, 114 och 352 FEUF på konkurrensrätt eller reglering av EU:s inre marknad.²⁶⁶

Sådan sekundärrätt, som baseras på denna legala grund, bidrar även den till EU:s övergripande mål. Alltså sammankopplar EU-rättens arkitektur alla regleringssätt och inkluderar dem under de gemensamma målen. Därmed är det möjligt och även lämpligare att se dem som komponenter i en sammanlänkad helhet, m.a.o. ett EU-organ för ekonomisk reglering.²⁶⁷

Med åren har det blivit allt vanligare att hänvisa till EU:s konkurrensrättsliga reglering som generell, där denna reglering sträcker sig över samtliga sektorer, som sedan kompletteras med ett antal specifika regleringar vilka riktar in sig på specifika sektorer eller problem. Därmed går EU:s generella konkurrensrätt och den

²⁶⁶ Larouche, 2020, s. 13.

²⁶⁷ Ibid.

sektorspecifika regleringen sida vid sida och kompletterar varandra, detta betyder inte att vardera parten agerar substitut eller alternativ till den andre.²⁶⁸

Den specifika regleringen bidrar till EU:s övergripande mål, genom att behandla sådana problem som ligger utanför den generella regleringen eftersom (i) konkurrenslagstiftningen inte var ämnad att behandla problematiken, eller (ii) det finns återkommande systematiska problem där konkurrenslagstiftningen ej är det mest effektiva verktyget. Detta innebär att det är oundvikligt med en överlappning mellan konkurrenslagstiftningen och specifik reglering.²⁶⁹

Överlapp mellan konkurrenslagstiftning och specifik reglering går att finna på en mängd olika håll. Ett bra exempel är regleringen av elektronisk kommunikation, där t.ex. kommissionens tillkännagivande²⁷⁰ från 1998 beskriver samspelet mellan konkurrenslagstiftningen och den sektorspecifika regleringen inom telekommunikation. Vars vikt sedan, till följd av ett antal rättsfall,²⁷¹ konfirmerade innebörden av ett fungerande samspel.²⁷²

Det finns även en mängd exempel från andra sektorer. Inom post-sektorn aktualiserades fri gränsöverskridande posttjänster till följd av konkurrenslagstiftningen och posttjänstdirektivet²⁷³. Inom el-sektorn, ledde applicerbarheten av artikel 102 FEUF på stora nätverksoperatörer till en avgörande förbättring, vid åtskillnad mellan produktion och nätverk (överföring och distribution, enligt el-direktivet²⁷⁴. Även inom den finansiella sektorn, realiserades den inre marknaden till följd av samspelet mellan sektor-direktiv och konkurrenslagstiftning.²⁷⁵

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ Tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn - Ramen, relevanta marknader och principer, EGT C 265, 22.8.1998, s. 2–28.

²⁷¹ Se C-280/08 P, Deutsche Telekom mot kommissionen, EU:C:2010:603; C-52/09, TeliaSonera Sverige, EU:C:2011:83; C-295/12 P, Telefónica och Telefónica de España mot kommissionen, EU:C:2014:2062.

²⁷² Larouche, 2020, s. 13.

²⁷³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna, EGT L 15, 21.1.1998, s. 14–25.

²⁷⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/944 av den 5 juni 2019 om gemensamma regler för den inre marknaden för el, EUT L 158, 14.6.2019, s. 125–199.

²⁷⁵ Larouche, 2020, s. 13 f.

I de nämnda sektorerna med samspel, var överlapp mellan konkurrenslagstiftning och sektorspecifik reglering både erkänt och accepterat. Det var denna överlappning som var grunden till samspelets framgång, samt att uppfylla EU:s övergripande mål.²⁷⁶

Som konstaterat ovan, är EU:s generella konkurrenslagstiftning (artiklarna 101 och 102 FEUF) högst rankad, utifrån hierarkin av primär- och sekundärrätten. Konkurrenslagstiftningen är primärrätt och har därmed företräde över sektorreglering, som är sekundärrätt. Ny sektorreglering kommer därmed inte bli primärrätt, eftersom sådan reglering möjligtvis har ett bredare applicerbart område än generell konkurrenslagstiftning. Dock kan det vara så att sektorregleringen inte räknas som en konkurrensrättslig implementation, som exv. förordning 1/2003,²⁷⁷ och då kan det bli problematisk med hierarkin mellan respektive regelverk.²⁷⁸

4.3 Samspel mellan DMA och EU:s konkurrenslagstiftning

Relationen mellan DMA och konkurrenslagstiftningen

Såsom förbuden är formulerade i den föreslagna versionen av DMA, cirkulerar kring beteende som är eller skulle kunna vara missbruk av en dominerande ställning. Därmed är någon form av koppling till EU:s konkurrenslagstiftning oundviklig.²⁷⁹ Det tionde skälet i DMA förklarar relationen mellan regelverken:

“[...] Syftet med denna förordning kompletterar, men skiljer sig från, syftet att skydda konkurrensen mot snedvridning på marknaden såsom den definieras i konkurrensrättslig mening, nämligen att säkerställa att de marknader där det finns grindvakter är och förblir öppna och rättvisa, oberoende av de faktiska, sannolika eller förmodade effekterna på konkurrensen på en viss marknad till följd av beteendet hos en viss grindvakt som omfattas av denna förordning. Syftet med denna förordning är därför att skydda ett annat rättsligt intresse än de reglerna och bör inte påverka tillämpningen av dem.”²⁸⁰

Det tionde skälet realiserar sedan i artikel 1.6 DMA, som stipulerar att förordningen

²⁷⁶ Ibid., s. 14.

²⁷⁷ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

²⁷⁸ Larouche, 2020, s. 30.

²⁷⁹ Monti, 2021, s. 14.

²⁸⁰ DMA 2020, Skäl 10.

ej påverkar tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF samt motsvarande nationella bestämmelser.²⁸¹

Därmed handskas artikel 1.6 DMA med legala överlapp, se ovan för diskussion, som även görs på ett legalt övertygande sätt enligt professor Monti. Aktuellt beteende kan nämligen träffas av både artikel 102 FEUF och motsvarande i DMA, och det finns inga hinder för parallellt agerande. Dock kan givetvis inte EU:s primärrätt ersättas eller förskjutas av sekundärrätt. Ur ett legalt perspektiv uppstår dock frågan om en parallell tillämpning riskerar att strida mot *ne bis in idem*-principen (latin för *icke två gånger i samma sak*²⁸²), som innebär att ingen lagföring och straff kan tvåfaldigt träffa samma agerande,²⁸³ motsvarande förbud går även att finna i artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.²⁸⁴ Enligt EU-domstolen krävs det ett tredubbel krav för att principen ska kunna tillämpas, nämligen (i) att de faktiska omständigheterna är identiska, (ii) att det rör sig om en identisk regelöverträdare, samt (iii) att det rättsliga intresset som skyddas är detsamma.²⁸⁵ Värt att då notera är formuleringen i DMA:s tionde skäl, som förklarar en skillnad i det legala intresset som skyddas, dock krävs enligt professor Monti, att detta bekräftas av domstolen.²⁸⁶

Det är, som nämnt, oundvikligt att iaktta likheterna mellan DMA och konkurrenslagstiftningen, då båda regelverken ämnar gynna konkurrensen, men det finns sannolika skäl för att DMA, med sin ex-ante karaktär, kommer appliceras enbart för att säkerställa rättvisa mellan kontraktuella parter. Ett exempel på en likartad situation, mellan DMA och konkurrenslagstiftningen, är då kommissionen ansåg att applicerbarheten av nationella lagar på telekommunikation (baserat på EU-direktiv) skyddar ett annat rättsligt intresse än konkurrenslagstiftningen,²⁸⁷ men samtidigt noterade kommissionen att denne tog hänsyn till nationell reglering vid

²⁸¹ Ibid., Artikel 1.6; Monti, 2021, s. 14.

²⁸² Wikipedia, Ne bis in idem <https://sv.wikipedia.org/wiki/Ne_bis_in_idem> (besökt 2021-12-22).

²⁸³ COMMISSION DECISION of 22 June 2011 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska), p. 136 (cit. Kommissionens beslut, COMP/39.525 Telekomunikacja, 2011).

²⁸⁴ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT C 326, 26.10.2012, s. 391–407.

²⁸⁵ C-204/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, EU:C:2004:6, p. 338; C-17/10, Toshiba Corporation e.a, EU:C:2012:72, p. 97; Monti, 2021, s. 14.

²⁸⁶ Monti, 2021, s. 14 f.

²⁸⁷ Kommissionens beslut, COMP/39.525 Telekomunikacja, 2011, p. 144.

sänkta böter, då dessa regler delvis överlappar varandra.²⁸⁸ Från detta exempel, anser professor Monti, att kommissionen besitter rättigheten att applicera både artikel 102 FEUF och DMA samt att NCA och domstolar har kompetens nog att tackla beteende som strider mot DMA under nationell eller EU konkurrenslagstiftning.²⁸⁹

Vidare tror professor Monti, att det kommer föras argumentation för att DMA ska klassas som *lex specialis*, och därmed ska endast DMA anses vara applicerbar, speciellt då detta synsätt underlättar kommissionens arbete, således kommer ej kommissionen att tillämpa artikel 102 FEUF på situationer som redan regleras av DMA.²⁹⁰

På ett liknande sätt, finns det en risk, enligt Fernández, att DMA och konkurrenslagstiftningen kommer kollidera. Detta eftersom DMA tillämpas på företag som likväl kan komma att träffas av artiklarna 101 och 102 FEUF. Då DMA både går att tillämpa snabbare och undersökningskraven är betydligt lägre än för artiklarna 101 och 102 FEUF, bl.a. är det företagen som når vissa tröskelvärden som har bevisbördan vid avgörandet av grindvakt samt att det ej behöver påvisas skada för konsumenterna, lär DMA vara närmare till hands för kommissionen jämfört med konkurrenslagstiftningen i sådana fall.²⁹¹

DMA anses, enligt Fernández, delvis vara ett mer effektivt verktyg för att behandla orättvist beteende, än EU:s generella konkurrenslagstiftning (artiklarna 101 och 102 FEUF). Dels har DMA en kortare tidsfrist, dels behöver kommissionen inte påvisa att ett visst beteende skadar konsumenterna. Bevisbördan blir obsolet då en plattform klassificeras som en grindvakt, då måste DMA:s lista av skyldigheter följas, oavsett om det finns potentiell effektivitet att intjäna genom agerandet (som i befintlig reglering). Utöver detta, bemyndigar DMA kommissionen att ändra listan av skyldigheter för samtliga grindvakter samt att specificera skyldigheterna ytterligare vid behov, se exv. artikel 10 DMA.²⁹²

Därmed kommer DMA inte endast vara applicerbar på sådana situationer som faller

²⁸⁸ Ibid., p. 145.

²⁸⁹ Monti, 2021, s. 15.

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Fernández, 2021, s. 271.

²⁹² Ibid.

utanför den generella konkurrenslagstiftningen, utan även i situationer som kan träffas av båda regelverken. Utifrån detta, anser Fernández, att det krävs tydligare riktlinjer och gränser gällande samordningen för när DMA respektive befintlig konkurrenslagstiftning ska användas. På ett likartat sätt som tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF kräver ett starkt samspel mellan kommissionen och medlemsstaternas NCA, för att undvika parallella undersökningar och diverse avvikelser kring analys av marknadsförhållandet, därmed behöves tydligare definierade samspelsmekanismer mellan DMA och artikel 102 FEUF.²⁹³

Problematiken i föregående stycke, är något som ej är adresseras tillräckligt i DMA. Dock beskrivs i DMA att ett nära samarbete och samordning mellan kommissionen och medlemsstaterna, är nödvändigt vid tillämpning av reglerna, men en sådan beskrivning går inte att karakterisera som ett praktiskt verktyg.²⁹⁴ En likartad vaghet i DMA, är den s.k. kompletteringen av efterlevnaden av konkurrensrätten, hur DMA i praktiken kommer komplettera exv. artikel 102 FEUF är oklart.

Enligt Fernández, bör inte DMA hindra tillämpningen av artiklarna 101 och 102 FEUF i digitala marknader, eftersom tanken med DMA är att vara ett verktyg som stärker förmågan att ställa digitala marknader till svars, genom att snabbt kontrollera orättvist beteende. Därmed finns det fortfarande utrymme för den befintliga konkurrenslagstiftningen, att fortsatt forma en effektiv konkurrens i digitala marknader, även efter DMA. Men Fernández poängterar avslutningsvis att den nuvarande versionen av DMA, 15:e december 2020, riskerar den att leda till problematik då båda regelverken är applicerbara, sådan problematik bör kunna åtgärdas med lämpliga mekanismer för samspel mellan respektive regelverk.²⁹⁵

Ex-ante och ex-post

Sådan reglering som uppställer bestämmelser innan ett visst agerande har inträffat kallas för “ex-ante” (latin för “innan händelsen”)²⁹⁶, som exv. görs i koncentrationskontroller i befintlig reglering. Motsatsen kallas för “ex-post” (latin för “efter händelsen”)²⁹⁷, där regleringen görs utifrån ett redan inträffat agerande,

²⁹³ Ibid., s. 271 f.

²⁹⁴ Ibid., s. 272.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Wikipedia, Ex-ante <<https://en.wikipedia.org/wiki/Ex-ante>> (besökt 2021-12-29).

²⁹⁷ Ibid.

exv. används artikel 102 FEUF ex-post.²⁹⁸

En konflikt mellan befintlig konkurrenslagstiftning (ex-post) och DMA (ex-ante) är inte svår att föreställa sig, då båda regelverk verkar för ett likartat mål, nämligen att hindra oönskat beteende som görs av parter med hög marknadsmakt. Grindvakter i DMA, som besitter en hög marknadsmakt, kombinerat med avvikelser från skyldigheterna i DMA, leder till ett ex-ante ingripande. På motsvarande sätt görs ingripande enligt artikel 102 FEUF mot företag med en dominerande ställning, där marknadsmakt kombinerat med konkurrensbegränsande beteende, leder till förbud. Därmed är målen i DMA något okvalificerade och otydliga, i förhållande till artikel 102 FEUF, således kvarstår risken för överdriven eller dubbel tillämpning av både ex-ante och ex-post reglering.²⁹⁹

Risken för överdriven eller dubbel tillämpning beror på att EU (till skillnad från exv. USA) godkänner en tvåfaldig tillämpning av både ex-ante och ex-post reglering. Detta innebär att digitala plattformar som träffas av ex-ante (DMA), även kan träffas av en ex-post konkurrensrättslig undersökning om beteendet även bryter mot konkurrenslagstiftningen, vilket är en stor sannolikhet utifrån likheterna mellan regelverken.³⁰⁰

Som delvis nämnts ovan, är samspelet mellan ex-ante reglering som tillämpas på samma beteende som ex-post konkurrenslagstiftningen inget nytt, exv. inom telekom-sektorn har ex-ante regler lett till en mer konkurrensfrämjande marknad. Men till skillnad från ex-ante regleringen inom telekom-sektorn, innehåller DMA en stor flexibilitet för att anpassa sig till den faktiska marknaden. Även om DMA påstås rikta in sig på fåtalet stora digitala plattformar, finns det även indikatorer på att regelverket även kan vara applicerbar på plattformar som ej innehar marknadsdominans enligt artikel 102 FEUF. Denna typ av flexibilitet, anser Fernández, karakteriserar vanligtvis mer ex-post reglering än ex-ante.³⁰¹

Fragmentering och tidsfaktorn

²⁹⁸ Bernitz, 2019, s. 168.

²⁹⁹ Georgieva, Zlatina, The Digital Markets Act Proposal of the European Commission: Ex-ante Regulation, Infused with Competition Principles, European Papers, Vol. 6, 2021, No 1, European Forum, Insight of 29 March 2021, s. 27 f.

³⁰⁰ Ibid., s. 28.

³⁰¹ Fernández, 2021, s. 271.

Artikel 114 FEUF används som legal grund för DMA med hänvisning till fragmenteringen. Att medlemsstaterna själva försöker tillämpa regler för att möta grindvakter och CPT skapar, enligt DMA, fragmentering av lagstiftningen, då reglering av orättvist beroendeförhållande och möjlighet att konkurrera på denna typ av tjänster skiljer sig åt. Förutsättningarna för, och omfattningen av, ingripandet är där medlemsstaternas lagstiftning särskilt skiljer sig åt, detta leder i sin tur till ökade efterlevnadskostnader för verksamma företag på EU:s inre marknad. Denna problematik kommer bara att växa, om inte EU vidtar åtgärder, flera medlemsstater planerar att anta nya initiativ samtidigt som andra medlemsstater inte uppmärksammar problematiken med grindvakter.³⁰²

Påståendet kring fragmentering, d.v.s. att medlemsstaterna individuellt reglerar digitala plattformar, realiseras i strid ström utifrån medlemsstaternas agerande. Ett av flertalet exempel handlar om Amazon, där Italiens NCA³⁰³ har undersökt om Amazon har missbrukat sin dominerande ställning genom diskriminering på sin e-handelsplattform, genom att favorisera tredje parts återförsäljare som använder Amazons logistiktjänster.³⁰⁴ Vilket resulterade i att Italien, den 9:e december 2021, bötfällde Amazon på 1.128 miljarder EUR. Artikel 102 FEUF låg till grund för domen, då Amazon har en dominerande ställning på den italienska marknaden, och favoriserade sina egna logistiktjänster, Fulfilment by Amazon, till nackdel för de relevanta konkurrenterna.³⁰⁵ På ett likartat sätt har Tysklands NCA³⁰⁶ undersökt Amazons missbrukade beteende.³⁰⁷ Kommissionen har även inlett en motsvarande undersökning gällande Amazon.³⁰⁸

³⁰² DMA, Avsnitt 2.

³⁰³ EC NCA, Italien; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato <<https://www.agcm.it/>> (besökt 2022-01-03).

³⁰⁴ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, A528 - Amazon: avviata istruttoria su possibile abuso di posizione dominante in marketplace e-commerce e servizi di logistica, 2019-04-10, <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2019/4/Amazon-avviata-istruttoria-su-possibile-abuso-di-posizione-dominante-in-marketplace-e-commerce-e-servizi-di-logistica>> (besökt 2022-01-03); DMA Impact Assessment, 2020, Annex 5.6, p. 1(3).

³⁰⁵ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, A528 - Antitrust - Amazon fined over € 1,128 billion for abusing its dominant position <<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528>> (besökt 2021-12-11).

³⁰⁶ EC NCA, Tyskland; Bundeskartellamt, <https://www.bundeskartellamt.de/DE/Home/home_node.html> (besökt 2022-01-03).

³⁰⁷ DMA Impact Assessment, 2020, Annex 5.6, p. 1(3); Bundeskartellamt, B2-88/18 Amazon, 2019-07-17, <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.html?nn=3599398>> (besökt 2022-01-03).

³⁰⁸ Press Release, AT.40703 Amazon - Buy Box, 2020-11-10.

Därmed bör förslagen i DMA, på det stora hela, bidra till en bättre sammanhållning av EU:s medlemsstater, då problematiken med digitala plattformar/grindvakter bemöts solidariskt, i enlighet med artikel 3.3 FEU.

I en ständigt utvecklande sektor, som den digitala sektorn, är tidsfaktorn av stor betydelse. Den befintliga ex-post metodiken får antas vara aningen långsam, exv. från det att kommissionen publicerade ett inlett förfarande (2015-04-15) till publikationen av kommissionens beslut (2018-08-18) tog det över tre år i Google Android målet.³⁰⁹ På ett likartat sätt tog det över sex år från inlett förfarande (2010-11-30) till beslut (2017-06-27) i Google Shopping målet,³¹⁰ och över två år i Google AdSense målet.³¹¹

Denna tidproblematik adresserar DMA, om de tänkta eller genomförda åtgärderna anses, av kommissionen, inte säkerställer effektivt utförande av skyldigheterna får kommissionen ange relevanta åtgärder som grindvakten ska vidta. Kommissionens angivande görs genom ett beslut som har en tidsfrist på sex månader från och med att ett förfarande har inletts.³¹² Tidsbegränsningen i DMA vittnar om kommissionens avsikt att reglera digitala plattformar snabbare.

4.4 Förändrad reglering av app-butiker

Avsnittet redogör och jämför ändamålet med respektive regelverk och deras legala utgångspunkt. För att sedan hänvisa till ändamålen, vid jämförelsen av situationer för app-butiker som kan antas träffas av båda regelverken.

4.4.1 Regelverkens ändamål

I enlighet med all befintlig EU-rättslig reglering, förutsätts även syftet med DMA vara att sträva efter målen som stipuleras i artikel 3 FEU och särskilt tredje punkten. I artikeln fastställs upprättandet av EU:s inre marknad, en hållbar utveckling som bl.a. bygger på prisstabilitet, och en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft. EU ska även främja innovation, d.v.s. vetenskapliga och tekniska

³⁰⁹ European Commission, Competition Policy, AT.40099 Google Android <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099> (besökt 2021-12-29).

³¹⁰ European Commission, Competition Policy, AT.39740 Google Search (Shopping) <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740> (besökt 2021-12-29).

³¹¹ European Commission, Competition Policy, AT.40411 Google Search (AdSense) <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411> (besökt 2021-12-29).

³¹² DMA, 2020, Artikel 7.2.

framsteg.³¹³ Vidare ska EU också bidra till ekonomisk, social och territoriell sammanhållning samt lojal samverkan mellan medlemsstaterna.³¹⁴

Utöver det förutsatta legala syftet, redogör DMA dennes faktiska legala grund. CPT som tillhandahålls av grindvakter kommer på grund av sin naturligt gränsöverskridande karaktär att undergräva den inre marknads funktion för digitala tjänster och de digitala marknadernas funktion med en fragmenterad lagstiftning. Därmed anses harmonisering på EU-nivå vara nödvändig, vilket innebär att artikel 114 FEUF är den relevanta rättsliga grunden för DMA.³¹⁵

Artikel 114 FEUF är den viktigaste rättsliga grund för harmoniseringsåtgärder som syftar till att upprätta den inre marknaden.³¹⁶ Enligt EU-domstolen får artikel 114 FEUF endast användas som en legal bas för att anta EU-lagstiftning om där finns en faktisk koppling mellan antagen lagstiftning och eliminering av hinder på EU:s inre marknad, därmed ges inte EU en allmän kompetens att reglera aspekter av den inre marknaden. För att artikel 114 FEUF ska vara applicerbar kan det inte bara förekomma skillnader mellan nationella regler, utan det måste förekomma negativa effekter av dessa regler på den inre marknaden.³¹⁷

Viktigt att komma ihåg, är att eftersom kommissionen valde artikel 114 FEUF, och inte artikel 103 FEUF, som legal grund är DMA inte ett konkurrensrättsligt verktyg.³¹⁸ Men likväl föreskrivs DMA inneha en kompletterande roll gentemot EU:s konkurrenslagstiftning, och kan trots detta, praktiskt sätt, agera som ett konkurrensrättsligt verktyg (se ovan för diskussion).

EU:s konkurrensrättsliga ändamål har likväl sin utgångspunkt i artikel 3 FEU, som all EU-rätt. Men vid en jämförelse av ändamålet för EU:s konkurrenslagstiftning och DMA, syftar artiklarna 101 och 102 FEUF mer specifikt till att hindra sådant agerande som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna,³¹⁹ genom agerandet

³¹³ Artikel 3.3 FEU, 1 st.

³¹⁴ Ibid., 3 st.

³¹⁵ DMA, 2020, Avsnitt 2.

³¹⁶ Mańko, Rafał, EU competence in private law, In-depth Analysis, EPRS | European Parliamentary Research Service, 2015, s. 5 (cit. Mańko, 2015).

³¹⁷ C-376/98, Tyskland mot parlamentet och rådet, EU:C:2000:544, p. 84; Mańko, 2015, s. 6.

³¹⁸ Podszun, Rupperecht, Bongartz, Philipp & Langenstein, Sarah, Proposals on how to improve the Digital Markets Act, 2021 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788571>, s. 3.

³¹⁹ Artikel 101.1 FEUF; Artikel 102 FEUF, 1 st.

mer på “företagssidan”. Medan DMA intar en annan infallsvinkel, genom att undvika fragmentering av den inre marknaden mer på “medlemsstatssidan”, som skilda åtgärder av enskilda medlemsstater kan leda till. Därmed strävar båda ändamålen efter att skydda EU:s inre marknad i enlighet med artikel 3 FEU, men gör detta utifrån olika utgångspunkter, konkurrenslagstiftningen siktar mer på “hög konkurrenskraft”³²⁰ och DMA på “solidaritet mellan medlemsstaterna”³²¹.

4.4.2 Jämförelse av befintlig och föreslagen reglering

Nästan hälften av de 11 skyldigheter i artikel 6.1 DMA har en direkt koppling till app-butiker, ordalydelsen i artikel 6.1(c, k) har en direkt hänvisning till app-butiker, artikel 6.1(b, c, e) diskuterar appar och OS, och även artikel 6.1(f) hänvisar till OS. Detta kan antas vittna om kommissionens välvilja att bättre reglera app-butiker, som påverkar hela spektrumet av användare, allt från den enskilde användaren till giganter som Facebook och Amazon.

Fastställa tillämpningsområdet enligt artikel 102 FEUF (avsnitt 2) går ut på att göra en fall-till-fall undersökning av den relevanta marknaden, med främst den relevanta produktmarknaden den relevanta geografiska marknaden och marknadsandelar som grund,³²² men även andra faktorer vägs in i bedömningen. När sedan den relevanta marknaden är fastställd, avgörs företagets dominerande ställning bl.a. utifrån marknadsandelarna på den relevanta marknaden.

DMA använder istället en mer effektiv metod, nämligen tre uppställda rekvisit, för om aktuellt företag uppfyller samtliga rekvisit räknas aktören *de facto* räknas som en grindvakt (avsnitt 3.3). Karaktären av en grindvakt är likartad den som avser ett företag med en dominerande ställning. Därmed behöver inte undersökning av den relevanta marknaden göras, det krävs endast ett konstaterande av att samtliga rekvisit är uppfyllda. Rekvisiten har även karaktären av att vara relativt enkla att identifiera, nämligen årlig omsättning, antal användare (företags- och slutanvändare) och innehar en varaktig ställning på marknaden. Detta till skillnad från det något svårare mätinstrument av exv. marknadsandelar, nätverkseffekter och

³²⁰ Artikel 3.3 FEU, 1 st.

³²¹ Ibid., 3 st.

³²² Se exv. versioner av rubrikerna “Relevant product markets” och “Relevant geographic markets” i Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018; Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017; Kommissionens beslut, AT.40411 Google AdSense, 2019.

gratistjänster.

Utifrån respektive marknadsandelar av App Store och Play Store samt motsvarande rekvisit enligt DMA, lär det dock inte vara någon fråga om marknadsdominans eller fastställd grindvakt, enligt respektive regelverk.

Artikel 5(e) DMA förbjuder grindvakter att sammankoppla deras olika CPT, m.a.o. förbjuds uppställda krav på att företagsanvändare eller slutanvändare använder en CPT för att ha tillgång till en annan CPT, förbjudet sker även ex-ante. Ett exempel på en sådan situation är Googles sammankoppling av två CPT, dennes app-butik (Play Store) med sin generell söktjänstapp (Google Search), se avsnitt 2.5.1. Kopplingsförbehåll är ett välkänt beteende av företag med dominerande ställning och dess reglering har en stark förankring i rättspraxis, med ex-post tillämpning av artikel 102 FEUF. Som redogjort för i avsnitt 2 utgör kopplingsförbehåll ett av exemplen i artikel 102 FEUF:s ej uttömmande lista. Till skillnad från DMA finns möjligheten, i artikel 102 FEUF, för det dominerande företaget att bevisa att dennes beteende är befogat. Men artikel 102 FEUF fyra villkor för att ett kopplingsförbehåll är aktuellt, anses kräva en större undersökning, för att bevisa att samtliga är uppfyllda, jämfört med artikel 5(e) DMA.

Favorisering är även ett vanligt beteende bland digitala plattformar, då plattformarna oftast har en flersidig karaktär som både utgör marknaden och konkurrerar på den. Artikel 6.1(d) DMA stipulerar att grindvakter inte får favorisera sina egna produkter eller tjänster, som exv. att App Store favoriserar sin musikapp framför Spotify. I artikel 6.1(k) DMA görs även en direkt hänvisning till rättvist beteende gällande app-butiker, exv. att App Store kräver 30 procent kommission av tredje parts appar enligt dennes IAP, båda punkterna i artikel 6.1 tillämpas ex-ante. Eftersom artikel 102 FEUF både täcker beteende som tenderar att hindra konkurrensen och är kapabel att ha denna effekt, oavsett dess framgång, anses oftast favorisering utgöra ett förbud enligt artikeln, vilket redogörs i avsnitt 2.5.2. På ett likartat sätt, som kopplingsförbehåll, kan likväl ett företag med en dominerande ställning rättfärdiga favorisering som antas vara förbjudet enligt artikel 102 FEUF, genom att påvisa att beteendet antingen är objektivt nödvändigt eller att den effekt kan motvägas eller uppvägas av fördelar som gynnar konsumenterna. Ett motsvarande utrymme finns inte i artikel 6.1(d, k). Likväl får DMA antas träffa

majoriteten av favoriseringen som sker av digitala plattformar och därmed minska tillämpningen av artikel 102 FEUF för detta ändamål, då DMA tillämpas ex-ante.

I artikel 6.1(c) DMA stipuleras en ex-ante skyldighet för grindvakter att deras OS ska vara interoperabelt med tredje parts app-butiker och appar. Detta adresserar problematiken som introducerades i avsnitt 2.5.2, gällande Play Stores API som hindrar en effektiv interoperabilitet med Amazons API.

Även det nyintroducerade och relativt outforskade, enligt artikel 102 FEUF, problematiken av missbruk av tredje parts data för ökad konkurrenskraft, stipuleras explicit i artikel 6.1(a) DMA. Grindvakter får inte använda företagsanvändares data som inte är allmänt tillgängligt i ett konkurrensavseende. Kommissionen misstänker exv. att Apples grepp om App Store och full kontroll av all data på plattformen, kan leda till att Apple missbrukar denna data för att konkurrera med dennes egna produkter och tjänster *på* App Store *med* andra företagsanvändare.

Som jämförelsen demonstrerar finns det en nära koppling mellan artiklarna 5 till 6 DMA och artikel 102 FEUF, vilket öppnar upp för problematiken med *ne bis in idem*-principen, d.v.s. om beteende som träffas av båda artiklarna, initialt träffas av ex-ante regleringen, för att sedan några år senare (när kommissionen gjort sin undersökning) även träffas av artikel 102 FEUF. Dock antas, i enlighet med båda regelverks ändamål och legala grund, DMA bidra till en högre konkurrenskraft enligt artikel 3.3 FEU. Ett snabbt legalt verktyg lär även undanröja hinder, enbart utifrån dess högre effektivitet, vilket i sin tur bör leda till en främjad innovation, därmed antas DMA vara över lag att mer fördelaktigt för konkurrens med koppling till app-butiker.

5. Avslutning

5.1 Inledning

Inledningsvis i avsnitt 1.2 anges att uppsatsens syfte är att, med ett särskilt fokus på s.k. app-butiker, beskriva, analysera och jämföra tillämpningsområdet och restriktionerna för grindvakter enligt förslaget till DMA (enligt artiklarna 3 till 4 respektive 5 till 6 i förordningen) och för digitala plattformar med en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Detta uppställdes i två regleringsspecifika frågeställningar (i) Hur avgörs digitala plattformars dominerande ställning (tillämpningsområde) och vilka förbud kan de omfattas av enligt artikel 102 FEUF? (ii) Vilka är förutsättningarna för att en aktör ska anses omfattas av artikel 3 till 4 i förslaget till DMA (tillämpningsområde), och vilka skyldigheter har denne enligt artiklarna 5 till 6 i samma förordning (restriktioner)? Samt en jämförande frågeställning, (iii) Vilka förändringar skulle förslagen i DMA innebära i förhållande till nuvarande ordning enligt artikel 102 FEUF?

Kapitlet inleds med att besvara ovan nämnda frågeställningar (avsnitt 5.2) för att sedan avsluta uppsatsen med reflektioner och slutsatser från uppsatsförfattaren (avsnitt 5.3).

5.2 Svar på uppsatsens frågeställningar

Sammantaget kan det konstateras att EU:s befintliga reglering av digitala plattformar med en dominerande ställning i stort sett bygger på rättspraxis från EU-domstolen och tribunalen samt kommissionens beslut.

För att besvara första delen av den första frågeställningen, regleras digitala plattformar och därmed app-butiker av artikel 102 FEUF ex-post, d.v.s. tillämpningen av artikeln sker efter missbruk har påvisats. Tillämpningsområdet (dominerande ställning) för artikel 102 FEUF gällande digitala plattformar, avgörs främst utifrån traditionella parametrar som relevant produktmarknad, relevant geografisk marknad och marknadsandelar (avsnitt 2.4). Men i kommissionens beslut, som även tas upp i rättspraxis, inkluderas även nyare parametrar såsom

nätverkseffekt, multi-homing, gratis-faktorn och data (avsnitt 2.4.4). Men för app-butiker är endast de traditionella parametrarna nog för att avgöra Apples och Googles marknadsdominans på den relevanta marknaden. App Store och Play Store utgör olika relevanta produktmarknader (avsnitt 2.4.1), den relevanta geografiska marknaden för Android app-butiker är global (exklusive Kina, se avsnitt 2.4.2) vilket även App Store antas vara, och utifrån respektive app-butiks marknadsandelar utgör Play Store i princip ett monopol och App Store ett monopol, vilket *de facto* innebär en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Även diskussionen kring “switching” talar för de två befintliga app-butikernas starka förankring i marknaden.

Svaret på andra delen av den första frågeställningen återfinns tydligt i rättspraxis från EU-domstolen och tribunalen samt beslut från kommissionen. Många rättsfall och även beteendet i sig, gällande digitala plattformar återspeglas i situationer utanför den digitala sektorn. Det otillåtna beteendet av kopplingsförbehåll, favorisering, avtal med kompletterande skyldigheter och exklusiv handel, har alla en koppling till rättspraxis utanför den digitala sektorn, vilket avsnitt 2.5 i uppsatsen redogör för. Men även nytt beteende har uppmärksammats av kommissionen, som exv. missbruk av tredje parts data, vilket är mer karakteristiskt för digitala marknaderna. Kategorin med favorisering och restriktion av interoperabilitet, är även av särskilt intresse då den träffar beteende med koppling till app-butiker. Genom stängd eller begränsad OS kan enkelt restriktioner av interoperabilitet göras, även favorisering av plattformens egna appar respektive degradering av konkurrenters appar görs också lättvindigt när plattformen har full kontroll över app-butiken, som utgör själva marknaden för appar.

För att besvara den första delen av den andra frågeställningen, regleras grindvakter och deras app-butiker av DMA ex-ante, d.v.s. tillämpningen av förordningen uppställer skyldigheter som ska följas innan ett beteende har inträffat. Tillämpningsområdet (grindvakter) för DMA avgörs utifrån artiklarna 3 till 4 (avsnitt 3.3). De tre förutsättningarna för att en aktör ska klassas som en grindvakt är relativt objektiva, parametrarna är relativt enkla att mäta och kontrollera, nämligen en aktörs årliga omsättning, ett antal företagsanvändare respektive slutanvändare, och besitter en varaktig ställning. Enligt DMA:s förutsättningar antas både Apple och Google vara grindvakter, samt App Store respektive Play

Store vara CPT.

Den andra delen av den andra frågeställningen, besvaras med att DMA i princip utgör en lista med förpliktelser som grindvakter alltid måste följa, listan presenteras i artiklarna 5 till 6 i förordningen, med mer detaljerade skyldigheter i artikel 6 jämfört med artikel 5 (avsnitt 3.4). De skyldigheter som lär träffa grindvaktens app-butiker, handlar i stora drag om att grindvakterna måste öppna upp denna typ av CPT, exv. möjliggöra enklare "switching" mellan OS, ökad interoperabilitet mellan app-butiker samt förbud mot att favorisering av grindvaktens egna appar. Eftersom DMA endast är ett förslag, är redogörelsen som är kopplad till den andra frågeställningen, av naturliga skäl mer begränsad till ordalydelsen i föreslagen förordning samt antaganden. Utifrån sådana antaganden antas restriktioner i DMA ha en nära koppling till kommissionens undersökningar av GAFAM och motsvarande rättspraxis samt beslut. Att urskilja varifrån respektive skyldighet antas ha sitt ursprung är relativt lätt, vilket redogörelsen vittnar om, med exemplifierande situationer på majoriteten av de presenterade skyldigheterna i artiklarna 5 och 6 i DMA.

För att besvara den tredje och sista frågeställningen, kan det initialt konstateras att samspel mellan generell och sektorspecifik reglering i flertalet sektorer är oundviklig, p.g.a. komplexitet och den generella hållningen som EU:s konkurrenslagstiftning innehar, därmed inräknat den digitala sektorn. Vidare konstateras att det finns en nära koppling mellan DMA och EU:s konkurrenslagstiftning, denna åsikt delas av ett flertal akademiker, även om DMA teoretiskt sett inte är ett konkurrensrättsligt verktyg (med artikel 114 FEUF som grund istället för den konkurrensrättsliga artikel 103 FEUF), som ytterligare adderar till problematiken med regelverkens hierarki, om DMA hade legat under artikel 103 FEUF hade hierarkin mellan DMA och artikel 102 FEUF varit lättare. Det finns även stora sannolikheter att nuvarande version av DMA kolliderar med exv. artikel 102 FEUF, särskilt till följd av deras olika lagstiftningstekniker, ex-ante respektive ex-post. Uppsatsens fjärde kapitel adresserar även den digitala marknadens fragmentering inom unionen, till följd av medlemsstaternas reglering, som utifrån flertalet exempel av nationell tillämpning bekräftar denna farhåga. Tidsfaktorn jämförs också, mellan respektive regelverk, som även den talar för att DMA lär tillämpas i allt större utsträckning. Vidare förtydligar en jämförelse mellan

regelverkens skyldigheter/förbud, som träffar app-butiker, deras nära koppling, samt att DMA möjligtvis kommer tillämpas i större utsträckning enbart p.g.a. regelverkets effektivitet jämfört med artikel 102 FEUF.

Givetvis går det inte att ge ett konkret svar på tredje frågeställningen. Ett konkret svar kan endast ges under förutsättningarna att DMA godkänns och då regelverket praktiskt har tillämpats. Därmed ges svaret hypotetiskt, där redogörelsen talar för att nuvarande förslag till DMA lär förändra tillämpningen av artikel 102 FEUF i stor utsträckning, vid digitala marknader. Därmed även på app-butiker, som explicit benämns i DMA:s skyldigheter. Eftersom DMA är snabbare och effektivare samt agerar ex-ante, lär den största förändringen i förhållande till artikel 102 FEUF vara, att DMA kommer fungera som ett "skyddsnät" för artikel 102 FEUF, d.v.s. att färre situationer når en tillämpning av artikel 102 FEUF och istället fångas upp tidigare av DMA.

5.3 Avslutande reflektioner

I en höginnovativ sektor som konstant förändras, måste dess reglering göra detsamma, detta leder till många intressanta reflektioner då EU:s reglering är i sin inledande fas för att matcha regleringen av den digitala sektorn.

En intressant slutsats av redogörelsens första frågeställning, är de nya faktorer som växer fram till följd av den digitala sektorn, utöver situationer som återspeglas i andra sektorer. Begrepp som exv. nätverkseffekt, multi-homing och data är faktorer som bör kunna tas med i undersökningen av ett företags dominerande ställning. Gällande förbud uppstår, exv. tekniska restriktioner som interoperabilitet, vilket är något som lär bli allt vanligare i en sektor med flersidiga marknader, samt vilken roll data har i ett missbrukshänseende, där exv. missbruk av tredje parts data för ökad konkurrenskraft uppstår.

Ytterligare en intressant slutsats av redogörelsen, dras i förhållande till den tredje frågeställningen. Artikel 102 FEUF har, som konstaterat, ej en uttömmande lista på förbud, därmed är bestämmelsen objektivt hållet, som i enlighet med tribunalen likväl får anses hänvisa till ett konkurrensbegränsande mål. Till skillnad från DMA som har en uttömmande lista med skyldigheter, därmed får artikel 102 FEUF i detta avseendet, anses vara ett "kraftfullare" verktyg. Men likväl stipuleras i artikel 10

DMA, en motsvarande objektivitet, att kommissionen ges ett skönsmässigt utrymme att kunna uppdatera grindvakternas skyldigheter.

Med ett låst OS som Apple har, kommer DMA innebära stora förändringar av App Stores, där endast appar som utvecklats specifikt för iOS erbjuds av App Store och fungerar på Apples OS. Artikel 6.1(c) kommer kräva att Apple (potentiell grindvakt) möjliggör effektiv användning av appar som är interoperabla med andra OS (exv. Android), samt möjligheten att installera tredje parts app-butiker. Med en godkänd regleringen av DMA, finns det därmed en möjlighet att vi kommer att se andra app-butiker än App Store för iOS appar, kanske t.o.m. att Google erbjuder en alternativ app-butik på Apples OS. Ytterligare en intressant tanke utifrån detta, är i vilken utsträckning artikel 6.1(c) kommer leda till att App Store “översvämmas” av appar från exv. Play Store.

Särskilt med koppling till marknader för app-butiker, uppstår frågan om konkurrens ens är möjlig, förutom den mellan de två befintliga dominanterna, under förutsättningen att app-butikers gränser luckras upp till följd av exv. DMA, som i sin tur leder till en närmad konkurrens mellan Android och iOS (därmed exv. en delad relevant produktmarknad, likt den mellan lika Android app-butiker). Även i vilken utsträckning marknaden för app-butiker går att liknas till den för länder, d.v.s. att länder får antas utgöra orubbliga marknader som företag (privata och statligt ägda) konkurrerar *på* och inte *med*. Entiteter som uppnått en “land-status” innan modern tid, har därmed nått nivån av att kunna “konkurrera” med andra länder i modern tid. På ett likartat sätt skulle då etableringen av Google och Apple, som gjordes i rätt ände av “hockeyklubban” i den explosionsartade digitala utvecklingen, kunna beaktas på ett motsvarande sätt som etableringen av västvärldens länder, och därmed utgöra en något orubblig ställning. Något som i nuläget vittnar om denna slutsats är hur t.o.m. giganter som Amazon misslyckas med att konkurrera på marknaden för Android app-butiker. Därmed uppstår frågan om skapandet av en värdig konkurrent på marknaderna för app-butiker, är lika främmande som skapandet av ett nytt land, i västvärldens mening. Initierade åtgärder runt om i världen, allt från USA:s regleringar till DMA, lär förhoppningsvis svara på frågan om konkurrens *med* app-butiker är möjlig eller enbart *på* marknaderna för befintliga app-butiker.

DMA och befintlig konkurrenslagstiftning bemöter otillåtet beteende i varsin ände av händelseförloppets tidslinje, och eftersom EU-rätten inte hindrar en parallell tillämpning av både ex-ante och ex-post reglering finns en risk för problematik med dubbeltillämpning av regelverken och kollision (se avsnitten 4.3 och 4.4.2).

DMA ser lovande ut, och i enlighet med know-how, som sträcker sig från den privata sektorn till universiteten, samt med stöd från flertalet potentiella grindvakter,³²³ tror även uppsatsförfattaren att DMA kommer förbättra förutsättningarna i den digitala sektorn. Med detta sagt, lär det dock behövas en finjustering av vissa komponenter innan regelverket är fullfjädrat, exv. tydligare riktlinjer och gränser för när DMA respektive konkurrenslagstiftningen ska användas. Men inga faktiska slutsatser kan dock göras vid tiden för uppsatsskrivningen, om DMA:s förändringar av artikel 102 FEUF, och utifrån sektorns stora inverkan och dess kapitalstarka karaktär lär debatten kring den framtida regleringen vara omfattande, långvarig och hetlevrad.

Ytterligare potentiell utveckling av digitala plattformars reglering inom EU, går att finna i den inledda dialogen mellan USA och EU, den 7 december 2021, om en "Joint Technology Competition Policy".³²⁴ Men reglering av digitala marknader blir alltmer akut, t.o.m. den världsomvärdande COVID-19 pandemin kan anses ha bidragit till en ökad digitalisering, då hela samhällen tvingades interagera via digitala kanaler, som bl.a. tillhandahålls av marknadsdominanta digitala plattformar, exv. Google Meet och Microsoft Teams. Att EU kommer "till skott" är

³²³ Microsoft, M:et i GAFAM, stödjer DMA i ett formellt meddelande till kommissionen (European Commission, Feedback from: Microsoft Corporation, F2256709, 2021-05-03, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers/F2256709_en> (besökt 2021-12-25)), Facebook välkomnar DMA, enligt en talesperson för företaget och hoppas på reglering kring bl.a. Apples app-butik (Reuters, Supantha Mukherjee, Foo Yun Chee, William Maclean, Facebook takes swipe at Apple while supporting draft EU rules, 2020-12-15 <<https://www.reuters.com/article/eu-tech-facebook-int-idUSKBN28P2O5>> (besökt 2021-12-25)), Twitter välkomnar DMA, enligt Sinéad McSweeney, Vice President of Global Public Policy and Philanthropy på Twitter (LinkedIn, Sinéad McSweeney <<https://ie.linkedin.com/in/sin%C3%A9ad-mcsweeney-2473b322>> (besökt 2021-12-25); CNBC LLC., Facebook criticizes Apple as it welcomes Europe's new tech rules, 2020-12-17 <<https://www.cnbc.com/amp/2020/12/16/facebook-criticizes-apple-as-it-welcomes-europes-new-tech-rules.html>>, (besökt 2021-12-25)), TikTok välkomnar DMA, enligt Caroline Greer, Director of Public Policy & Government Relations på TikTok i Bryssel (LinkedIn, Caroline Greer <<https://be.linkedin.com/in/caroline-greer-a287041>> (besökt 2021-12-25); CNBC LLC., Facebook criticizes Apple as it welcomes Europe's new tech rules, 2020-12-17 <<https://www.cnbc.com/amp/2020/12/16/facebook-criticizes-apple-as-it-welcomes-europes-new-tech-rules.html>>, (besökt 2021-12-25)).

³²⁴ European Commission, Competition: EU-US launch Joint Technology Competition Policy Dialogue to foster cooperation in competition policy and enforcement in technology sector, 2021-12-08 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6671> (besökt 2022-01-03).

även viktigt utifrån ett internationellt perspektiv, för att undvika att EU-företag hamnar på efterkälken på den globala marknaden. USA har exv. nyligen avgjort ett mål gällande App Store och dennes IAP, med ett konstaterande att beteendet bröt mot Kaliforniens konkurrenslagstiftning.³²⁵ Flertalet stater i USA har även åtalat Google för dennes beteende gällande Play Store.³²⁶

Avslutningsvis, i enlighet med den EU-rättsliga utvecklingsstrukturen, kommer DMA:s (om och vilken version av förslaget som godkänns) plats i regleringen av digitala plattformar/grindvakter att avgöras av tribunalen och EU-domstolens rättspraxis. Men oavsett om förslaget godkänns eller ej, är ett oundvikligt konstaterande att ytterligare åtgärder av den digitala sektorn är nödvändigt, för att främja en hög konkurrenskraft och innovation i enlighet EU:s övergripande mål, enligt artikel 3.3 FEU.

³²⁵ Epic Games tionde åtalspunkt (United States District Court Northern District of California, Epic Games, Inc. (Plaintiff), vs. Apple Inc. (Defendant), Case 4:20-cv-05640-YGR, Document 407, Filed 04/08/21, Page 321 of 365 <<https://cand.uscourts.gov/wp-content/uploads/cases-of-interest/epic-games-v-apple/Epic-Games-20-cv-05640-YGR-Dkt-407-Epic-Games-Proposed-Findings-of-Facts-and-Conclusions-of-Law.pdf>>)) godkändes av United States District Judge, Yvonne Gonzalez Rogers (United States District Court Northern District of California, Epic Games, Inc. (Plaintiff), vs. Apple Inc. (Defendant), Case 4:20-cv-05640-YGR, Document 814, Filed 09/10/21, s. 1, rad 14-15 <<https://cand.uscourts.gov/wp-content/uploads/cases-of-interest/epic-games-v-apple/Epic-v.-Apple-20-cv-05640-YGR-Dkt-814-Judgment.pdf>>)).

³²⁶ New York State Attorney General, United States District Court Northern District of California San Francisco Division, Case 3:21-cv-05227, Document 1, Filed 07/07/21, (<https://ag.ny.gov/sites/default/files/utah_v_google.1.complaint_redacted.pdf>).

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EGT C 372, 9.12.1997, s. 5–13. [cit. Kommissionens tillkännagivande, relevant marknad, 1997].

Tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn - Ramen, relevanta marknader och principer, EGT C 265, 22.8.1998, s. 2–28.

Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, EUT C 45, 24.2.2009, s. 7–20.

Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn (rättsakten om digitala marknader), COM/2020/842 final, 2020-12-15. [cit. DMA, 2020].

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), SWD/2020/363 final, 2020-12-15. [cit. DMA Impact Assessment, 2020].

COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, SWD(2021) 199 final, 2021-07-12. [cit. Commission Notice, relevant market, Evaluation, 2021].

Litteratur

Bernitz, Ulf, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, Concurrentia AB och Norstedts Juridik AB, 5 uppl., 2019, ISBN 9789139208143. [cit. Bernitz, 2019].

Crémer, Jacques, de Montjoye, Yves-Alexandre & Schweitzer, Heike, Competition Policy for the digital era, Final report, European Commission Directorate-General for Competition, 2019, ISBN 978-92-76-01946-6. [cit. Crémer, 2019].

Georgieva, Zlatina, The Digital Markets Act Proposal of the European Commission: Ex-ante Regulation, Infused with Competition Principles, European Papers, Vol. 6, 2021, No 1, European Forum, Insight of 29 March 2021, pp. 25-28, ISSN 2499-8249.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning, Norstedts Juridik, 2 uppl., 2011, ISBN 9789139205944. [cit. Hettne, 2011].

Larouche, Pierre & de Streel, Alexandre, Interplay between the New Competition Tool and Sector-Specific Regulation in the EU, Expert study, European Commission Directorate-General for Competition, 2020, ISBN 978-92-76-22775-5. [cit. Larouche, 2020].

Lenaerts, Koen & Gutiérrez-Fons, José A., To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, EUI Working Paper, Academy of European Law, 2013, ISSN 1831-4066.

Mańko, Rafał, EU competence in private law, In-depth Analysis, EPRS | European Parliamentary Research Service, 2015, ISBN 978-92-823-6448-2. [cit. Mańko, 2015].

Monti, Giorgio, The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement, TILEC Discussion Paper, 2021-02-22, ISSN 1572-4042. [cit. Monti, 2021].

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur AB, 2 uppl., 2018, ISBN 9789144116761. [cit. Nääv, 2018].

Tidskrifter

Borck, Jonathan, Caminade, Juliette & von Wartburg, Markus, A Global Perspective on the Apple App Store Ecosystem, Analysis Group, 2021 <<https://www.apple.com/newsroom/pdfs/apple-app-store-study-2020.pdf>>.

Fernández, Cani, A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 12, Issue 4, April 2021, Pages 271–272 <<https://academic.oup.com/jeclap/article/12/4/271/6224264>>. [cit. Fernández, 2021].

Geradin, Damien & Katsifis, Dimitrios, The Antitrust Case Against the Apple App Store, Journal of Competition Law & Economics, Volume 17, Issue 3, September 2021, Pages 503-585 <<https://doi.org/10.1093/joclec/nhab003>>. [cit. Geradin, 2021].

Podszun, Rupperecht, Bongartz, Philipp & Langenstein, Sarah, Proposals on how to improve the Digital Markets Act, 2021 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788571>.

Internetkällor

Alcantara, Chris, Schaul, Kevin, De Vynck, Gerrit & Albergotti, Reed, How Big Tech got so big: Hundreds of acquisitions, 2021 <<https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2021/amazon-apple-facebook-google-acquisitions/>> (besökt 2021-12-03).

Android for Developers, Google Play <<https://developer.android.com/distribute>> (besökt 2021-12-14).

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato <<https://www.agcm.it/>> (besökt 2022-01-03).

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, A528 - Amazon: avviata istruttoria su possibile abuso di posizione dominante in marketplace e-commerce e servizi di logistica, 2019-04-10, <<https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2019/4/Amazon-avviata-istruttoria-su-possibile-abuso-di-posizione->

dominante-in-marketplace-e-commerce-e-servizi-di-logistica> (besökt 2022-01-03).

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, A528 - Antitrust - Amazon fined over € 1,128 billion for abusing its dominant position <<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/12/A528>> (besökt 2021-12-11).

Autoriteit Consument & Markt <<https://www.acm.nl/nl>> (besökt 2022-01-03).

Autoriteit Consument & Markt, ACM launches investigation into abuse of dominance by Apple in its App Store <<https://www.acm.nl/en/publications/acm-launches-investigation-abuse-dominance-apple-its-app-store>> (besökt 2021-12-28).

BBC News, How much power does tech 'big four' have?, 2020 <<https://www.bbc.com/news/av/world-us-canada-53575974>> (besökt 2021-12-03).

Bundeskartellamt,

<https://www.bundeskartellamt.de/DE/Home/home_node.html> (besökt 2022-01-03).

Bundeskartellamt, B2-88/18 Amazon, 2019-07-17, <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.html?nn=3599398>> (besökt 2022-01-03).

CNBC LLC., Facebook criticizes Apple as it welcomes Europe's new tech rules, 2020-12-17 <<https://www.cnbc.com/amp/2020/12/16/facebook-criticizes-apple-as-it-welcomes-europes-new-tech-rules.html>>, (besökt 2021-12-25).

CNMC, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia <<https://www.cnmc.es/en/sobre-la-cnmc/organigrama>> (besökt 2021-12-05).

Conor Sen, The 'Big Five' Could Destroy the Tech Ecosystem, 2017 <<https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2017-11-15/the-big-five-could-destroy-the-tech-ecosystem>> (besökt 2021-12-03).

European Commission, Competition: EU-US launch Joint Technology Competition Policy Dialogue to foster cooperation in competition policy and enforcement in

technology sector, 2021-12-08
<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6671> (besökt 2022-01-03).

European Commission, Competition Policy, AT.39740 Google Search (Shopping)
<https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740> (besökt 2021-12-29).

European Commission, Competition Policy, AT.40099 Google Android
<https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099> (besökt 2021-12-29).

European Commission, Competition Policy, AT.40411 Google Search (AdSense)
<https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40411> (besökt 2021-12-29).

European Commission, DG COMP, Organisation chart
<https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/organisation-chart-dg-comp_en_7.pdf> (besökt 2022-01-03).

European Commission, EXECUTIVE VICE-PRESIDENT (2019-2024)
<https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager_en>
(besökt 2021-12-13).

European Commission, Feedback from: Giorgio Monti, F2661354, 05 July 2021
<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13058-Horizontal-agreements-between-companies-revision-of-EU-competition-rules/F2661354_en> (besökt 2021-12-16).

European Commission, Feedback from: Microsoft Corporation, F2256709, 2021-05-03,
<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers/F2256709_en>
(besökt 2021-12-25).

European Commission, National Competition Authorities,
<https://ec.europa.eu/competition-policy/antitrust/national-competition-authorities_en> (besökt 2022-01-03). [cit. EC NCA].

European Commission, Register of Commission Expert Groups and Other Similar Entities, Damien Geradin <<https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/members/consult?do=memberDetail.memberDetail&memberID=70239&orig=group>> (besökt 2021-12-15).

European Commission, Register of Commission Expert Groups and Other Similar Entities, Economic Advisory Group on Competition Policy (E02811) <<https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupID=2811>> (besökt 2022-01-03).

European Parliament, CV Alexandre de Streel <<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/108760/CV%20de%20Streel.pdf>> (besökt 2022-01-01).

European Parliament, Subject: Official complaint by Spotify against Apple for discrimination and Apple Music's unfair advantage over Spotify: the power of digital platforms, 2019-09-26 <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2019-002996_EN.html> (besökt 2022-01-02).

Europeiska kommissionen, Generaldirektoratet för konkurrens (GD Konkurrens) <https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en> (besökt 2021-12-13).

Europeiska kommissionen, Prof. Dr. Heike Schweitzer, LL.M. (Yale) <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/cv-schweitzer_en.pdf> (besökt 2021-12-13).

Europeiska unionens publikationsbyrå, Publikationsuppgifter, Competition policy for the digital era <<https://op.europa.eu/sv/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1>> (besökt 2021-12-13).

Financial Times, The Economics of Big Tech, 2018 <<https://www.ft.com/economics-of-big-tech>> (besökt 2021-12-03).

Imperial College London, Yves-Alexandre de Montjoye <<https://www.imperial.ac.uk/machine-learning/people/>> (besökt 2021-12-13).

LinkedIn, Caroline Greer <<https://be.linkedin.com/in/caroline-greer-a287041>> (besökt 2021-12-25).

LinkedIn, Sinéad McSweeney <<https://ie.linkedin.com/in/sin%C3%A9ad-mcsweeney-2473b322>> (besökt 2021-12-25).

LinkedIn, Top Companies 2021: The 50 best workplaces to grow your career in the U.S., 2021 <<https://www.linkedin.com/pulse/top-companies-2021-50-best-workplaces-grow-your-career-us-/>> (besökt 2021-12-04).

Martín-Laborda, Antonio Robles, THE RELEVANCE OF NETWORK EFFECTS IN THE MERGER CONTROL OF ONLINE PLATFORMS, 2018 <https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/antonio_robles_martin_laborda.pdf> (besökt 2022-01-03).

Reuters, Supantha Mukherjee, Foo Yun Chee, William Maclean, Facebook takes swipe at Apple while supporting draft EU rules, 2020-12-15 <<https://www.reuters.com/article/eu-tech-facebook-int-idUSKBN28P2O5>> (besökt 2021-12-25).

Statista, About us, <<https://www.statista.com/aboutus/>> (besökt 2021-12-14).

Svenska Akademiens ordlista (SAOL), app <<https://svenska.se/saol/?sok=app&pz=1>> (besökt 2021-12-28).

Svenska Akademiens ordlista (SAOL), smartmobil, 2015 <<https://svenska.se/tre/?sok=smartmobil+&pz=1>> (besökt 2021-12-28).

Svenska Akademiens ordlista (SAOL), smartphone, 2015 <<https://svenska.se/tre/?sok=smartphone&pz=1>> (besökt 2021-12-28).

Svensk ordbok (SO), Folkrätt, 2021, <<https://svenska.se/tre/?sok=Folkr%C3%A4tt&pz=1>> (besökt 2021-11-25).

Tilburg University, Damien Geradin <<https://research.tilburguniversity.edu/en/persons/damien-geradin>> (besökt 2021-12-14).

Tilburg University, prof. Giorgio Monti <<https://www.tilburguniversity.edu/staff/g-monti>> (besökt 2021-12-16).

Toulouse School of Economics, Jacques Crémer <<https://www.tse-fr.eu/people/jacques-cremer>> (besökt 2021-12-13).

Université de Montréal, Law Faculty, <<https://droit.umontreal.ca/en/faculty/the-team/professors/details/in/in28933/sg/Pierre%20Larouche/>> (besökt 2022-01-01).

Wikipedia, Amazon Appstore <https://en.wikipedia.org/wiki/Amazon_Appstore> (besökt 2021-12-31).

Wikipedia, Ex-ante <<https://en.wikipedia.org/wiki/Ex-ante>> (besökt 2021-12-29).

Wikipedia, Ne bis in idem <https://sv.wikipedia.org/wiki/Ne_bis_in_idem> (besökt 2021-12-22).

W. Johnson, Mark, Harvard Business Review, Do the U.S.'s Big Four Tech Companies Have a Vision for the Future?, 2020 <<https://hbr.org/2020/07/do-the-u-s-s-big-four-tech-companies-have-a-vision-for-the-future>> (besökt 2021-12-03).

World Economic Forum, Personal Data: The Emergence of a New Asset Class, 2011, s. 7 <https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf> (besökt 2021-12-15).

Yves-Alexandre de Montjoye <<http://www.demontjoye.com/>> (besökt 2021-12-13).

Statistik

Statista, Global smartphone penetration rate as share of population from 2016 to 2020 <<https://www.statista.com/statistics/203734/global-smartphone-penetration-per-capita-since-2005/>> (besökt 2021-12-24).

Statista, Google Play: annual consumer spending on mobile apps 2016-2021, 2021-12-10 <<https://www.statista.com/statistics/444476/google-play-annual-revenue/>> (besökt 2021-12-25).

Statista, Market capitalization of largest companies in S&P 500 Index as of November 19, 2021 <<https://www.statista.com/statistics/1181188/sandp500-largest-companies-market-cap/>> (besökt 2021-12-04).

Statista, Market share of mobile operating systems worldwide 2012-2021, 2021-06-29 <<https://www.statista.com/statistics/272698/global-market-share-held-by-mobile-operating-systems-since-2009/>> (besökt 2021-12-23). [cit. Statista, Market share of OS].

Statista, Number of apps available in leading app stores 2021, 2021-12-14 <<https://www.statista.com/statistics/276623/number-of-apps-available-in-leading-app-stores/>> (besökt 2021-12-23). [cit. Statista, Number of apps, 2021].

Statista, Time spent with nonvoice activities on mobile phones every day in the United States from 2019 to 2023 <<https://www.statista.com/statistics/1045353/mobile-device-daily-usage-time-in-the-us/>> (besökt 2021-12-24).

The World Bank, GDP (current US\$) - European Union <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=EU&most_recent_value_desc=true> (besökt 2022-01-04).

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

EU-domstolen

Mål 26/62, NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen, ECLI:EU:C:1963:1.

Mål 6/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L., ECLI:EU:C:1964:66.

Mål 6/72, Europemballage Corporation och Continental Can Company Inc. mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:C:1973:22.

Mål 27/76, United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:C:1978:22.

Mål 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:C:1979:36.

Mål 31/80, NV L'Oréal och SA L'Oréal mot PVBA "De Nieuwe AMCK", ECLI:EU:C:1980:289.

Mål 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:C:1983:313.

Mål 292/82, Firma E. Merck mot Hauptzollamt Hamburg-Jonas, ECLI:EU:C:1983:335.

Mål 337/82, St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik, Gustav Kniepf-Melde GmbH mot Hauptzollamt Krefeld, ECLI:EU:C:1984:69.

Mål 311/84, SA Centre belge d'études de marché - telemarketing (CBEM) mot SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) och SA Information publicité Benelux (IPB), ECLI:EU:C:1985:394.

Mål C-62/86, AKZO Chemie BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:C:1991:286.

Mål C-333/94 P, Tetra Pak International SA mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:1996:436.

Mål C-306/96, Javico International och Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP), ECLI:EU:C:1998:173.

Förenade målen C-215/96 och C-216/96, Carlo Bagnasco m.fl. mot Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP) (C-215/96) och Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige) (C-216/96), ECLI:EU:C:1999:12.

Förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) och Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2000:132.

Mål C-376/98, Förbundsrepubliken Tyskland mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, ECLI:EU:C:2000:544.

Mål C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner mot Landkreis Südwestpfalz, ECLI:EU:C:2001:577.

Förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, ECLI:EU:C:2004:6.

Mål C-552/03 P, Unilever Bestfoods (Ireland) Ltd mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2006:607.

Mål C-407/04 P, Dalmine SpA mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2007:53.

Mål C-95/04 P, British Airways plc mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2007:166.

Mål C-52/07, Kanal 5 Ltd och TV 4 AB mot Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa., ECLI:EU:C:2008:703.

Mål C-202/07 P, France Télécom SA mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2009:214.

Mål C-280/08 P, Deutsche Telekom AG mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2010:603.

Mål C-52/09, Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB, ECLI:EU:C:2011:83.

Mål C-17/10, Toshiba Corporation m.fl. mot Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, ECLI:EU:C:2012:72.

Mål C-209/10, Post Danmark A/S mot Konkurrenterådet, ECLI:EU:C:2012:172.

Mål C-549/10 P, Tomra Systems ASA m.fl. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2012:221.

Mål C-457/10 P, AstraZeneca AB och AstraZeneca plc mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2012:770.

Mål C-295/12 P, Telefónica SA och Telefónica de España SAU mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2014:2062.

Mål C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd mot ZTE Corp. och ZTE Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2015:477.

Mål C-23/14, Post Danmark A/S mot Konkurrenterådet, ECLI:EU:C:2015:651.

Mål C-413/14 P, Intel Corp. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:C:2017:632.

Mål C-177/16, Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība mot Konkurences padome, ECLI:EU:C:2017:689.

Mål C-179/16, F. Hoffmann-La Roche m.fl., ECLI:EU:C:2018:25.

Mål C-525/16, MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA mot Autoridade da Concorrência, ECLI:EU:C:2018:270.

Tribunalen

Mål T-30/89, Hilti AG mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:T:1991:70.

Mål T-65/89, BPB Industries Plc och British Gypsum Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:T:1993:31.

Mål T-83/91, Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission, ECLI:EU:T:1994:246.

Förenade målen T-24/93, T-25/93, T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports SA och Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. och Nedlloyd Lijnen BV mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:1996:139.

Mål T-111/96, ITT Promedia NV mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:1998:183.

Mål T-228/97, Irish Sugar plc mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:1999:246.

Mål T-128/98, Aéroports de Paris mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2000:290.

Mål T-139/98, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2001:272.

Förenade målen T-191/98, T-212/98 till T-214/98, Atlantic Container Line AB m.fl. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2003:245.

Mål T-203/01, Manufacture française des pneumatiques Michelin mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2003:250.

Mål T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2003:281.

Mål T-219/99, British Airways plc mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2003:343.

Mål T-340/03, France Télécom SA mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2007:22.

Mål T-201/04, Microsoft Corp. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2007:289.

Mål T-66/01, Imperial Chemical Industries Ltd mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2010:25.

Mål T-321/05, AstraZeneca AB och AstraZeneca plc mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2010:266.

Mål T-336/07, Telefónica, SA och Telefónica de España, SA mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2012:172.

Mål T-398/07, Konungariket Spanien mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2012:173.

Mål T-79/12, Cisco Systems, Inc. och Messagenet SpA mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2013:635.

Mål T-286/09, Intel Corp. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2014:547.

Mål T-556/08, Slovenská pošta a.s. mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2015:189.

Mål T-380/17, HeidelbergCement AG och Schwenk Zement KG mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2020:471.

Mål T-691/18, KPN BV mot Europeiska kommissionen, ECLI:EU:T:2021:43.

Mål T-612/17, Google och Alphabet mot Europeiska kommissionen (Google Shopping), ECLI:EU:T:2021:763.

EU-kommissionen

COMMISSION DECISION of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), C(2004)900 final. [cit. Kommissionens beslut, C-3/37.792 Microsoft, 2004].

COMMISSION DECISION of 21/08/2007 declaring a concentration to be compatible with the common market and the EEA Agreement (Case No COMP/M.4523 - TRAVELPORT/ WORLDSPAN), C(2007)3938.

Case No COMP/M.5727 - MICROSOFT/ YAHOO! SEARCH BUSINESS, C(2010) 1077, 2010-02-18.

Case No COMP/M.6281 - MICROSOFT/ SKYPE, C(2011)7279 , 2011-10-07.

COMMISSION DECISION of 22 June 2011 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) (COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska). [cit. Kommissionens beslut, COMP/39.525 Telekomunikacja, 2011].

Case No COMP/M.6381 - GOOGLE/ MOTOROLA MOBILITY, C(2012) 1068, 2012-02-13.

Case No COMP/M.7047 - MICROSOFT/ NOKIA, C(2013)8873, 2013-12-04. (M.7047 Microsoft/ Nokia).

Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP, C(2014) 7239 final, 2014-10-03. [cit. M.7217 Facebook/WhatsApp, 2014].

Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn, C(2016) 8404 final, 2016-12-06. [cit. Case M.8124, Microsoft/LinkedIn, 2016].

COMMISSION DECISION of 4.5.2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and Article 54 of the EEA Agreement Case AT.40153 – E-book MFNs and related matters, C(2017) 2876 final.

COMMISSION DECISION of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 - Google Search (Shopping)), C(2017) 4444 final. [cit. Kommissionens beslut, AT.39740 Google Shopping, 2017].

COMMISSION DECISION of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40099 – Google Android), C(2018) 4761 final. [cit. Kommissionens beslut, AT.40099 Google Android, 2018].

COMMISSION DECISION of 20.3.2019 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (AT.40411 - Google Search (AdSense)), C(2019) 2173 final. [cit. Kommissionens beslut, AT.40411 Google AdSense, 2019].

Press Release, AT.40437 Apple - App Store Practices (music streaming), 2020-06-16. [cit. Pressmeddelande, AT.40437 App Store music, 2020].

Press Release, AT.40452 Apple - Mobile payments, 2020-06-16. (Pressmeddelande, AT.40452 Apple Mobile payments).

Press Release, AT.40652 Apple – App Store Practices (e-books/audiobooks), 2020-06-16.

Opening of Proceedings, AT.40716 Apple - App Store Practices, 2020-06-16. [cit. Öppning av förfarande, AT.40716 App Store Practices, 2020].

Press Release, AT.40462 Amazon Marketplace, 2020-11-10. [cit. Pressmeddelande, AT.40462 Amazon Marketplace, 2020].

Press Release, AT.40703 Amazon - Buy Box, 2020-11-10. [cit. Pressmeddelande, AT.40703 Buy Box, 2020].

Opening of Proceedings, AT.40684 Facebook leveraging, 2021-06-04. [cit. Öppning av förfarande, AT.40684 Facebook, 2021]

Press Release, AT.40684 Facebook leveraging, 2021-06-04. (Pressmeddelande, AT.40684 Facebook).

USA

United States District Court Northern District of California, Epic Games, Inc. (Plaintiff), vs. Apple Inc. (Defendant), Case 4:20-cv-05640-YGR, Document 407, Filed 04/08/21 (<<https://cand.uscourts.gov/wp-content/uploads/cases-of-interest/epic-games-v-apple/Epic-Games-20-cv-05640-YGR-Dkt-407-Epic-Games-Proposed-Findings-of-Facts-and-Conclusions-of-Law.pdf>>).

United States District Court Northern District of California, Epic Games, Inc. (Plaintiff), vs. Apple Inc. (Defendant), Case 4:20-cv-05640-YGR, Document 814, Filed 09/10/21 (<<https://cand.uscourts.gov/wp-content/uploads/cases-of-interest/epic-games-v-apple/Epic-v.-Apple-20-cv-05640-YGR-Dkt-814-Judgment.pdf>>).

New York State Attorney General, United States District Court Northern District of California San Francisco Division, Case 3:21-cv-05227, Document 1, Filed 07/07/21,

(<https://ag.ny.gov/sites/default/files/utah_v_google.1.complaint_redacted.pdf>).