

# ***Big data - en oundgänglig resurs?***

## **Den konkurrensrättsliga principen om nödvändiga nyttigheter och *Digital Markets Act* i relation till *big data* i den digitala sektorn**

Wojciech Goralczyk

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH13

HT22



**LUNDS UNIVERSITET**  
Ekonomihögskolan



# Innehållsförteckning

<b>1. Inledning .....</b>	<b>9</b>
1.1. Bakgrund .....	9
1.2. Syfte och frågeställningar .....	10
1.3. Avgränsningar .....	11
1.4. Metod och material .....	12
1.5. Disposition .....	14
<b>2. Nödvändiga nyttigheter inom EU-rätten .....</b>	<b>15</b>
2.1. Inledning .....	15
2.2. Missbruk av dominerande ställning enligt art 102 FEUF i relation till principen om nödvändiga nyttigheter .....	17
2.2.1 Relevant marknad .....	19
2.2.2. Dominerande ställning .....	22
2.2.3. Missbruk av dominerande ställning genom vägran .....	23
2.3. Nödvändiga nyttigheter som en utvecklad princip inom EU-rätten .....	25
2.3.1. Commercial Solvents .....	25
2.3.2. BP .....	26
2.3.3. Magill .....	27
2.3.4. IMS Health .....	29
2.3.5. Bronner .....	30
2.3.6. Microsoft .....	31
2.4. Innebörd av principen om nödvändiga nyttigheter .....	33

2.5. Sammanfattning.....	35
<b>3. Big data i relation till principen om nödvändiga nyttigheter och Digital Markets Act .....</b>	<b>37</b>
3.1. Inledning.....	37
3.2. Big data som en nödvändig nyttighet? .....	38
3.2.1. Definition av big data .....	38
3.2.2. Big data som en viktig insats på marknaden .....	39
3.2.3. Big data i relation till principen om nödvändiga nyttigheter.....	40
3.2.4. Digital Markets Act.....	42
3.2.4.1 Grindvakt .....	44
3.2.4.2 Grindvaktens skyldigheter avseende big data.....	46
3.2.4.3 Undantag.....	48
3.3. Slutsatser.....	48
<b>4. Sammanfattning och slutsatser.....</b>	<b>52</b>

# Summary

The digital sector of the EU's single market is playing an increasingly significant role in the economy, and a new type of resource that is becoming more important within it is known as *big data*. Companies providing core platform services are often in control of *big data*, which in turn can be an indispensable input resource for other companies operating in the digital sector. A company's refusal to make *big data* available may, under certain circumstances, be against the law, either in light of EU competition law, in the form of Article 102 TFEU on abuse of a dominant position and the essential facilities doctrine, or the newly introduced Digital Markets Act. The Digital Markets Act imposes an obligation on companies that meet certain concrete and quantitative thresholds, and are thus designated as gatekeepers, to make big data available to their business users and relevant third parties, which in some cases may be the gatekeeper's competitors. The essential facilities doctrine revolves around four requirements for the assessment of abuse of dominance by refusal: the indispensability of the requested resource, the impact of the refusal on competition in the derivative market, the impact of the refusal on the possibility of introducing a new product, and special circumstances such as the absence of an objectively acceptable reason for the dominant party's refusal. This paper examines the meaning of the essential facilities doctrine in relation to refusals to make big data available and the meaning of the Digital Markets Act in relation to obligations to make big data available.

Keywords: essential facilities, essential facilities doctrine, art 102 TFEU, abuse of dominant position, refusal, *big data*, *Digital Markets Act*



# Sammanfattning

Den digitala sektorn av EU:s inre marknad har en allt mer betydande roll i ekonomin, och en ny typ av resurs som spelar en allt större roll i det är *big data*. Ett fåtal företag som tillhandahåller centrala plattformstjänster befinner sig ofta i kontroll av *big data*, som i sin tur kan utgöra en oundgänglig ingångsresurs för andra företag verksamma inom den digitala sektorn. Ett företags vägran att tillgängliggöra *big data* kan under vissa förutsättningar strida mot den gällande rätten, antingen mot bakgrund av EU:s konkurrensrätt i form av art 102 FEUF om missbruk av dominerande ställning och principen om nödvändiga nyttigheter, eller den nyintroducerade *Digital Markets Act*. *Digital Markets Act* ålägger de företag som uppnår vissa konkreta och kvantitativa trösklar, och som därmed designeras som grindvakter, en skyldighet att tillgängliggöra *big data* för sina företagsanvändare och relevanta tredje parter, som i vissa fall kan vara grindvaktens konkurrenter. Principen om nödvändiga nyttigheter kretsar kring fyra kriterier för bedömning av missbruk av dominerande ställning genom vägran: den efterfrågade resursens oundgänglighet, vägrans verkningar på konkurrensen på den härledda marknaden, vägrans påverkan på möjligheter till introduktion av en ny produkt, samt särskilda omständigheter som avsaknad av ett objektiva godtagbart skäl bakom dominantens vägran. Uppsatsen undersöker innebörden av principen av nödvändiga nyttigheter i relation till vägran av tillgängliggörande av *big data* samt innebörden av *Digital Markets Act* i relation till skyldigheter att tillgängliggöra *big data*.

Nyckelord: nödvändiga nyttigheter, principen om nödvändiga nyttigheter, art 102 FEUF, missbruk av dominerande ställning, vägran, *big data*, *Digital Markets Act*





# Förord

Jag skulle vilja tacka Alflexandra Gäddnäs, David Beskhem, Marta Brejwo och Anna Ström Lind för allt mentalt stöd i mitt arbete med denna uppsats. Ett särskilt tack även till min handledare, Siri Silvereke, för all hjälp och all förståelse.

Tack Blekingska nationen, Kuratorskollegiet och Studentlund.



# Förkortningar

Art	artikel
EU	Europeiska Unionen
EUD	Europeiska Unionens Domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt



# 1. Inledning

## 1.1. Bakgrund

Den digitala sektorn av den inre marknaden, inbegripet alla digitala tjänster och varor som erbjuds, växer snabbt och dess ekonomiska betydelse samt någorlunda ovanliga karaktär gör att den spelar en viktig roll i ekonomin.<sup>1</sup> 2019 ansvarade den digitala sektorn för ca mellan 4,5% - 15,5% av världens totala BNP.<sup>2</sup> Från Europeiska Unionens (härefter: EU) perspektiv, genom att erbjuda digitala tjänster och varor bedriver man oftast gränsöverskridande verksamhet som stimulerar den inre marknaden, även genom teknisk utveckling och innovation.<sup>3</sup>

Ett antal stora företag verksamma inom den digitala sektorn på den inre marknaden har under de senaste åren nått en betydande ekonomisk styrka genom att befinna sig i kontroll av en resurs för vilken det finns en ständigt växande efterfrågan, nämligen data.<sup>4</sup> Att både ha en betydande styrka på marknaden, kanske även en dominerande ställning, och kontrollera en efterfrågad resurs som är nödvändig för att andra företag ska kunna bedriva näringsverksamhet, medför en risk för att konkurrensen på den inre marknaden snedvrids genom väsentliga inträdeshinder, exempelvis när ett företag som kontrollerar resursen vägrar att tillgängliggöra den för sina konkurrenter.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 [DMA], skäl 1

<sup>2</sup> Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn, COM(2020) 842, 2020/0374 (COD), s. 1

<sup>3</sup> skäl 1 DMA

<sup>4</sup> skäl 3 DMA

<sup>5</sup> Ibid.

En särskild typ av data som utgör en mycket värdefull resurs är *big data*.<sup>6</sup> *Big data* kan sammanfattas som de stora och komplexa mängder av data som samlas in och som kräver vidare omarbetning såsom extrahering och analys för att kunna användas i olika sammanhang.<sup>7</sup> I skrivande stund finns det ingen rättsligt bindande definition av just *big data*, samtidigt som dess roll som resurs på den inre marknaden växer. Tillgång till *big data*, precis som otaliga mängder andra resurser, kan beroende på sammanhang visa sig vara oundgänglig och nödvändig för att vissa företag ska kunna bedriva näringsverksamhet. Problematiken av *big data* som en efterfrågad och potentiellt oundgänglig resurs utgör alltså en högst relevant utgångspunkt för diskussion vad som gäller unionens konkurrensrättsliga bestämmelserna och principerna samt rättsutveckling på området av den digitala sektorn.

## 1.2. Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att beskriva, förklara och analysera den gällande rätten avseende principen om nödvändiga nyttigheter med utgångspunkt i art 102 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och principens applicerbarhet på *big data*, samt att undersöka innebörden av Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 (även känd som *Digital Markets Act*, härfter just: *Digital Markets Act*) avseende ett företags skyldighet att tillgängliggöra den typ av data som kan klassificeras som *big data*.

För att uppnå syftet bakom denna uppsats kommer innebörden av principen om nödvändiga nyttigheter att undersökas mot bakgrund av art 102 FEUF och prejudikat.

---

<sup>6</sup> Qi, Juan, *Application of essential facilities doctrine to "big data": US and EU perspectives* [2019], E.C.L.R 40 (4), s. 182 [cit. Qi]

<sup>7</sup> Graef, Inge, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolter Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016, s. 125 [cit. Graef]

Även *Digital Markets Act* som träder ikraft i sin helhet den 2 maj 2023 - med undantag för vissa artiklar som tillämpas redan nu från och med den 1 november 2022 eller som ska börja tillämpas senare från och med den 25 juni 2023 - kommer att undersökas eftersom den är en nyhet på området, och kan uppfattas som en harmoniserande och preventiv komplettering av konkurrensrätten inom den digitala sektorn, i synnerhet vad som gäller sammanhanget av ett företags skyldighet att tillgängliggöra *big data*.<sup>8</sup> *Digital Markets Act* är alltså en tillkommande lagstiftning som, trots att den inte utgör en konkurrensrättslig källa och ska därmed inte påverka tillämpningen av art 102 FEUF<sup>9</sup>, syftar på att vidare reglera ett område som kan överlappa med art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter<sup>10</sup>.

För att uppnå syftet med uppsatsen kommer följande frågeställning att besvaras: under vilka förutsättningar är det förbjudet för ett företag som tillhandahåller en central plattformstjänst, och som bedriver gränsöverskridande ekonomisk verksamhet på den inre marknaden, att vägra tillgängliggöra *big data* för andra företag mot bakgrund av principen om nödvändiga nyttigheter samt i enlighet med *Digital Markets Act*?

### **1.3. Avgränsningar**

Inom ramarna för denna uppsats kommer stort fokus att läggas på data, mer specifikt de dynamiska och stora mängder av data som ofta karakteriseras som *big data*. Andra uppfattningar av data inom den digitala sektorn, exempelvis som betalningsmedel eller den nya valutan<sup>11</sup>, som grund till interoperabilitet, eller bara som personuppgifter, kommer att bortses ifrån då uppsatsen tar sikte på *big data* som en dynamisk samling av stora datamängder och som en efterfrågad resurs, nytthet, insats på marknaden, som kan fungera i olika sammanhang och ha en påverkan på diverse marknadsförhållanden.

---

<sup>8</sup> skäl 5 DMA

<sup>9</sup> art 1.6 DMA

<sup>10</sup> skäl 11 DMA

<sup>11</sup> Graef, s. 126

Även dataskyddsrättsliga frågor och GDPR-perspektivet kommer att lämnas utanför ramarna för denna uppsats då överväganden kring slutanvändarnas samtycke och sätt för datas insamling eller lagring är inte relevanta för frågeställningen, och eftersom *big data* inte kan jämföras med personuppgifter då inte all data kan spåras tillbaka till, syftar på, eller innehåller information om någon fysisk person.<sup>12</sup> Även immaterialrättsligt perspektiv (t.ex. upphovsrättslig synvinkel på data såsom t.ex. inlägg på sociala medier) utelämnas ur uppsatsen på grund av brist av relevans för frågeställningen. Vissa rättsfall som är centrala för utvecklingen av principen om nödvändiga nyttigheters innebörd, och som handlar om vägran avseende immateriella rättigheter, kommer att analyseras om de medförde något nytt i relation till de universella förutsättningarna för bedömning av missbruk av dominerande ställning, men frågan om överlappning mellan konkurrensrätten och immateriella rättigheter kommer att lämnas utanför ramen för denna uppsats.

Enligt art 3.1 (b) FEUF har unionen exklusiv befogenhet när det gäller ”[f]astställandet av de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion”. Uppsatsen tar därför sikte endast på det EU-rättsliga perspektivet eftersom EU-rättslig lagstiftning är gällande inom hela unionen, till skillnad från eventuella lokala och kompletterande nationella lagstiftningar. Därför kommer företeelsen att undersökas endast med utgångspunkt i form av företag som bedriver gränsöverskridande verksamhet på den inre marknaden.

#### **1.4. Metod och material**

Vid författandet av denna uppsats har jag använt mig av den EU-rättsliga metoden, vilket innebär att nyckeln till tolkningen av det som är gällande lag blir de europeiska domstolarnas tolkningsmetoder.<sup>13</sup> Principen om nödvändiga nyttigheter grundar sig i den europeiska primärrätten, mer konkret art 102 FUEF,

---

<sup>12</sup> Graef, s. 129

<sup>13</sup> Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida, ”EU-rättslig metod : teori och genomslag i svensk rättstillämpning”, Norstedts Juridik, 2. omarb. uppl., Stockholm 2011, s. 21 [cit. Hettne/Otken]



vilken i sin tur har genom åren teleologiskt, alltså - fritt och mot bakgrund av syftet med lagstiftningen<sup>14</sup>, tolkats av EUD.

Eftersom principen om nödvändiga nyttigheter utvecklats främst av EUD, har jag undersökt de rättsfall som enligt doktrinen introducerats något nytt på området. Även hänvisningar till fall från Tribunalen och beslut av Kommissionen förekommer och fungerar som stöd i resonemanget, även om de saknar lika stark betydelse. Många bestämmelser i de europeiska primär- och sekundärrättskällorna kan i praktiken uppfattas som någorlunda ospecifika när det gäller avsaknad av viktiga definitioner och okonkreta formuleringar som öppnar dörren till inkonsekventa tolkningar. Detta dock med anledning av en viss strävan efter optimering av lagsystemet.<sup>15</sup>

Eftersom kärnan av uppsatsen fokuserar på en rättslig princip som hittar sin grund i primärrätten och sekundärrätten, kommer stort vikt läggas på undersökning av art 102 FEUF tillsammans med ett antal tillkännagivanden från Kommissionen avseende definitioner av några centrala begrepp för art 102 FEUF. Vidare har även de europeiska domstolarnas avgöranden en mycket viktig roll i denna undersökning då primär- och sekundärrätten i form av fördraget, Kommissionens beslut och tillkännagivanden har antingen inte varit tillräckligt konkreta, med tanke på avsaknad av centrala definitioner m.m., eller introducerat ibland motstridiga, oklara och högst sammanhangsberoende krav, förutsättningar. Urvalet av rättsfall inom ramarna för denna uppsats beror alltså på fallens relevans för framväxten och utvecklingen av principen om nödvändiga nyttigheter. Samtliga rättsfall handlar alltså om missbruk av dominerande ställning genom en vägran att på något sätt prestera mot bakgrund av art 102 FEUF. Detta med anledning av att innebörden av principen om nödvändiga nyttigheter är något som genom åren har utvecklats huvudsakligen just av de europeiska domstolarna, mot bakgrund av art 102 FEUF.

---

<sup>14</sup> Hettne/Otken, s. 36

<sup>15</sup> Ibid.

Även doktrin i form av juridisk litteratur kommer att användas som bakgrund och stöd vid undersökningen av detta rättsliga problem i stort. Trots att principen om nödvändiga nyttigheter grundar sig bl.a. i prejudikat har EUD aldrig uttryckligen nämnt principen. Med det sagt har många relevanta slutsatser och synpunkter utvecklats inom doktrinen med juridisk litteratur som främsta exempel. Urvalet av litteratur baseras på författarens och förlagets eller journalens kredibilitet på det relevanta rättsområdet.

## **1.5. Disposition**

Uppsatsens andra kapitel har som syfte att undersöka den gällande rätten avseende vägran att tillgängliggöra en efterfrågad resurs, nämligen principen om nödvändiga nyttigheter mot bakgrund av art 102 FEUF. Denna del kommer alltså handla om principens rättsliga bakgrund, dess framväxt, tillämpningsområde och innebörd, samt om förutsättningar för tillämpning av art 102 FEUF i stort. Kapitlet tar sikte på reglerna rent konceptuellt och generellt sett, alltså oavsett vilken typ av resurs som efterfrågas och som dominanten vägrar att tillgängliggöra för sina konkurrenter.

Uppsatsens tredje kapitel har som syfte att närmare beskriva *big data* och dess roll inom den digitala sektorn, samt att undersöka principen om nödvändiga nyttigheter i relation till *big data*. Kapitlet kommer även att innefatta en undersökning av de för *big data* relevanta skyldigheter som ett företag, som betecknats som grindvakt, får av *Digital Markets Act*, samt en undersökning av skillnader mellan skyldigheterna i *Digital Markets Act* och förutsättningarna för art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter.

Sista kapitlet består av en sammanfattning av slutsatser och avslutande kommentarer.

## 2. Nödvändiga nyttigheter inom EU-rätten

### 2.1. Inledning

Den konkurrensrättsliga delen av EU:s lagstiftning hittar sin rättsliga grund i art 3.1 b) FEUF, enligt vilken unionen får exklusiv befogenhet vad som gäller ”[f]astställandet av de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion”. Syftet med bl.a. art 102 FEUF är att uppnå de mål som presenteras i art 26 FEUF, mer närmare sagt att upprätta den inre marknaden, alltså ”[e]tt område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs /.../”<sup>16</sup>. Art 102 FEUF tar sikte på ett brett rättsligt problem, nämligen missbruk av dominerande ställning på den inre marknaden.

Principen om nödvändiga nyttigheter (*essential facilities doctrine*) utgör en väldigt spännande del av den konkurrensrättsliga aspekten av Europeiska unionens lagstiftning eftersom, trots att EUD aldrig på något formellt sätt har erkänt principens existens<sup>17</sup>, den syftar på just EUD:s tolkning av kriterierna avseende en typ av missbruk som innefattas av art 102 FEUF, mer konkret - kriterierna som gör att ett företags vägran att prestera gentemot sin konkurrent utgör missbruk av dominerande ställning.<sup>18</sup>

Någon konkret definition av ”nödvändiga nyttigheter” återfinns inte i FEUF, och inte heller i någon annan europeisk primär- eller sekundärrättskälla för den delen. Varken EUD eller Tribunalen har under de kritiska åren för principens framväxt och utveckling uttryckligen nämnt den i något av sina viktiga avgöranden avseende missbruk av dominerande ställning genom vägran, men verkar under de

---

<sup>16</sup> art 26.2 FEUF

<sup>17</sup> Graef, s. 155

<sup>18</sup> Ibid.

senaste åren ha börjat vänja sig vid principens existens som ett stabilt koncept som används i praktiken för att underlätta argumentation, exempelvis när en nationell domstol hänvisade till principen som en del av en tolkningsfråga vid begäran om ett förhandsavgörande i *Compass-Datenbank GmbH mot Republik Österreich*<sup>19</sup>. Begreppet ”nödvändiga nyttigheter” nämns dock av kommissionen i ett flertal beslut redan från 1990-talet<sup>20</sup>.

Trots att det fullständiga namnet för principen sällan förekommer i de europeiska domstolarnas avgöranden så utgör själva principen rent innebördsrättssmässigt en viktig utgångspunkt för undersökning av missbruk av dominerande ställning vid många fall där risken för konkurrensnedvridning blir aktuell mot bakgrund av art 102 FEUF och vid fall som handlar om ett dominerande företags vägran att sälja, ge licens, förhandla m.m. gentemot någon konkurrent på den relevanta marknaden.<sup>21</sup>

Även om något uttryckligt omnämnande av principen om nödvändiga nyttigheter saknas från de europeiska domstolarnas sida så har innebörden och rekvisita för principens tillämpning indirekt diskuterats och omformats genom åren just av Europeiska domstolens och Tribunalens avgöranden i relevanta fall, exempelvis genom att introducera kumulativa och objektiva kriterier för bedömning av outhållbarhet av en efterfrågad resurs som ett företag med dominerande ställning kontrollerar och vägrar tillgängliggöra. Ett brett antal industrier och resurser har behandlats i samband med principens utveckling - från enorma flygplatser, som t.ex. i *Aéroports de Paris mot Europeiska kommissionen*<sup>22</sup>, till bananer i *United*

---

<sup>19</sup> Dom av den 12 juli 2012, *Compass-Datenbank GmbH mot Republik Österreich*, C-138/11, EU:C:2012:449, p 28 och p 33 [*Compass-Datenbank C-138/11*]

<sup>20</sup> Graef s. 155

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Dom av den 24 oktober 2002, *Aéroports de Paris mot Europeiska kommissionen*, C-82/01 P, EU:C:2002:617

*Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*<sup>23</sup>.

Syftet med detta kapitel är att, genom en undersökning av relevanta rättsfall och art 102 FEUF, fastställa ramarna för tillämpning av principen om nödvändiga nyttigheter rent konceptuellt, för att sedan i det nästkommande kapitlet kunna undersöka *big data* som resurs och det regelverk som introduceras i *Digital Markets Act* i relation till principen.

## **2.2. Missbruk av dominerande ställning enligt art 102 FEUF i relation till principen om nödvändiga nyttigheter**

För att förstå principen om nödvändiga nyttigheter och undersöka dess innebörd samt rekvisita behöver man i första hand undersöka regelverket som står bakom principens existens. Principen om nödvändiga nyttigheter är tätt anknuten till art 102 FEUF om missbruk av dominerande ställning.

Artikel 102 FEUF har i skrivande stund följande lydelse:

*”Ett eller flera företags missbruk av en dominerande ställning på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna är, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater, oförenligt med den inre marknaden och förbjudet.*

*Sådant missbruk kan särskilt bestå i att*

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen höga inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,*
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,*
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,*

---

<sup>23</sup> Dom av den 14 februari 1978, *United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission*, 27/76, EU:C:1978:22 [härefter: *United Brands 27/76*]

*d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”*

Det som är värt att påpeka redan nu är att listan på de åtgärder som kan utgöra missbruk av dominerande ställning är en öppen lista, den består alltså av särskilda exempel och ska inte tolkas som på något sätt uttömmande, vilket i sin tur ledde till att principen om nödvändiga nyttigheter kunde genom åren omformas och utvecklas av EUD beroende på sammanhang (typ av marknad, typ av resurs m.m.) och omständigheter i stort. För att undersöka artikelns rent praktiska innebörd måste man definiera begreppen dominerande ställning, relevant marknad och missbruk eftersom alla tre krav måste samtidigt vara uppfyllda för att aktualisera tillämpningen av art 102 och vidare - principen om nödvändiga nyttigheter.

Innan man går vidare och närmare undersöker de tre ovannämnda begreppen bör man i första hand beskriva kärnan bakom den konkurrensrättsliga delen av den europeiska lagstiftningen, nämligen det s.k. *samhandelskriteriet*. Samhandelskriteriet fungerar rent praktiskt som en första förutsättning till att bl.a. art 102 FEUF kan aktualiseras och innebär redan i sig en viktig avgränsning av artikelns tillämpningsområde. En åtgärd som kan utgöra missbruk av dominerande ställning måste, innan de resterande kriterierna gällande t.ex. den relevanta marknaden kommer in i bilden, i första hand bedömas utifrån dess potentiella påverkan på handeln mellan unionens medlemsstater. Även sådana situationer, alltså bestående av åtgärder som kan falla inom ramarna för missbruksbegreppet, som uppstår mellan företag som bedriver näringsverksamhet i en och samma medlemsstat kan påverka den inre marknaden i sin helhet, eller väsentliga delar av den, men de måste inte nödvändigtvis omfattas av unionens konkurrensregler om åtgärden i fråga inte bedöms ha en potentiell påverkan på handeln<sup>24</sup>. Samhandelskriteriet hänvisar alltså på sätt och vis tillbaka till grundtanken med unionens konkurrensrättsliga bestämmelser och är beroende av

---

<sup>24</sup> de la Mano, Miguell; Nazzini, Renato; Faull, Hans Zenger, ”General Principles, Article 102” I Faull, Jonathan och Nikpay, Ali, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3 uppl., Oxford 2014, s. 331 [cit. de la Mano, Nazzini, Faull]

definitionen av den inre marknaden som definieras i fördraget under art 26.2 FEUF som ”ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs /.../”.

En viktig förutsättning till en korrekt tolkning av art 102 FEUF är att man definierar artikelns rättssubjekt, nämligen begreppet ”företag”. I mål *Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH* definierades företag av EUD som ”varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering (...)”<sup>25</sup> Det är dock viktigt att påpeka att även bedömningen av vad som utgör en ”ekonomisk verksamhet” kan medföra en viss grad av osäkerhet t.ex. i fall där vissa offentliga myndigheter inom ramarna för sitt uppdrag tillhandahåller en tjänst mot en avgift. En sådan enhet kan alltså falla utanför artikelns tillämpningsområde när den inte bedriver ekonomisk verksamhet på det relevanta och ifrågasatta området, vilket bestyrkts av EUD i mål *C-138/11 Compass-Datenbank GmbH mot Republik Österreich*<sup>26</sup> i fråga om lagring och utlämning av insamlad data mot avgift, vilket bedömdes inte utgöra ekonomisk verksamhet.

### **2.2.1 Relevant marknad**

För att kunna undersöka ifall ett eller flera företag faktiskt har en dominant ställning bör man i första hand definiera vilken som den relevanta marknaden för bedömning av denna ställning är. Någon definition eller typologi av marknader följer inte av art 102 FEUF. Därför har Kommissionen uttalat sig om det i form av ett tillkännagivande som definierar två ”beståndsdelar” av den relevanta marknaden, nämligen den relevanta geografiska marknaden och den relevanta produktmarknaden<sup>27</sup>. Bedömningen av den relevanta geografiska marknaden beror i stort sett på den relevanta produktmarknaden eftersom Kommissionens definition av den geografiska relevansen förutsätter att en bedömning av relevans avseende produkterna redan har gjorts. Den relevanta marknaden i stort fastställs

---

<sup>25</sup> Dom av den 23 april 1991, *Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, C-41/90, EU:C:1991:161, p. 21

<sup>26</sup> *Compass-Datenbank C-138/11*, pp. 34, 39, 42, 49

<sup>27</sup> Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03) [cit. Kommissionens tillkännagivande - relevant marknad]

sedan genom att man sammankopplar den relevanta produktmarknaden med den relevanta geografiska marknaden.<sup>28</sup>

Enligt Kommissionen omfattar den relevanta produktmarknaden "*alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara*"<sup>29</sup>. Rent praktiskt och i relation till missbruksbegreppet innebär det att varorna eller tjänsterna i fråga måste anses potentiellt utbytbara för att de ska falla i en och samma kategori och utgöra en gemensam produktmarknad, och vidare - uppfylla kravet om relevant marknad. Produkternas eller tjänsternas utbytbarhet kan alltså bedömas utifrån många olika kriterier, bl.a. deras pris, prestanda, eller till och med konsumenternas behov och förväntningar<sup>30</sup>. Exempelvis så tillförde EUD i det välkända målet *United Brands mot Kommissionen* att bananer utgör en egen produktmarknad, genom att de inte är utbytbara med andra frukter, just med anledning av "*bananens speciella egenskaper /.../*" såsom dess "*/.../ mjuka konsistens, avsaknad av kärnor, lätthanterlighet /.../*" som "*/.../ kan uppfylla det varaktiga behov som finns hos en stor del av befolkningen såsom barn, äldre och sjuka*".<sup>31</sup> Kommissionens tillkännagivande följer samma spår och öppnar upp för "*en rad uppgifter som gör det möjligt att bedöma i vilken utsträckning substitution skulle förekomma*"<sup>32</sup>. Just substitution, alltså existens av och tillgång till alternativ som rent empiriskt sett och mot bakgrund av alla omständigheter bedöms vara en del av samma produktmarknad, kan i relation till varans eller tjänstens outhärlighet vara en väsentlig aspekt vid bedömningen av eventuellt missbruk av dominerande ställning vid vägran inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter, vilket följer bl.a. av målet *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV mot Kommissionen*<sup>33</sup> (härefter: *BP-målet*).

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 9

<sup>29</sup> Ibid., p. 7

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> *United Brands* 27/76, pp. 27 - 31

<sup>32</sup> Kommissionens tillkännagivande - Relevant marknad, p. 25

<sup>33</sup> Dom av den 29 juni 1971, *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV mot Kommissionen*, 77/77, EU:C:1978:141 [härefter: *BP 77/77*]



Med det sagt, principen om nödvändiga nyttigheter är applicerbar inte endast i de fall som gäller en och samma marknad, alltså den primära - *upstream* - marknaden. Oftast medför ett missbruk av dominerande ställning genom vägran stora risker för snedvridning av konkurrensen även på härledda - *downstream* - marknader anknutna till den relevanta produktmarknaden, eftersom den härledda marknaden är tätt sammankopplad med den primära marknaden, på sätt och vis nästan beroende av dess existens.<sup>34</sup> Kort sagt kan principen om nödvändiga nyttigheter appliceras på sådana typer av vägran som utgör missbruk av dominerande ställning gentemot ett företag som är beroende av den efterfrågade insatsen för att kunna träda in eller fortsätta bedriva verksamhet på den härledda marknaden.<sup>35</sup> *Downstream*-marknaden är alltså högst relevant för de fall som handlar om nödvändiga nyttigheter och bör undersökas vid bedömningen av missbrukets verkningar, som följer bl.a. av EUD:s resonemang i mål *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot Europeiska gemenskapernas kommission* (härefter: *Commercial Solvents-målet*).<sup>36</sup> Det är däremot viktigt att understryka att den primära marknaden är den relevanta marknaden, och dominansen måste bedömas utifrån företagets ställning på den marknaden.<sup>37</sup> Ju snävare den primära marknaden är, desto större chanser för företaget i fråga att uppnå dominans.<sup>38</sup>

Inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter, i enlighet med EUD:s dom i *IMS Health-målet*, kan den relevanta marknaden definieras som existerande även om dominanten själv inte någonsin erbjudit att sälja den efterfrågade varan överhuvudtaget.<sup>39</sup> Det räcker alltså med att dominanten är i kontroll av insatsen.

---

<sup>34</sup> Graef, s. 210

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Dom av den 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot Europeiska gemenskapernas kommission*, 6/73 och 7/73, EU:C:1974:18 [härefter: *Commercial Solvents 6/73 och 7/73*], p. 22

<sup>37</sup> Graef, s. 215

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Dom av den 29 april 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG*, C-418/01, EU:C:2004:257 [härefter: *IMS Health C-418/01*], pp. 42 - 43

Vad som gäller den relevanta geografiska marknaden har Kommissionen definierat begreppet som *”det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren”*.<sup>40</sup>

### **2.2.2. Dominerande ställning**

En objektiv och saklig prövning av huruvida ett företag har en dominerande ställning på den relevanta marknaden eller inte är kärnan i tillämpningen av art 102 FEUF. Det spelar ingen roll ur konkurrensrättsligt perspektiv om ett medelstort företag som på någon relevant marknad konkurrerar med ett annat företag vägrar att ingå avtal med sin konkurrent när det inte bedöms ha en dominerande ställning - i alla fall mot bakgrund av art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter. Med andra ord kan säljvägran inte på något vis utgöra missbruk av dominerande ställning om dominerande ställning inte föreligger. Bedömningen av dominans utgör alltså en viktig tröskel i relation till art 102 och principen om nödvändiga nyttigheter.

Dominans på den relevanta marknaden, alltså den primära *upstream* marknaden inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter, kan bedömas utifrån många faktorer. Det finns alltså ingen konkret tröskel på t.ex. en viss marknadsandel som alltid konstituerar dominans i rent rättslig mening.<sup>41</sup> Enligt Kommissionen föreligger misstanke om dominans när ett eller flera företag *”skulle kunna agera oberoende av sina konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenterna /.../”*<sup>42</sup>. En dominant ställning kan alltså rimligtvis uppstå som ett resultat av en stor marknadsandel, men bör däremot undersökas mot bakgrund av alla rådande omständigheter på den relevanta marknaden i stort såsom t.ex. hög tröskel för marknadsinträde<sup>43</sup>, marknadsstorleken i sig, antalet kunder relativt till

---

<sup>40</sup> Kommissionens tillkännagivande - Relevant marknad, p. 8

<sup>41</sup> Ibid., pp. 53 - 55

<sup>42</sup> Ibid., p. 10

<sup>43</sup> Ibid.

antalet företag verksamma på marknaden m.m.<sup>44</sup> Kommissionens resonemang följer det som tidigare tillförts av EUD i bl.a. *United Brands*-målet och indirekt i *Commercial Solvents*-målen, nämligen att bedömning av dominerande ställning bör ske mot bakgrund av empiriskt styrkta argument specifika för det aktuella fallet<sup>45</sup>, alltså ”karaktäristiska” omständigheter för dominans<sup>46</sup>, eftersom det inte finns några universella krav eller trösklar som ett företag måste uppfylla för att inneha en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter kan det dock vara värt att påpeka att om det inte finns alternativ till den efterfrågade resursen på den relevanta marknaden, eller om det bedöms osannolikt att ett sådant alternativ eller substitut kommer fram, det företag som är i kontroll av resursen i fråga automatiskt misstänks ha en dominerande ställning.<sup>47</sup>

Det är inte förbjudet enligt art 102 FEUF för ett eller flera företag gemensamt att ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Det som förbjuds är missbruk av den ställningen, alltså åtgärder som medför eller riskerar att konkurrensen på den inre marknaden, eller delar av den, snedvrids.

### **2.2.3. Missbruk av dominerande ställning genom vägran**

När den relevanta marknaden definierats, och en dominerande ställning anses föreligga, kan man gå vidare till den ifrågasatta åtgärd som sägs utgöra missbruk av den dominerande ställningen.

Lagstiftaren presenterar inom ramarna för art 102 FEUF en lista med ganska universella exempel för sådana missbruksåtgärder - från bl.a. oskäligen affärsvillkor till diskriminerande prissättning. EUD och kommissionen har genom åren utvecklat en typologi av missbruk, nämligen missbruk bestående av åtgärder som kan vara exploaterande, exkluderande och diskriminerande.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Ibid., pp. 53 - 54

<sup>45</sup> Ibid., pp. 9 - 18

<sup>46</sup> *United Brands* 27/76, pp. 66 - 67

<sup>47</sup> Graef, s. 215

<sup>48</sup> de la Mano, Nazzini, Faull, s. 387

Även sådana åtgärder som endast medför en framtida risk för snedvridning av konkurrens på den inre marknaden kan klassificeras som missbruk.<sup>49</sup>

En särskild typ av missbruk som är relevant i relation till principen om nödvändiga nyttigheter är vägran. Beroende på vilken typ av insats efterfrågas kan det handla om dominantens vägran att sälja, ge licens, förhandla m.m.

Den mest ofta förekommande typen av vägran är unilateral vägran, där ett företag som har dominerande ställning vägrar att på något sätt rättshandla eller prestera gentemot ett annat företag, till skillnad från kollektiv vägran där fler företag som tillsammans har dominerande ställning genom samordnat förfarande vägrar att leverera den efterfrågade insatsen.<sup>50</sup> Inom ramarna för sådana unilaterala åtgärder kan det handla om absolut vägran i de fall där dominanten, som inte tidigare gentemot företaget i fråga presterat avseende insatsen, helt och hållet vägrar att sälja eller ge licens.<sup>51</sup>

En annan typ av den unilaterala vägran är störning av befintliga leveranser (*disruption of existing levels of supply*), vilket innebär att dominanten slutar leverera helt och hållet eller begränsar sina leveranser - dominanten har alltså sedan tidigare presterat<sup>52</sup>. Ett bra exempel på den typ av vägran kan vara omständigheterna i *BP*-målet, där dominanten begränsade sina leveranser av olja till sina mer slumpmässiga kunder med anledning av oljebrist och prioritering av stamkunderna. Det som är värt att påpeka redan nu är att *BP*:s vägran ansågs inte utgöra missbruk av dominerande ställning inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter på grund av särskilda omständigheter på marknaden.

Även vägran att överhuvudtaget ingå förhandlingar kan utgöra missbruk av dominerande ställning.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Dom av den 14 november 1996, *Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, p. 44

<sup>50</sup> Graef, s. 209

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Graef s. 210

En annan typ av vägran är indirekt vägran. Indirekt vägran innebär inte att dominanten slutar eller överhuvudtaget vägrar att prestera utan att dominanten exempelvis hamnar i otillbörligt och avsiktligt dröjsmål eller påtvingar andra affärsvillkor som bedöms vara oskäligen i relation till den efterfrågade insatsens faktiska värde.<sup>54</sup> Diskriminerande villkor för leveranser faller alltså inom ramarna för den kategorin.<sup>55</sup>

### **2.3. Nödvändiga nyttigheter som en utvecklad princip inom EU-rätten**

Principen om nödvändiga nyttigheter är tillämplig på de fall där ett dominerande företags vägran att på något sätt prestera gentemot sina konkurrenter kan utgöra missbruk av dominerande ställning enligt kriterierna som följer av art 102 FEUF. Konceptet kring nödvändiga nyttigheter härstammar egentligen från USA med USA:s högsta domstol som introducerade begreppet i sin engelska lydelse, *essential facilities*, redan 1912 i ett avgörande i mål *Terminal Railroad*.<sup>56</sup>

Det tog dock många år innan andan bakom principen hittade ett uttryck på den europeiska arenan som en komplimenterande del av tillämpningen av art 102 FEUF i fråga om missbruk av dominerande ställning genom säljvägran. Det allra första europeiska målet där principen om nödvändiga nyttigheter hittade sitt uttryck var *Commercial Solvents*-målet.

#### **2.3.1. Commercial Solvents**

När det gäller *Commercial Solvents*-målet, var det Kommissionen som hävdade i ett föranledande beslut<sup>57</sup> att *Commercial Solvents* hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden och missbrukade sin ställning genom att sluta sälja en råvara - mer konkret aminobutanol som är en nödvändig substans för produktionen av etanbuton - till en av sina konkurrenter på den härledda

---

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, OJ C 45, 24.2.2009, p. 79

<sup>56</sup> Graef, s. 157

<sup>57</sup> Kommissionens beslut nr 72/457/EEG av den 14 december 1972 (EGT nr L 299, 31.12.1972, s. 51, fransk version)

undermarknaden för etanbuton, Zoja. Kommissionen fann att Commercial Solvents säljvägran uppfyllde alla kriterier för att utgöra ett missbruk av dominerande ställning mot bakgrund av art 102 FEUF och att det inte fanns någon objektivt godtagbart skäl för vägran. EUD instämde med detta resonemang och tillförde att en säljvägran som har som syfte att reservera en råvara, i detta fall en sådan råvara som är oundgänglig för tillverkningsprocessen av en s.k. ”reaktionsprodukt”, för att det dominerande företaget själv skulle eventuellt kunna påbörja produktionen av reaktionsprodukten och dominera även på den härledda marknaden utgör missbruk av dominerande ställning även om den medför en risk för eliminering av all konkurrens på den härledda marknaden<sup>58</sup>. Trots att EUD fokuserade på åtgärdens potentiellt konkurrenssnedvridande effekter och inte på t.ex. bedömningen av den efterfrågade resursens oundgänglighet, *Commercial Solvents*-målet utgör en viktig utgångspunkt för framtida fall avseende olika sorters vägran från dominerande företags sida. Ett mål där EUD på något sätt utvidgade innebörden av den efterfrågade resursens oundgänglighet i relation till tillgång till substitut efter *Commercial Solvents*-målet var *BP*-målet.

### **2.3.2. BP**

Oljekrisen i Europa blev ett aktuellt problem för leverantörer av oljeprodukter i början av 1970-talet, vilket gjorde att ett nederländskt företag, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV (härefter: BP) valde att begränsa sina leveranser av olja gentemot vissa företag på den härledda marknaden till fördel av sina stamkunder, som prioriterades i stället och som fick behålla mer eller mindre samma nivåer av leveranser. BP var sedan tvungna att överklaga ett beslut från Kommissionen, som fann att BP:s säljvägran utgjorde missbruk av dominerande ställning eftersom de efterfrågade resurser borde rättvist och jämt distribueras mellan kunderna på den härledda marknaden.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> *Commercial Solvents* 6/73 och 7/73, p. 25

<sup>59</sup> *BP 77/77*, p. 21

EUD övervägde resursens outhärlighet utifrån bl.a. konkurrenternas tillgång till alternativ. I detta fall ansåg EUD att BP:s vägran inte kunde utgöra missbruk av dominerande ställning, då konkurrenterna uppenbarligen lyckades hitta andra källor för leveranser.<sup>60</sup> BP:s säljvägran undersöktes även mot bakgrund av alla omständigheter rådande på både den primära och härledda marknaden i stort - det fanns ett objektiva godtagbart skäl för vägran, i och med bristande tillgång till resursen överlag på alla marknader samt att prioritering av stamkunderna inte är något rakt av diskriminerande.

### **2.3.3. Magill**

Ett första försök till konkretisering av mer standardiserade förutsättningar för bedömning av missbruk av dominerande ställning genom vägran i relation till nödvändiga nyttigheter gjordes av EUD i mål *Telefís Eireann och Independent Television Publications Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*<sup>61</sup> (där Kommissionen agerade med stöd av *Magill TV Guide Ltd*, därav refereras målet till härafter som: *Magill*-målet). *Magill TV Guide Ltd* (härafter: *Magill*) hade som målsättning att introducera en ny typ av vara på marknaden, nämligen en TV-guide som skulle sammanställa tv-tablåer från tre olika irländska TV-stationer. Varje av de berörda TV-stationer hade sedan tidigare till diverse tidningar utfärdat licenser för publicering av sådana TV-tablåer - dock inte några sammanställande med alla tre tablåer i form av en produkt. De gav även ut egna TV-guider. De kärke parterna hävdade att, i enlighet med EUD:s resonemang i t.ex. mål *Volvo mot Eric Veng*<sup>62</sup> (härafter: *Volvo*-målet), ett dominerande förtegs vägran att ge licens avseende någon immateriell rättighet inte kan medföra missbruk av dominerande ställning i sig.

---

<sup>60</sup> Ibid., pp. 41-42

<sup>61</sup> Dom av den 6 april 1995, *Telefís Eireann och Independent Television Publications Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission*, förenade målen C-241/91 och C-242/91, EU:C:1995:98 [härafter: *Magill* C-241/91 och C-242/91]

<sup>62</sup> Dom av den 5 oktober 1988, *Volvo mot Eric Veng*, 238/87, EU:C:1988:477 [härafter: *Volvo* 238/87]

EUD fann dock, i samma linje som i sitt avgörande i *Volvo*-målet, att det kan finnas särskilda omständigheter som är viktiga att ta hänsyn till vid bedömningen av huruvida vägran att ge licens utgör missbruk av dominerande ställning<sup>63</sup>. I *Volvo*-målet konstaterade EUD att Volvos vägran att ge licens inte föll inom ramarna för missbruksbegreppet, men att Volvos vägran att sälja färdiga reservdelar till företag verksamma på den härledda marknaden utgjorde missbruk av dominerande ställning.<sup>64</sup>

I *Magill*-målet introducerade EUD alltså tre särskilda förutsättningar för bedömning av missbruk av dominerande ställning genom vägran mot bakgrund av särskilda omständigheter, som sedan applicerades även på de fall som inte hade något med immateriella rättigheter att göra - deras applicerbarhet blev alltså mer universell.

För det första, bedömde EUD informationen utifrån dess oumbärlighet i samband med risken för eliminering av möjligheter för introduktion av en ny produkt. De kående parterna befann sig i kontroll av råvaran, alltså information om vilka program som sänds när, vilket innebär att de var de enda källor för införskaffande av resursen. Informationen utgjorde en råvara i den mening att den var en oumbärlig beståndsdel av en annan slutprodukt. Vägran att tillgängliggöra den oumbärliga informationen medförde en självklar risk för uppkomsten en ny produkt, för vilken det bedömdes finnas potentiell efterfrågan från konsumenternas sida.<sup>65</sup>

För det andra, fanns det inget godtagbart argument bakom den initiala vägran.<sup>66</sup>

För det tredje, de kående parterna styrde den härledda marknaden genom att bestämma vilka aktörer som skulle få tillgång till råvaran (information) och på det sättet reserverade den härledda marknaden för sig själva, vilket i sin tur helt

---

<sup>63</sup> Magill C-241/91 och C-242/91, p. 50

<sup>64</sup> Volvo 238/87, pp. 15-16

<sup>65</sup> Magill C-241/91 och C-242/91, pp. 52-54

<sup>66</sup> Ibid., p. 55



elimineras eller snedvrider all konkurrens på denna marknad.<sup>67</sup> EUD bestyrkte sitt resonemang avseende denna punkt genom att hänvisa till ett liknande resonemang i *Commercial Solvents*-målet, där Commercial Solvents försökte reservera den härledda marknaden för sig själva genom sin säljvägran<sup>68</sup>.

Sammanfattningsvis bedömde EUD att de tre TV-stationernas vägran utgjorde missbruk av dominerande ställning med anledning av de uppfyllda förutsättningarna.

#### **2.3.4. IMS Health**

*IMS Health*-målet är ett annat mål som handlar om en nödvändig nytthet i form av en immateriell rättighet, mer konkret om IMS Healths vägran att ge NDC Health licens att använda sig av företagets områdesstruktur för försäljning av läkemedel som utvecklats av IMS Health genom att analysera ”*administrativa områden, postnummerdistrikt, befolkningstäthet, trafikförbindelser liksom den geografiska koncentrationen av apotek och läkarmottagningar*”.<sup>69</sup> En nationell domstol från Tyskland vände sig till EUD med ett antal tolkningsfrågor gällande bedömningen av kriterier för missbruk av dominerande ställning mot bakgrund av art 102 FEUF.

EUD har i sitt resonemang använt sig av de kriterier som presenterats i *Volvo*- och *Magill*-målen, mer konkret ny produkt-kriteriet, avsaknad av ett objektivt godtagbart skäl för vägran samt eliminering av all konkurrens på den härledda marknaden. I detta fall ansåg EUD att dessa tre krav ska vara kumulativa, alltså att alla tre måste bli uppfyllda samtidigt för att finna att missbruk föreligger.<sup>70</sup> En till nyhet i relation till principens utveckling är att den härledda marknaden inte nödvändigtvis måste existera vid tidpunkten för missbruk, det räcker alltså med

---

<sup>67</sup> Ibid., p. 56

<sup>68</sup> *Commercial Solvents* 6/73 och 7/73, p. 25

<sup>69</sup> *IMS Health* C-418/01, p. 3

<sup>70</sup> Ibid., p. 38

att en potentiell eller, till och med, en hypotetisk sekundär marknad kan identifieras.<sup>71</sup>

### **2.3.5. Bronner**

I mål *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs*<sup>72</sup> (härefter: *Bronner-målet*) fann EUD att Mediaprint Zeitungs (härefter: Mediaprint) vägran att inkludera Oscar Bronners (härefter: Bronner) egna tidning i sin hemleveransstruktur inte utgjorde missbruk av dominerande ställning. Både Bronner och Mediaprint var verksamma på den österrikiska marknaden för tidningar. Mediaprint hade utvecklat ett eget system för hemleveranser av tidningar, och vägrade att inkludera Bronners tidning i det.<sup>73</sup>

EUD ansåg i detta fall att det räcker inte bara med att åtgärden medför en risk för eliminering av all konkurrens på den relevanta marknaden och att det inte finns några objektivt godtagbara skäl för vägran, utan det måste saknas faktiska eller potentiella alternativ för nyttigheten. När det gäller de faktiska omständigheterna i *Bronner-målet* så fanns det många andra alternativa liknande distributörer av hemleveransstrukturer för tidningar, som Bronner kunde använda sig av istället, och även mycket mer alternativa lösningar såsom spridning via butiker. Enligt EUD, spelade det ingen roll att sådana alternativa lösningar var i Bronners åsikt mindre attraktiva rent ekonomiskt eller praktiskt.<sup>74</sup> Bronner hänvisade bl.a. just till ekonomiska skäl bakom outhärligheten - det var inte lönt för hans företag att skapa ett eget hemleveranssystem bara för sin egen tidning. EUD ansåg att ekonomisk lönsamhet inte var någon väsentlig komponent av bedömning av nyttighetens outhärlighet. Hade det dock bevisats från Bronners sida att skapande av ett liknande nytt system på ungefär samma nivå av spridning som

---

<sup>71</sup> Ibid., p. 44

<sup>72</sup> Dom av den 26 november 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs*, C-7/97, EU:C:1998:569 [härefter: *Bronner C-7/97*]

<sup>73</sup> Ibid., pp. 4 - 8

<sup>74</sup> Ibid., pp. 43 - 46

dominantens är ekonomiskt orimligt, skulle det även i detta fall tyda på att nyttigheten faktiskt är oundgänglig.<sup>75</sup>

Bedömningen av missbruk utifrån ny produkt-kravet, såsom det som introducerades i *Volvo-* och *Magill*-målen och fastställdes i *IMS Health*-målet, saknas dock i EUD:s resonemang i *Bronner*-målet. Enligt Inge Graef beror det på att det fanns en viss osäkerhet från EUD:s sida kring kravets applicerbarhet på fall andra än de som skulle handla om vägran att ge licens och immateriella rättigheter.<sup>76</sup>

### **2.3.6. Microsoft**

Ett mål som på sätt och vis konkluderade utvecklingen av de mer universella kriterierna för principen om nödvändiga nyttigheter är *Microsoft mot Kommissionen*<sup>77</sup> (härefter: *Microsoft*-målet), där den klagande parten - Microsoft - överklagade ett beslut från Kommissionen i fråga om två åtgärder som hade bedömts utgöra missbruk av dominerande ställning. Målet hamnade aldrig hos EUD, som således inte fått chansen att pröva frågan. Därför, enligt bedömningen av prejudikatsstyrka, är det osäkert om de finslipningar eller utelämnanden som Tribunalen gjorde i relation till vissa kriterier kan betraktas som lika tungt bindande som dessa som hade introducerats av EUD tidigare.<sup>78</sup>

*Microsoft*-målet handlade för det första om Microsofts vägran att ge licens gällande den typen av information som var nödvändig för att företag på den härledda marknaden skulle kunna implementera interoperabilitet mellan sina arbetsgruppsserverar och Microsofts Windowsoperativsystem.<sup>79</sup> För det andra ifrågasattes det obligatoriska köpesvillkoret för alla sålda Windowsoperativsystem för PC, nämligen att man även var tvungen att förvärva programmet Windows

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 46

<sup>76</sup> Graef, s. 170

<sup>77</sup> Dom av den 17 september 2007, *Microsoft mot Kommissionen*, T-201/04, EU:T:2007:289 [härefter: *Microsoft T-201/04*]

<sup>78</sup> Graef, s. 172

<sup>79</sup> *Microsoft T-201/04*, p. 36 (för definitioner se pp. 37 - 39)

Media Player i samband med köpet av själva operativsystemet.<sup>80</sup> Utifrån konceptet av nödvändiga nyttigheter är det alltså bara den första åtgärden som hade någon betydelse för utvecklingen av själva principen.

Kommissionen tog i sitt föranledande beslut hänsyn till alla särskilda omständigheter i stort, och således ignorerade den kumulativa listan över kriterierna såsom den introducerades i *Magill*-målet, och som sedan omformades i *IMS Health*-målet.<sup>81</sup> Kommissionen tolkade alltså särskilda omständigheter som hade nämnts i tidigare EUD-avgöranden som en öppen lista och hävdade att alla omständigheter i stort ska tas i beaktning. En sådan ytterligare omständighet som, enligt den slutna listan i *IMS Health*-målet, inte utgjorde en relevant del av bedömningen var "*disruption of previous levels of supply*", alltså störningar av tidigare distributionsnivåer. Kommissionens resonemang berodde på att dominanten hade inte sedan tidigare presterat gentemot företagen på den härledda marknaden i varken *Magill*-målet eller *Bronner*-målet, så ett annorlunda tillvägagångssätt behövdes vid bedömningen av omständigheter.<sup>82</sup> Kommissionen tolkade omständigheterna mot bakgrund av art 102 b) FEUF i stället, och fann att en åtgärd som begränsar marknaden till nackdel av konsumenterna genom att begränsa teknisk utveckling utgör missbruk av dominerande ställning.<sup>83</sup> Denna linje kan bero på att avgörandet i *IMS Health*-målet kom först efter att Kommissionen redan fattat beslut.<sup>84</sup>

Tribunalen använde sig å andra sidan endast av de tre kumulativa krav som introducerades i *IMS Health*-målet och lämnade Kommissionens sätt att tolka mot bakgrund av alla särskilda omständigheter i stort obehandlat. Därför är det oklart ifall hänsyn till andra särskilda omständigheter än de tre kumulativa kraven kan falla inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter.

---

<sup>80</sup> Ibid., pp. 43 - 45

<sup>81</sup> Kommissionens beslut av den 24 mars 2004, Microsoft, COMP/C-3/37.792, p. 555

<sup>82</sup> Ibid., p. 556

<sup>83</sup> Ibid., pp. 693 - 701

<sup>84</sup> Graef, s. 171 - 172

Inom ramarna för dessa tre krav, gick Tribunalen dock emot det som EUD tillförde i *Bronner*-målet gällande bedömningen av oundgänglighet när konkurrenten har tillgång till alternativ som är mindre fördelaktiga rent ekonomiskt, och uttalade att konkurrenten ska kunna ha samma förutsättningar som dominanten.<sup>85</sup> Dessutom var det enligt Tribunalen inte nödvändigt för Kommissionen att bevisa att all konkurrens på den relevanta marknaden redan eliminerats eller skulle med all säkerhet elimineras till följd av vägran. Det skulle räcka med en bevisad potential för eliminering av konkurrens, och även då skulle det handla om effektiv konkurrens - inte all konkurrens.<sup>86</sup> Tribunalen introducerade alltså en lägre tröskel för bedömningen av kriteriet om eliminering av konkurrens på den härledda marknaden.

Även ny produkt-kravet utökades av Tribunalen i jämförelse med EUD:s resonemang i *IMS Health*-målet. Kriteriet skulle inte längre avse någon specifik ny produkt för vilken det redan fanns potentiell efterfrågan från konsumenternas sida, utan även omständigheterna i stort som skulle medföra att eventuell teknisk utveckling på marknaden skrotas.<sup>87</sup> Mot detta resonemang ansåg Tribunalen att Microsofts vägran utgjorde missbruk av dominerande ställning.

## **2.4. Innebörd av principen om nödvändiga nyttigheter**

Vad innebär principen om nödvändiga nyttigheter nu? Den aktuella innebörden av principen är som bevisat ett resultat av en utförlig och relativt långsam rättsutveckling genom prejudikat på området. Efter att en vägran bedömts kunna utgöra missbruk av dominerande ställning mot bakgrund av de förutsättningar i art 102 FEUF, bör man undersöka varje fall även utifrån de av EUD fastställda tre kumulativa krav, samt även med stöd av särskilda omständigheter i stort såsom avsaknad av ett objektiva godtagbart skäl bakom vägran (som följer av resonemanget i *Commercial Solvents*-målet, *BP*-målet samt Kommissionens

---

<sup>85</sup> Microsoft T-201/04, p. 421

<sup>86</sup> Ibid., p. 536

<sup>87</sup> Ibid., p. 647

resonemang i det föranledande beslutet till *Microsoft*-målet, och som aldrig formellt tagits bort från helhetsbedömningen). Principen om nödvändiga nyttigheter består alltså av en bedömning av:

1. Oumbärlighet, vilket i sig innebär att omständigheterna ska bedömas utifrån hur nödvändig den efterfrågade insats som kontrolleras av dominanten är för konkurrenternas verksamhet på den härledda marknaden, och ifall det finns tillgång till substitut. Även bedömning av tröskel för införskaffande av substitut kan vara viktig, i enlighet med EUD:s resonemang i *Bronner*- och *IMS Health*-målen samt Tribunalens dom i *Microsoft*-målet. Exempelvis kan det innebära att det inte ska vara tekniskt, rättsligt eller till och med ekonomiskt omöjligt eller orimligt svårt för den som efterfrågar resursen att producera eller införskaffa substitut<sup>88</sup>.
2. Eliminering av konkurrens på den härledda marknaden, vilket är tätt sammankopplat med oundgänglighetskriteriet. En vägran att tillgängliggöra den efterfrågade resursen, som bedöms oundgänglig för konkurrentens verksamhet, kan medföra allvarliga påföljder för det företags förmåga att konkurrera på den härledda marknaden under objektivt optimala och rättvisa förutsättningar.<sup>89</sup> Det är alltså viktigt att observera att det kan räcka med eliminering av effektiv konkurrens, och inte eliminering av all konkurrens, i enlighet med Tribunalens resonemang i *Microsoft*-målet.
3. Ny produkt-kravet, alltså om vägran innebär väsentliga hinder för att någon ny produkt, för vilken det finns en potentiell efterfrågan från konsumenternas sida, ska kunna introduceras på marknaden. Här borde man observera de någorlunda sänkta kraven som följer av Tribunalens dom i *Microsoft*-målet, som innebär att det inte måste handla om någon konkret ny produkt, utan de hypotetiska implikationerna av företeelsen mot bakgrund av påverkan på marknaden genom begränsandet av möjligheter till teknisk utveckling till nackdel av konsumenterna, alltså direkt i relation till art 102 FEUF.

---

<sup>88</sup> *Bronner* C-7/97, p. 44

<sup>89</sup> *Graef*, s. 222

4. Avsaknad av objektivt godtagbara argument bakom vägran, samt andra särskilda omständigheter som bedöms relevanta i en fall-till-fall bedömning. Trots att EUD utvecklat en kumulativ lista över kriterierna, har det tidigare tagits hänsyn till andra omständigheter, som även kan verka till fördel av dominanten - exempelvis oljekris i *BP*-målet.

Med det sagt, måste vägran bedömas utifrån det som stadgas av art 102 FEUF. En början ska alltså alltid vara en bedömning av kriterierna som följer av den artikeln, alltså samhandelskriteriet, den relevanta marknaden, dominerande ställning och missbruk.

## **2.5. Sammanfattning**

Kan ett företag vägra att prestera utan att det strider mot art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter?

För att aktualisera art 102 FEUF måste ett antal förutsättningar uppfyllas. För det första måste åtgärden i fråga ha en påverkan på samhandeln. Detta kallas för samhandelskriteriet. För det andra måste företaget ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden, och bedömningen av respektive förutsättning bör ske utförligt och med hänsyn till omständigheterna i stort. För det tredje måste åtgärden i fråga faktiskt utgöra ett missbruk av dominerande ställning, alltså snedvrída eller innebära en risk för snedvrídning av konkurrensen.

Principen om nödvändiga nyttigheter kompletterar dessa förutsättningar genom att precisera omständigheter avseende vägran. Prövningen bör alltså inkludera en bedömning av: den efterfrågade resursens oumbärlighet och tillgång till alternativ, huruvida vägran eliminerar eller riskerar att eliminera all effektiv konkurrens på den härledda marknaden, hinder för introduktion av en ny produkt (även hypotetisk), samt omständigheterna i stort alltså huruvida det finns objektivt godtagbara argument för vägran.

Vilka utmaningar i relation till tillämpningen av art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter kan finnas inom den digitala sektorn och specifikt avseende *big data* som resurs? Är risken för snedvrídning av konkurrensen inom

den digitala sektorn mer påtaglig? Är det pragmatiskt sett tillräckligt med de aktuella konkurrensrättsliga förutsättningarna? Är dominansbegreppet, som inom ramarna för art 102 FEUF endast omfattar en viss typ av stora företag som kan agera ensamt på marknaden, tillräckligt för att säkerställa att den digitala sektorn av den inre marknaden fungerar?



### **3. *Big data* i relation till principen om nödvändiga nyttigheter och *Digital Markets Act***

#### **3.1. Inledning**

Även den digitala sektorn har sina utmaningar som faller inom ramarna för konkurrensrätten. Bland de mest ofta förekommande är data, en resurs som under olika former och i olika sammanhang spelar en alltmer betydande roll på marknaden. Data kan till och med kallas för den nya valutan eller den nya oljan<sup>90</sup>. Data kan alltså fungera på denna marknad under olika former och i olika sammanhang. Den kan fungera som en vara som i olika former kan säljas vidare mellan företag<sup>91</sup>. Det kan handla om statistiska uppgifter om ett fåtal slutanvändare som har ett visst värde i sig då de för det mesta förblir samma i längre tidsperioder, eller om enorma mängder dynamiska uppgifter om ett dominerande företags miljontals slutanvändare som kräver en vidare behandling och analys för att kunna användas rent praktiskt, och som ofta kallas för *big data*.<sup>92</sup> I vissa sammanhang kan data till och med beskrivas som en råvara<sup>93</sup>. Denna synpunkt kan innebära att man uppfattar data inte som en färdig slutprodukt, utan som något som ska omarbetas och användas vid t.ex. produktion av någon ytterligare slutprodukt eller framtagande av en tjänst.

Det är dock oförnekligt att data i alla dess former har fått en stor betydelse som en mycket användbar, ibland även oundgänglig, resurs inom den ständigt växande

---

<sup>90</sup> Kommissionär Meglena Kunevas tal, ”Keynote Speech - Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling”, SPEECH/09/156 <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-09-156\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm)> (hämtad: 15 december 2022)

<sup>91</sup> Ryan, Deirdre, ”Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries”, *Journal of Law and Jurisprudence* 10(1), 84-112.s. 90

<sup>92</sup> Qi, s. 183

<sup>93</sup> Shelanski, Howard A, ”Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet” (2013) 161, 6 (1663), *ULPR*, s. 1680 - 1682 [cit. Shelanski]

digitala sektorn<sup>94</sup> - och att frågan om tillgång till viktiga resurser förblir relevant utifrån det konkurrensrättsliga perspektivet även på denna marknad. Mycket stora företag som Meta eller Google, som i relativt många år sysslat med datainsamling, lagring och analys, kan potentiellt snedvrída eller helt eliminera konkurrensen på den relevanta marknaden genom inträdes hinder i form av vägran att tillgängliggöra insamlad data för eventuella konkurrenter.<sup>95</sup> För att analysera dessa scenarion bör man i första hand undersöka *big data* som resurs samt analysera den nyintroducerade *Digital Markets Act* som tar sikte på just de digitala marknaderna.

## **3.2. Big data som en nödvändig nyttighet?**

### **3.2.1. Definition av big data**

Det saknas i skrivande stund någon bindande rättslig definition av *big data*. Själva data definieras däremot i EU-rättsligt sammanhang i bl.a. *Digital Markets Act*, som ”varje digital återgivning av handlingar, fakta eller information och varje sammanställning av sådana handlingar, fakta eller information, även i form av ljudupptagningar, bildupptagningar eller audiovisuella upptagningar”.<sup>96</sup>

”Big data” definieras i sin tur oftast som de gigantiska digitala, väldigt ofta dynamiska, datamängder, som samlas in av en relevant organisation och som sedan måste analyseras med hjälp av särskilda datoralgoritmer för att bli praktiskt användbara.<sup>97</sup> Begreppet syftar även på den framgång som den dynamiska typen av data nått under de senaste åren, både vad som gäller datas utökade funktionalitet och tillgänglighet i den digitala sektorn.<sup>98</sup> En sådan typ av data karakteriseras ibland av den s.k. ”5-V-regeln” som beskriver datas mängd, dynamiska karaktär, typ, värde och pålitlighet (resp. ”volume”, ”velocity”,

---

<sup>94</sup> Qi, s. 182

<sup>95</sup> Graef, s. 124

<sup>96</sup> art 2.24 DMA

<sup>97</sup> De Mauro, Andrew; Greco, Marco, och Grimaldi, Michele, "A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features" (2016), *Library Review* 65 (3), s. 123 [cit. de Mauro, Greco, Grimaldi]

<sup>98</sup> Graef, s. 127

”variety”, ”value”, ”veracity”).<sup>99</sup> De två sista bestämningsfaktorerna, alltså värde och pålitlighet, är relativt nya i sammanhanget och introducerades av den ekonomiska doktrinen i takt med *big datas* framgång på marknaden.<sup>100</sup> De tre första faktorerna har däremot varit mer stabila genom åren, och bekräftades bl.a. av det välrenommerade konsultbolaget Gartner.<sup>101</sup>

### 3.2.2. **Big data som en viktig insats på marknaden**

Att de flesta typer av företag samlar in någon form av data av sina konsumenter eller användare är inget nytt eller banbrytande. Diverse uppgifter om konsumenter har ett stort potentiellt värde för vilken näringsverksamhet som helst.<sup>102</sup> De generellt sett mer statiska uppgifterna, såsom födelsedatum, könsidentitet eller medborgarskap <sup>103</sup>, kan exempelvis utgöra ett viktigt verktyg för framtagandet av en väldigt snäv och specifik målgrupp för en ny produkt medan de mer dynamiska kan anpassa erbjudanden och tjänsterna till konsumentens aktuella preferenser eller behov.<sup>104</sup> *Big data* i form av sammanställda och analyserade uppgifter, alltså data som är aggregerad, om t.ex. målgruppens filmpreferenser under den föregående månaden eller slutanvändarnas kumulativa s.k. ”*scrolling patterns*” kan utgöra en väsentlig del av underlaget för förbättring av tjänsten som erbjuds, vilket i sin tur kan verka till företagets fördel genom ökade intäkter och bättre ställning på marknaden (större marknadsandel), samt till konsumenternas fördel genom bättre och bredare utbud av tjänster och varor, eller till och med teknologisk utveckling på den relevanta marknaden.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> Graef, s. 127 - 129

<sup>100</sup> Ibid., s. 128

<sup>101</sup> Ibid., s. 127, Gartners IT Glossary, ”Big data”, <http://www.gartner.com/it-glossary/big-data/> (hämtad: 20.12.2022)

<sup>102</sup> Ibid., s. 127

<sup>103</sup> Ens medborgarskap eller könsidentitet kan förändras men är i jämförelse med de mer dynamiska uppgifterna mer statiskt.

<sup>104</sup> Qi, s. 183

<sup>105</sup> Ryan, s. 90 - 92

Det går också att snäva till *big datas* roll på marknaden genom att fokusera på en någorlunda mer sällsynt typ av företag som istället *drivs* av data. Vissa företags affärsmodell är nämligen ganska begränsad och syftar på att samla in data, lagra den, analysera den och sälja vidare eller erbjuda tjänster baserade på dem analyserade uppgifterna, såsom positionering när det gäller sökmotorer och anpassade reklam när det gäller sociala medier osv.<sup>106</sup> Denna process kallas ibland för datas *monetarisering* eller "*monetisation*".<sup>107</sup>

Sammanfattningsvis, inom ramarna för digitala marknader går det att identifiera en ny digital klyfta mellan företag, som beror på deras olika tillgång till data, vilket kan utgöra ett nytt hinder för innovationens utveckling och som, enligt vissa forskare som t.ex. Mauro, Greco och Grimaldi, bör regleras närmare för att undvika att balansen mellan de olika marknadskrafterna rubbas exempelvis genom missbruk<sup>108</sup>.

### **3.2.3. *Big data* i relation till principen om nödvändiga nyttigheter**

*Big data* kan som bevisat utgöra en viktig insats på marknaden i olika sammanhang och för olika typer av företag. Dessutom kan den även anses vara en resurs som, för vissa typer av företag, är oundgänglig och nödvändig. Tillgång till information - dock inte uttryckligen specifikt i en så pass bred form av *big data* - har varit subjekt av ett flertal mål som handlade om principen om nödvändiga nyttigheter, exempelvis i *Magill*- och *Microsoft*-målen. Det är alltså ingen långtgående slutsats att även *big data* kan vara en oundgänglig resurs som kontrolleras av dominanten och efterfrågas av företag verksamma på den härledda marknaden - oavsett om dominanten redan erbjuder data som försäljningsvara eller endast kontrollerar den, vilket genom analogi följer av EUD:s resonemang i

---

<sup>106</sup> Qi, s. 184

<sup>107</sup> Shelanski, s. 1678

<sup>108</sup> de Mauro, Greco, Grimaldi, s. 125

*IMS Health*-målet<sup>109</sup>. Art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter bör alltså rimligen kunna tillämpas på de fall där *big data* är den efterfrågade resursen, eftersom de fyra bedömningskriterier som finns inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter kan anses vara så pass universellt applicerbara att frågan om typ av resurs har en betydelse endast i relation till den empiriska tolkningen av de omständigheter som är specifika för fallet.

Eftersom *big data* är inget som definieras av lagstiftningen (i skrivande stund) kan det vara svårt att definitivt avgöra hur den ska prövas utifrån de olika kriterierna för principen om nödvändiga nyttigheter. Bedömningen av outhärlighet och tillgång till substitut kan potentiellt leda till inkonsekventa slutsatser med anledning av *big datas* karaktäristiska drag som dess mängd, olika typer, värde m.m., vilket i sin tur leder till att även den empiriska prövningen mot bakgrund av omständigheter i stort försvåras.<sup>110</sup> Eftersom *big datas* roll i ett företags verksamhet är högst sammanhangsberoende, finns det olika uppfattningar även vad som gäller bedömningen av dess outhärlighet utifrån tillgång till substitut. Information som kan klassificeras som data kan nämligen uppfattas som generellt billig och allmänt tillgänglig, vilket i relation till principen om nödvändiga nyttigheter skulle medföra att outhärlighetskriteriet inte uppfylls.<sup>111</sup> Däremot, även om data i sig kan uppfattas som en billig resurs, processerna för dess extrahering och analys, som i *big datas* perspektiv är en nödvändig förutsättning till dess praktiska användning, är inte billiga.<sup>112</sup> Vad som gäller tillgång till substitut, även om data kan sägas finnas överallt, inom ramarna för *big datas* definition är inte all data som finns användbar för det aktuella ändamålet.<sup>113</sup>

Förutsättningarna till art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter kan med utgångspunkt i *big data* som resurs anses vara otillräckliga för att säkerställa att den inre marknaden fungerar utan att den på något sätt snedvrids eller att

---

<sup>109</sup> *IMS Health* pp. 42 - 43

<sup>110</sup> Qi, s. 187

<sup>111</sup> *Ibid.*, s. 182

<sup>112</sup> *Ibid.*, s. 183

<sup>113</sup> *Ibid.*

balansen mellan marknadskrafterna rubbas i detta sammanhang, särskilt eftersom tillsynen sker i dessa fall efter att missbruk redan skett<sup>114</sup>. Eftersom *big data* har många olika användningar blir antalet härledda marknader större. Marknaderna kan fragmenteras och bedömningen av den relevanta marknaden och dominans blir därmed svårare.<sup>115</sup> Enligt art 114 FEUF ska Europaparlamentet och rådet ”/.../ besluta om åtgärder för tillnärmning av sådana bestämmelser i lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera.” Därför har Europaparlamentet och rådet beslutat om en ny förordning som har som syfte att ”/.../ bidra till en välfungerande inre marknad genom att fastställa regler för att säkerställa öppenhet för konkurrens och rättvisa på marknaderna i den digitala sektorn /.../”.<sup>116</sup>

#### **3.2.4. Digital Markets Act**

*Digital Markets Act* introducerar i enlighet med art 114 FEUF nya regler avseende den digitala sektorn som på sätt och vis kompletterar andan bakom principen om nödvändiga nyttigheter och konkurrensrätten i stort genom att designera s.k. grindvakter, alltså företag som enligt de objektiva kriterierna i förordningen har en betydande inverkan på marknaden genom att befinna sig i kontroll av en relevant digitaltjänst, och preventera att dessa genom sitt agerande på marknaden snedvrider konkurrensen. Marknaderna i den digitala sektorn kretsar alltså ofta kring och är beroende av en central tjänst som tillhandahålls av ett eller ett fåtal företag, vilket kan leda till missbruk, otillbörliga metoder och oskäliga affärsvillkor.<sup>117</sup> Sådana tjänster kan bestå av bl.a. sökmotorer, onlinebaserade sociala nätverkstjänster, webbläsare m.m. och kallas inom ramarna för förordningen för *centrala plattformstjänster*.<sup>118</sup> De företag som kontrollerar dessa centrala plattformstjänster åtnjuter ofta en förankrad och stabil ställning på

---

<sup>114</sup> skäl 5 DMA

<sup>115</sup> skäl 3-6, DMA

<sup>116</sup> skäl 7 DMA

<sup>117</sup> skäl 13 DMA

<sup>118</sup> art 2.2 DMA

marknaden och kallas för just grindvakter.<sup>119</sup> Genom att föreskriva grindvakternas åtaganden gentemot slutanvändare, företagsanvändare och även vissa tredje parter mot konkreta viten och böter, förhindras grindvakterna från att införa orättvisa och oskäligen affärsvillkor och till och med från att kunna vägra tillgängliggöra vissa relevanta resurser såsom exempelvis information eller *big data*.

Genom förordningen kompletteras även kontrollen av efterlevnaden av konkurrensrätten - *Digital Markets Act* fungerar som en någorlunda mer preventiv rättsakt i jämförelse med art 102 FEUF, som aktualiseras redan efter att missbruk skett. Det är dock viktigt att understryka att själva *Digital Markets Act* inte påverkar tillämpningen av de konkurrensrättsliga regler som återfinns i art 101 och 102 FEUF.<sup>120</sup> Förordningen inför konkreta regler och trösklar för exempelvis bedömningen av status som grindvakt men tar sikte på ett annat rättsligt problem. De faktiska eller hypotetiska, potentiella effekterna på konkurrensen i stort som är ett resultat av ett specifikt företags beteende på den relevanta marknaden hamnar utanför målsättningen - syftet med förordningen är snarare mer generellt, nämligen att säkerställa att de digitala marknaderna där det har designats grindvakter ”förblir öppna och rättvisa”.<sup>121</sup> Det handlar alltså inte om konkreta missbruk från en specifik grindvacts sida utan om en öppenhet för konkurrens som utgångsläge.<sup>122</sup>

I relation till art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter, som - återigen - inte slutar vara tillämpliga, innebär det rent praktiskt att ett företag, som enligt trösklarna i *Digital Markets Act* betecknas som grindvakt men som kanske inte har en dominerande ställning enligt dominansbegreppet, inte får vägra att tillgängliggöra data för en företagsanvändare i vissa sammanhang.

Förordningen ska tillämpas från och med den 2 maj 2023, med undantag för artiklarna 3.6, 3.7, 40, 46 - 50 som tillämpas redan i skrivande stund, alltså från

---

<sup>119</sup> skäl 3 DMA

<sup>120</sup> art 1.6 DMA

<sup>121</sup> skäl 11 DMA

<sup>122</sup> skäl 13 DMA

och med den 1 november 2022, och artiklarna 42 - 43 som ska tillämpas från och med den 25 juni 2023.<sup>123</sup>

Det finns en del viktiga begrepp som introduceras av *Digital Markets Act* och som måste undersökas för att analysera innebörden av förordningen.

#### 3.2.4.1 Grindvakt

Enligt art 3.1 *Digital Markets Act*, ska ett företag betecknas som grindvakt om ”*det har en betydande inverkan på den inre marknaden, det tillhandahåller en central plattformstjänst som är en viktig ingång för företagsanvändare för att nå ut till slutanvändare, och det har en fast förankrad och varaktig ställning i sin verksamhet eller det kan förutses att det kommer att ha en sådan ställning inom en nära framtid.*” Dessa kumulativa krav specificeras vidare i art 3.2 *Digital Markets Act* med konkreta kvantitativa trösklar och avgränsningar.

Vad som gäller den betydande inverkan på den inre marknaden, bedöms denna antingen utifrån företagets årliga omsättning under de tre senaste räkenskapsåren eller företagets börsvärde eller, i de fall där företaget inte är börsnoterat, motsvarande marknadsvärde under det föregående räkenskapsåret. Företaget i fråga ska även tillhandahålla sin centrala plattformstjänst i minst tre av unionens medlemsstater. Den årliga omsättningen måste hamna på minst 7,5 miljarder EUR medan börsvärdet eller motsvarande marknadsvärdet måste uppnå minst 75 miljarder EUR.<sup>124</sup> Dessa tröskelvärden ger uttryck för en ”*övertygande indikation*” på företagets betydande inverkan på den inre marknaden.<sup>125</sup>

Bedömningen av huruvida en central plattformstjänst utgör en viktig ingång för företagsanvändare beror på antalet aktiva slutanvändare och företagsanvändare. Det handlar mer specifikt om minst 45 miljoner aktiva slutanvändare som är etablerade eller befinner sig i unionen och likaså minst 10 tusen aktiva

---

<sup>123</sup> art 54 DMA

<sup>124</sup> art 3.2 a) DMA

<sup>125</sup> skäl 17 DMA



företagsanvändare med samma krav för etablering, allt samtidigt och under det senaste räkenskapsåret.<sup>126</sup> Begreppet *företagsanvändare* definieras enligt art 2.21 *Digital Markets Act* som ”varje fysisk eller juridisk person som affärs- eller yrkesmässigt använder centrala plattformstjänster i syfte att eller i samband med att tillhandahålla varor eller tjänster till slutanvändare”. En slutanvändare syftar i sin tur på den fysiska eller juridiska person som använder tjänsten på ett annat sätt än företagsanvändare.<sup>127</sup> En grindvakt konkurrerar ofta med sina företagsanvändare genom att erbjuda liknande produkter eller tjänster till samma slutanvändare inom ramen för den centrala plattformstjänsten.<sup>128</sup>

Företagets faktiska ställning, alltså dess förankring och varaktighet, bedöms utifrån tröskelvärdena avseende just antalet aktiva slutanvändare och företagsanvändare som företaget haft under varje av de tre senaste räkenskapsåren.<sup>129</sup>

Det som är intressant i relation till art 102 FEUF är att till skillnad från de konkurrensrättsliga bestämmelserna och den mer empiriska bedömningen av dominerande ställning, är det själva företaget som bär ansvar för att utan dröjsmål meddela Kommissionen om det uppnår de konkreta och kvantitativa tröskelvärden som introduceras i art 3.2 *Digital Markets Act*.<sup>130</sup> Kommissionen ska sedan utan dröjsmål beteckna det företag som uppfyller kraven i art 3.2 *Digital Markets Act* som grindvakt.<sup>131</sup> Rättsakten öppnar dock upp för undantagsfall, exempelvis om de konkreta tröskelvärdena i art 3.2 inte rimligen medför att förutsättningarna från art 3.1 *Digital Markets Act* är uppfyllda, t.ex. när ett företag som uppnått en årlig omsättning på över 7,5 miljarder EUR presenterar ett tillräckligt styrkt argument för varför den inte har en betydande inverkan på den inre marknaden.<sup>132</sup> *Digital*

---

<sup>126</sup> art 3.2 b) DMA

<sup>127</sup> art 2.20 DMA

<sup>128</sup> skäl 46 DMA

<sup>129</sup> art 3.2 c) DMA

<sup>130</sup> art 3.3 DMA

<sup>131</sup> art 3.4 DMA

<sup>132</sup> art 3.5 DMA

*Markets Act* introducerar även regler som tar sikte på eventuella försök till kringgående av de trösklarna. Enligt art 13.1 *Digital Markets Act* får vilket företag som helst, som tillhandahåller en central plattformstjänst, inte på något sätt segmentera eller splittra upp sådana tjänster för att kringgå trösklarna för designering av grindvakter.

Kommissionen har dessutom befogenhet att själv eller på begäran ”/.../ ompröva, ändra eller upphäva ett beslut om betecknande [som grindvakt] /.../ ” med anledning av väsentliga förändringar av omständigheterna eller om beslutet baserades på felaktiga eller vilseledande upplysningar.<sup>133</sup> En omprövning av de berörda företagens status som grindvakter utifrån kraven i art 3.1 ska även ske per automatik mer regelbundet, minst vart tredje år.<sup>134</sup> Kommissionen ska även själv utföra utredningar avseende potentiella nya grindvakter, minst en gång per år.<sup>135</sup> De första grindvakterna kommer att designeras av Kommissionen senast den 6 september 2023.

#### 3.2.4.2 Grindvaktens skyldigheter avseende big data

Efter att ett företag designeras som en grindvakt, blir det per automatik subjekt till *Digital Markets Act:s* bestämmelser om grindvakternas åtaganden, alltså art 5 - 7 i förordningen. Eftersom det finns många olika typer av centrala plattformstjänster och resurser som efterfrågas eller erbjuds i samband med ett företags användning av en central plattformstjänst, är grindvakternas skyldigheter också av olika slag. En grindvakt ska t.ex. möjliggöra för en slutanvändare att avinstallera programvaruapplikationer (art 6.3 *Digital Markets Act*), ge annonsörer eller auktoriserade tredje parter kostnadsfri och daglig tillgång till information kring de upplagda annonserna såsom parametrar för beräkning av avgift (art 5.9 *Digital Markets Act*) m.m.

Avseende endast den typ av data som rimligen kan klassificeras som *big data*, har en grindvakt obligation att kostnadsfritt ge de annonsörer, utgivare, och eventuella

---

<sup>133</sup> art 4.1 DMA

<sup>134</sup> art 4.2 DMA

<sup>135</sup> Ibid.

tredje parter som bemyndigats av dessa, som använder sig av grindvaktens centrala plattformstjänst för att bedriva sin verksamhet, tillgång till verktyg för resultatmätning samt aggregerad, alltså sammanställd och sammanfattad, och icke-aggregerad data.<sup>136</sup> Ett företagsanvändare ska alltså kunna genomföra egna och oberoende kontroller av annonsdatabasen.

En grindvakt ska dessutom utan kostnad förse sina företagsanvändare, och eventuella tredje parter som godkänts av dem, med *”/.../ effektiv, högkvalitativ, kontinuerlig tillgång i realtid till, och möjlighet att använda, aggregerade och icke-aggregerade data, inbegripet personuppgifter, som tillhandahålls eller genereras i samband med användningen av de relevanta centrala plattformstjänsterna eller tjänster som tillhandahålls tillsammans med, eller till stöd för, de relevanta centrala plattformstjänsterna av dessa företagsanvändare och de slutanvändare som tar i anspråk i de produkter eller tjänster som dessa företagsanvändare tillhandahåller /.../ ”*.<sup>137</sup> Detta innebär att en grindvakt inte får vägra att tillgängliggöra data som tillhandahålls eller genereras inom ramarna för en företagsanvändaren verksamhet på den centrala plattformstjänsten, oavsett om grindvakten och företagsanvändaren konkurrerar eller inte. Även personuppgifter, som oftast är en viktig beståndsdel av *big data*, omfattas av denna skyldighet, men endast om slutanvändaren har gett sitt samtycke och endast om uppgifterna i fråga har en direkt sammankoppling till slutanvändarens användning av företagsanvändarens tjänster eller produkter som erbjuds eller tillhandahålls genom grindvaktens centrala plattformstjänst.<sup>138</sup>

En intressant nyhet är att även tredjepartsföretag, alltså inte företag som redan använder sig av grindvaktens centrala plattformstjänst, har rätt att få tillgång till en viss typ av data som genereras hos grindvakten. I och med att sökmotorers roll i ekonomin blir mer betydelsefull, det faktum att en grindvakt kontrollerar stora mängder av data om bl.a. klickningar och visningar kan medföra en risk för

---

<sup>136</sup> art 6.8 DMA

<sup>137</sup> art 6.10 DMA

<sup>138</sup> Ibid.

inträdeshinder för nya aktörer på exempelvis sökmotorsmarknaden.<sup>139</sup> En grindvakt är därför skyldig att på rimliga, rättvisa och icke-diskriminerande villkor ge tredjepartsföretag som tillhandahåller sökmotorer tillgång till information om slutanvändarnas sökningar, klickningar, rangordningar och visningar av data, i samband med deras aktivitet på grindvaktens egna sökmotor.<sup>140</sup>

Sammanfattningsvis, vad som gäller alltså den typ av data som rimligen skulle kunna klassificeras som *big data*, har en designerad grindvakt vissa skyldigheter att tillgängliggöra den för sina företagsanvändare, och även för vissa tredje parter, vid förfrågan. Tillgängliggörandet ska ske kostnadsfritt och på rättvisa villkor. En grindvakt kommer alltså inom ramarna för *Digital Markets Act* inte kunna vägra att tillgängliggöra den typ av resurs för de ovannämnda aktörer, mot konkreta straffbestämmelser i art 30 - 31 *Digital Markets Act*.

### 3.2.4.3 Undantag

En grindvakt får även delvis eller helt befrias från de skyldigheter som följer av art 5 - 7 *Digital Markets Act*, i enlighet med dess art 10. Art 10 *Digital Markets Act* specificerar i vilka fall som Kommissionen får besluta om undantag. Det rör sig om en väldigt begränsad lista av godtagbara anledningar - beslut om undantag får alltså beviljas enbart på grund av allmän säkerhet och folkhälsa.<sup>141</sup>

## 3.3. Slutsatser

Det finns alltså vissa grundläggande skillnader mellan innebörden av *Digital Markets Act* och principen om nödvändiga nyttigheter, med utgångspunkt i art 102 FEUF, avseende *big data*.

Utgångspunkten för ett företags skyldighet att tillgängliggöra *big data*, eller för bedömning av huruvida dess vägran utgör missbruk av dominerande ställning

---

<sup>139</sup> skäl 61 DMA

<sup>140</sup> art 6.11 DMA

<sup>141</sup> art 10.3 DMA

enligt art 102 FEUF och med stöd av principen om nödvändiga nyttigheter, är företagets status, alltså bedömning av antingen dess dominerande ställning eller betydande inverkan.

*Digital Markets Act* tar sikte på en snäv grupp företag verksamma inom den digitala sektorn som tillhandahåller en central plattformstjänst, och som enligt konkreta och kvantitativa trösklar anses ha en stabil och betydande inverkan på den inre marknaden, eller bedöms ha den inom en snar framtid. Förordningen påverkar inte tillämpningen av art 102 FEUF, vilket rent praktiskt innebär att ett företag kan både bedömas ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden i enlighet med art 102 FEUF och betecknas som grindvakt i enlighet med *Digital Markets Act*. Trösklarna för grindvaksstatus inom ramarna för *Digital Markets Act* är kvantitativa och konkreta, till skillnad från de mer vaga förutsättningar som utvecklats inom ramarna för dominansbegreppet, där företagets ställning på den relevanta marknaden bedöms utifrån omständigheterna i stort och företagets marknadsmakt på den relevanta marknaden, alltså i relation till andra företag verksamma på den. Bedömning av dominerande ställning är alltså mer beroende av de dynamiska marknadsförhållanden. Det är alltså möjligt att ett företag som inte uppnår till trösklarna i *Digital Markets Act* bedöms ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden i samband med tillämpningen av art 102 FEUF.

På samma sätt kan det också vara möjligt att en grindvaks ställning på den relevanta marknaden inte skulle bedömas som dominerande enligt förutsättningarna för dominans och art 102 FEUF, vilket kan medföra en viss problematik med att de skyldigheterna introducerade i *Digital Markets Act* i vissa fall kan sträcka sig vidare än vad lagstiftaren ansåg var nödvändigt i konkurrensrättslig mening utifrån art 102 FEUF.

För att ett företag ska kunna betecknas som grindvakt måste det enligt *Digital Markets Act* tillhandahålla sin centrala plattformstjänst i minst tre medlemsstater. Denna konkreta tröskel saknas från tillämpningen av art 102 FEUF och principen om nödvändiga nyttigheter - samhandelskriteriet syftar på vägrans påverkan på

samhandeln i stort, och därför kan även sådana fall som handlar om relationer mellan två eller fler företag verksamma inom en och samma medlemsstat kan bedömas ha en negativ påverkan på samhandeln.

En utmaning som följer konkreta, kvantitativa och statistiska trösklar är att det kan vara enklare för företag att med flit stanna under dem eller på annat sätt kringgå dem. *Digital Markets Act* tar sikte på den problematiken inom ramarna för art 13 däri, som fokuserar på åtgärder mot kringgående.

Skillnaden mellan påföljderna i relation till principen om nödvändiga nyttigheter och skyldigheterna som följer av *Digital Markets Act* är att ett företag som betecknats som grindvakt kommer att ha från och med stunden för designering en skyldighet att tillgängliggöra den *big data* som omfattas av *Digital Markets Act* för sina företagsanvändare och eventuella tredje parter, medan ett företags status som dominant undersöks mot bakgrund av art 102 FEUF först efter att potentiellt missbruk har skett. *Digital Markets Act* har alltså ett mer preventivt tillvägagångssätt för att säkerställa att de digitala marknaderna förblir öppna och rättvisa genom att ålägga en skyldighet för att viktiga och oundgängliga resurser såsom *big data* tillgängliggörs vid förfrågan, med konkreta straffbestämmelser.

*Digital Markets Act* inför en skyldighet att tillgängliggöra bl.a. den typ av data som kan falla inom definitionen för *big data* gentemot sina företagsanvändare och eventuella tredje parter mot bakgrund av väldigt specifika omständigheter, och endast inom ramarna för tillhandahållandet av sin centrala plattformstjänst. *Big datas* oundgänglighet i konkurrensrättslig mening bedöms däremot mot omständigheter relevanta för det specifika fallet, och beror inte på något konkret, snävt, hypotetiskt scenario. Principen om nödvändiga nyttigheter kan appliceras i fråga om vilken resurs som helst som relaterar till dominantens vägran och som kan uppfylla de universella kraven.

De för frågeställningen relevanta skyldigheter som presenteras i *Digital Markets Act* innebär också ett kostnadsfritt tillgängliggörande. EUD inom ramarna för principen om nödvändiga nyttigheter lämnar frågan om villkoren för tillgängliggörande av nyttigheten i stort sett obehandlad, alltså så länge det rör sig

om rättvisa och icke-diskriminerande villkor som inte faller under missbruksbegreppet och art 102 a), c) och d) FEUF.

Trots att *big data* inte uttryckligen nämns i *Digital Markets Act*, är de skyldigheter som följer av denna förordning, och som kan falla inom ramarna för just data som *big data*, specifika och situationsberoende. En bedömning av andra omständigheter, såsom t.ex. resursens outhållighet och de andra kriterierna relevanta för principen om nödvändiga nyttigheter, följer dock inte av *Digital Markets Act* och är således inte relevant utifrån förordningen. En sådan bedömning är en viktig utgångspunkt för principen om nödvändiga nyttigheter. Att undersöka en resurs, som faller inom definitionen av ett redan så brett koncept som *big data*, mot bakgrund av fler omständigheter än bara de specifika situationer nämnda i *Digital Markets Act* kan anses vara ett mer omfattande tillvägagångssätt som är mer fördelaktigt gentemot det företag som vägrar eller vill vägra ge tillgång till resursen.





## 4. Sammanfattning och slutsatser

*Big data*, för vilken det saknas en rättsligt bindande definition, kan som bevisats komma i många olika former och sammanhang, och kan därmed även potentiellt utgöra en oumbärlig resurs för företag verksamma inom den digitala sektorn av den inre marknaden.

Huruvida det är förbjudet för ett företag att vägra tillgängliggöra *big data* för sina konkurrenter beror alltså på vilket företag det handlar om samt sammanhang för *big data* som resurs. Eftersom *Digital Markets Act* är en mer preventiv rättsakt som inte påverkar tillämpningen av art 102 FEUF, kan en vägran att tillgängliggöra vissa typer av *big data* falla inom ramarna för tillämpningen av båda rättsakter.

I relation till principen om nödvändiga nyttigheter är det förbjudet för ett företag som har en dominerande ställning på den relevanta marknaden att vägra tillgängliggöra *big data* för sina konkurrenter på den härledda marknaden, om den i sammanhanget bedöms utgöra en oumbärlig resurs. Detta bedöms mot bakgrund av de fyra kriterier som utvecklats genom de europeiska domstolarnas rättspraxis. De fyra kriterierna som i skrivande stund faller inom ramarna för den aktuella uppfattningen av principen om nödvändiga nyttigheter är alltså resursens (här: *big datas*) oumbärlighet och tillgång till substitut, vägrans påverkan på den härledda marknaden genom risk för eliminering av konkurrens (i skrivande stund oklart om det skulle handla om konkurrens i sin helhet eller till och med enbart all effektiv konkurrens), vägrans påverkan på marknaden genom skapande av hinder för introduktion av en ny produkt (i skrivande stund oklart om det måste identifieras en potentiell efterfrågan från konsumenternas sida för en specifik ny produkt, eller om det räcker med utgångspunkt i mer hypotetiska hinder genom begränsade av möjligheter till teknisk utveckling), samt eventuella andra särskilda

omständigheter, med avsaknad av objektiva godtagbara argument bakom vägran som ett etablerat exempel.

Utifrån de skyldigheter som åläggs grindvakterna i enlighet med *Digital Markets Act*, måste ett företag som designeras som grindvakt (alltså ett som uppnår till de kvantitativa trösklarna i *Digital Markets Act*) tillgängliggöra vissa typer av data, som i många sammanhang kan falla inom ramarna för *big datas* allmänt accepterade definition, för sina företagsanvändare i samband med den relevanta centrala plattformstjänst, samt vissa relevanta tredje parter, i konkreta situationer uppräknade i art 5-7 *Digital Markets Act*. Detta tillgängliggörande ska ske kostnadsfritt och på rättvisa och icke-diskriminerande villkor.

En relevant frågeställning för framtida debatter, som inte berörs av denna uppsats, kan vara huruvida begränsade av ett företags avtalsfrihet, särskilt med utgångspunkt i preventiva regler såsom *Digital Markets Act*, inte har gått för långt, och huruvida unionens konkurrensrättsliga bestämmelser i art 102 FEUF, som även kan appliceras på *big data* utifrån innebörden av principen om nödvändiga nyttigheter, inte redan är tillräckliga för att säkerställa den inre marknadens funktion utan att avtalsfriheten begränsas ännu mer.

En annan potentiell frågeställning kan handla om *big datas* rättsliga status. *Big datas* karaktäristiska drag och användning kan skilja sig drastiskt från den aktuella rättsliga definitionen av data. Är skillnaderna så pass stora och grundläggande för att konstituera en förändring i *big datas* rättsliga status som en annan typ av resurs, till skillnad från all data som finns rent generellt och i stort?

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt

Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 (Förordningen om digitala marknader)

Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn, COM(2020) 842, 2020/0374 (COD)

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03)

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

## Litteratur

de la Mano, Miguell; Nazzini, Renato, och Faull, Hans Zenger, "General Principles, Article 102" I Faull, Jonathan och Nikpay, Ali, *The EU Law of Competition*, Oxford University Press, 3. uppl., Oxford 2014

De Mauro, Andrew; Greco, Marco, och Grimaldi, Michele, "A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features" (2016), *Library Review* 65 (3)

Graef, Inge, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolter Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida, "EU-rättslig metod : teori och genomslag i svensk rättstillämpning", Norstedts Juridik, 2. omarb. uppl., Stockholm 2011

Ryan, Deirdre, "Big Data and the Essential Facilities Doctrine: A Law and Economics Approach to Fostering Competition and Innovation in Creative Industries", 10(1), *JLJ (Journal of Law and Jurisprudence)*

Shelanski, Howard A., "Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet" (2013) 161, 6 (1663), *ULPR (University of Pennsylvania Law Review)*

Qi, Juan, *Application of essential facilities doctrine to "big data": US and EU perspectives* (2019) 40 (4), *E.C.L.R (European Competition Law Review)*

## **Internetkällor**

Gartners IT Glossary, "Big data", <<http://www.gartner.com/it-glossary/big-data/>> (hämtad: 20 december 2022)

## **Övriga källor**

Kommissionär Meglena Kunevas tal, "Keynote Speech - Roundtable on Online Data Collection, Targeting and Profiling", SPEECH/09/156 <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-09-156\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-09-156_en.htm)> (hämtad: 15 december 2022)

# Rättsfallsförteckning

## Europeiska unionen

### EU-domstolen

Dom av den 12 juli 2012, Compass-Datenbank GmbH mot Republik Österreich, C-138/11, EU:C:2012:449

Dom av den 24 oktober 2002, Aéroports de Paris mot Europeiska kommissionen, C-82/01 P, EU:C:2002:617

Dom av den 14 februari 1978, United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission, 27/76, EU:C:1978:22

Dom av den 23 april 1991, Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH, C-41/90, EU:C:1991:161

Dom av den 29 juni 1971, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV mot Kommissionen, 77/77, EU:C:1978:141

Dom av den 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. och Commercial Solvents Corporation mot Europeiska gemenskapernas kommission, 6/73 och 7/73, EU:C:1974:18

Dom av den 29 april 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG, C-418/01, EU:C:2004:257

Dom av den 14 november 1996, Tetra Pak International SA mot Europeiska gemenskapernas kommission, C-333/94 P, EU:C:1996:436

Dom av den 6 april 1995, Telefis Eireann och Independent Television Publications Ltd mot Europeiska gemenskapernas kommission, C-241/91 och C-242/91, EU:C:1995:98

Dom av den 5 oktober 1988, Volvo mot Eric Veng, 238/87, EU:C:1988:477

Dom av den 26 november 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs, C-7/97, EU:C:1998:569

## Tribunalen

Dom av den 17 september 2007, Microsoft mot Kommissionen, T-201/04,  
EU:T:2007:289

## EU-kommissionen

Kommissionens beslut av den 24 mars 2004, Microsoft, COMP/C-3/37.792

Kommissionens beslut nr 72/457/EEG av den 14 december 1972 (EGT nr L 299,  
31.12.1972, s. 51, fransk version)