



EKONOMI-
HÖGSKOLAN

När är data en nödvändig nyttighet?

En analys av skyldigheten att dela data i det
digitala ekosystemet

Rezan Waissi

INSTITUTIONEN FÖR HANDELSRÄTT

Affärsjuridisk kandidatuppsats

15 högskolepoäng

HARH13

HT 2023

Sammanfattning

Den tekniska utvecklingen har påverkat hur vi interagerar och bidragit till betydande framsteg. Samtidigt har den medfört utmaningar i form av bristande differentiering på den inre marknaden till följd av varierande datainnehav bland aktörer. Företag och organisationer strävar efter att dra nytta av data för att skaffa konkurrensfördelar och främja innovation. I detta sammanhang står EU inför utmaningen att minska beroendet av utländska teknikbolag och säkerställa en balanserad samt konkurrenskraftig digital marknad.

Mot bakgrund av dessa utmaningar och behovet av att reglera datadelning har EU infört två viktiga regelverk: Europaparlamentets och rådets förordning om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn (DMA) samt Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för skälig åtkomst till och användning av data (dataförordningen). Syftet med dessa förordningar är att främja konkurrens och innovation genom tvingande regler för datadelning och därigenom reducera maktkoncentrationen hos stora teknikbolag.

Denna uppsats fokuserar på doktrinen om nödvändiga nyttigheter enligt artikel 102 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och dess tillämpning på data. Den analyserar de specifika situationer där data kan anses vara en nödvändig nyttighet och granskar vilka skyldigheter som följer av DMA och dataförordningen gällande datadelning. För att genomföra denna analys tillämpas EU-rättslig metod, där primärrätten, förordningar och EU-domstolens praxis används för att noggrant analysera och jämföra de olika regelverken. Studien identifierar att data i vissa situationer kan betraktas som en nödvändig nyttighet, men att inga generella slutsatser kan dras på grund av datas unika egenskaper.

Sammanfattningsvis utmanar DMA och dataförordningen den nuvarande maktkoncentrationen hos stora teknikbolag på den digitala marknaden. Regelverken är dock kontroversiella och väcker debatt om konflikten mellan överreglering och innovation varav bedömningen görs att balans krävs för att säkerställa att företag inte förlorar incitament att investera i innovation.

Ämnesord: Data, konkurrens, innovation, nödvändiga nyttigheter, datadrivna affärsmodeller.

Abstract

The technological development has influenced how we interact and has contributed to significant progresses. Simultaneously, it has brought challenges, particularly in the form of a lack of differentiation within the internal market due to varying control of data among actors. Companies and organizations strive to leverage data to gain competitive advantages and promote innovation. In this context, the EU faces the challenge of reducing dependence on foreign technology companies and ensuring a balanced and competitive digital market.

In the light of these challenges and the need to regulate data sharing, the EU has introduced two crucial regulations: Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of The Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) and Regulation of The European Parliament and of The Council on harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act). The objective of these regulations is to foster equitable competition and innovation through the oversight of data sharing, consequently mitigating the consolidation of market dominance among prominent tech companies.

This thesis scrutinizes specific scenarios where data may be deemed an essential facility under article 102 in The Treaty on the Functioning of The European Union (TFEU) and examines the corresponding obligations outlined in DMA and Data Act concerning data sharing. Employing the EU legal method, this analysis relies on primary law, regulations, and the case law of the EU Court of Justice to meticulously assess and compare distinct legal frameworks. The study reveals that, in certain situations, data can be considered an essential facility. However, due to the unique characteristics of data, no general conclusions can be drawn. In conclusion, DMA and the Data Act challenges the current power concentration of “big tech” in the digital market. Nevertheless, these regulations spark a debate about the conflict between overregulation and innovation, leading to the assessment that balance is required to ensure that companies do not lose incentives to invest in innovation.

Keywords: Data, competition, innovation, infrastructure, data-driven business models, essential facility doctrine.

Förord

Jag vill börja detta förord med att rikta ett varmt tack till min man. Ditt oändliga stöd och din förståelse har varit avgörande för mig under hela min studietid.

Innan jag fördjupar mig i ämnet för denna uppsats, vill jag även tacka min handledare Johan Axhamn vars vägledning och kunskaper varit ovärderliga under skrivprocessen.

Innehåll

Sammanfattning	3
Förkortningar	8
1 Inledning	9
1.1 Bakgrund.....	9
1.2 Syfte och frågeställningar	11
1.3 Metod och material	12
1.4 Disposition	13
2 Datadrivna affärsm modeller och konkurrensrätten	14
2.1 EU-samarbetet och konkurrensrättens kärna	14
2.2 Datadrivna affärsm modeller i det digitala ekosystemet.....	15
2.2.1 Big data	15
2.2.2 Sakernas internet	16
2.3 Missbruk av dominerande ställning	17
2.4 Den relevanta marknaden	19
2.5 Datadriven innovation och konkurrens.....	21
2.5.1 Kan den relevanta produktmarknaden definieras med traditionella verktyg?.....	23
2.6 Doktrinen om nödvändiga nyttigheter	26
2.6.1 Nödvändiga nyttigheter kontra äganderätten	28
2.7 Leveransvägran enligt doktrinen om nödvändiga nyttigheter	33
2.8 Nödvändiga nyttigheter enligt tidigare rättspraxis.....	31
2.8.2 Stena Sealink Ports.....	31
2.9 När kan läran om nödvändiga nyttigheter tillämpas på datadriva marknader?	34
2.9.2 Möjligheter och utmaningar med läran om nödvändiga nyttigheter	37
3 Digital Markets Act	43
3.1 Ny lagstiftning i en ny tid	39
3.1.1 Det materiella tillämpningsområdet	40
3.2 Grindvaktens skyldigheter.....	41
3.3 Överlappningen mellan förordningen om digitala marknader och konkurrenslagstiftningen	42
3.3.1 Förhållandet till doktrinen om nödvändiga nyttigheter	43
4 Dataakten.....	45
4.1.1 Tillämpningsområdet	46
4.1.2 Användares rätt att få tillgång till och dela data.....	47
4.2 Kopplingen till konkurrensrätten	48
4.3 När är IoT-data en nödvändig nyttinghet?	49
5 Sammanfattning & slutsatser	51
5.1.1 En konkurrenskraftig marknad på bekostnad av grindvakter.....	52

5.1.2	Slutsatser	52
	Källförteckning	53

Förkortningar

DMA	Europaparlamentets och rådets förordningen (EU) 2022/1925 av den 14 september 2022 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)
Dataförordningen	Europaparlamentets och rådets förordningen (EU) 2023/2854 av den 13 december 2023 om harmoniserade regler för skäligen åtkomst till och användning av data och om ändring av förordning (EU) 2017/2394 och direktiv (EU) 2020/1828
EDPS	European Data Protection Supervisor
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GVC	Global Value Chain
Kommissionen	Europeiska kommissionen
TP	Tredje part
OECD	Organisationen för ekonomisk samarbete och utveckling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den tekniska utvecklingen har påverkat hur vi interagerar och konsumerar, samt banat väg för en våg av innovativa produkter och affärsmodeller genom möjligheten att samla in och analysera data. Europeiska unionen (EU) har i flera rättsakter definierat data som varje digital återgivning av handlingar, fakta eller information, även i form av bildupptagningar, ljudupptagningar och audiovisuella upptagningar.¹ Vi befinner oss i en tid där enheter normalt är uppkopplade till internet och där sensorer allmänt är förekommande i vår omgivning och genererar stora mängder data.² Den mängd data som produceras runt om i världen ökar lavinartat, från 33 zettabyte 2018 till förväntade 175 zettabyte 2025, varav dataekonomins värde förväntas stiga från 301 miljarder till 829 miljarder euro.³ Fyra femtedelar av databehandling sker i molnet i datacentraler, en femtedel utförs i uppkopplade produkter såsom bilar, samt i närheten av användaren, s.k. ”edge computing”, även detta förväntas ändras markant.⁴ Företag och organisationer är inriktade på att samla in, lagra och analysera sådana data för att extrahera insikter och förstå användarmönster.

Det tekniska ekosystemet innefattar användningen av avancerade analysverktyg, maskininlärning och artificiell intelligens för att företagen ska kunna dra nytta av den information de besitter och för att skaffa konkurrensfördelar.⁵ Detta system är dock komplext och omfattar såväl aktörer involverade i leveranskedjan som mångfalden av produkter och tjänster, och tillsammans utformar de den nya dataekonomin.⁶ Liksom oljan var en avgörande resurs för den industriella revolutionen, anses data vara bränslet i den nya dataekonomin som driver utvecklingen framåt. Användningen av data bidrar till resurseffektivitet och produktivitetsvinster inom alla sektorer i ekonomin. I en tid där produkter och tjänster blir alltmer individanpassade och skräddarsydda för varje användare, är insikterna som samlas in från data ovärderliga. Tillgången till och användningen av data är således en viktig förutsättning för innovation och tillväxt.

¹ Förordningen om digitala marknader (DMA) artikel 2.24.

² Canavillas, Wolfgang, *New Horizons for a Data-Driven economy*, Springer Open, 2016, s. 3.

³ Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, en EU-strategi för data, s. 3.

⁴ EU Kommissionens vitbok om artificiell intelligens COM (2020) 65 final.

⁵ Kommissionens meddelande till Europaparlamentet om en datadriven ekonomi COM (2014) 442.

⁶ Ibid, s. 2.

Företag som inte lyckas anpassa sig till datadrivna affärsmodeller riskerar inte enbart att förlora betydande konkurrensfördelar utan även marknadsandelar och medföljande intäkter.⁷ Om insikter från data är begränsade till följd av obalanser i marknadsstyrka påverkas innovationskraften i Europa, som för närvarande har en svagare ställning då marknaden för digitala tjänster och produkter domineras av aktörer utanför Europeiska unionen (EU).⁸ Företag i USA är kända för sina insatser inom datateknik medan företag etablerade i EU har halkat efter och är beroende av utländsk teknologi.⁹ Denna typ av beroendeförhållande hämmar bolag som är etablerade i EU och bidrar till maktobalans inom den digitala sektorn, särskilt då data inte enbart är en strategisk tillgång för ledande tech-bolag utan även en nödvändig nyttighet för diverse andra aktörer på eftermarknaden. Doktrinen om nödvändiga nyttigheter tillämpas i situationer då ett företag har kontroll över en infrastrukturell resurs som är nödvändig för att andra företag på den härledda marknaden ska kunna bedriva näringsverksamhet eller utveckla en ny produkt. För att främja konkurrens och förhindra missbruk av dominerande ställning kan konkurrensmyndigheter kräva att det företag som äger eller kontrollerar resursen, ger andra företag tillgång till den¹⁰

Koncentrationen av data och makt hos stora tech-bolag ger upphov till betydande utmaningar och väcker vissa frågor, särskilt då data är livsnerven i ekonomisk utveckling och leder till bättre beslutfattande och uppgradering av tjänster.¹¹ Mindre resursstarka bolag är beroende av datatillgång för att kunna konkurrera och inte slås ut från marknaden till följd av tech-bolagens närvaro. Datadelning utgör därmed en viktig komponent i det digitala ekosystemet och är nödvändig för att mindre bolag inte ska förlora incitament att konkurrera, men som det ser ut idag får de sällan tillgång till data. Dominerade företag som vägrar att dela data med tredje part kan strida mot gällande rätt, särskilt artikel 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) vilken medför leveransskyldighet. Dess tillämpning är dock komplext då avancerade utredningar behöver göras i varje enskilt fall och ex post, - det vill säga först när en överträdelse har skett. Det konkurrensrättsliga regelverket möter således inte de utmaningar som digitaliseringen medför på ett tillräckligt effektivt sätt.¹² Mot bakgrund av dessa förhållanden har EU format en digital strategi bestående av olika regelverk med målet att lösa digitaliseringens utmaningar.

⁷ Brownlow m.fl, *Data-Driven Business Models*, Cambridge University, (2015), s.1.

⁸ Kommissionens meddelande till Europaparlamentet om en digital strategi för data, COM (2020) 66, s. 3.

⁹ Canvillas, *Wolfgang, New Horizons for a Data-Driven Economy*, Springer Open (2016), s. 4.

¹⁰ Bernitz, *Svensk och Europeisk Marknadsrätt 1*, Norstedts Juridik, 5 uppl., 2019, s. 155.

¹¹ Kommissionens meddelande till Europaparlamentet om en digital strategi för data COM (2020) 66, s. 4.

¹² Axhamn, *Nya regler för big tech och andra plattformstjänster*, s. 2.

Europaparlamentet och rådets förordning om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv 2019/1937 och 2020/1828 (DMA) innehåller skyldigheter för plattformstjänster som betecknas grindvakter. Med grindvakter förstås ledande plattformstjänster som har en betydande inverkan på den inre marknaden.¹³ Regelverket kompletterar artikel 102 FEUF och uppställer krav som grindvakter måste följa ex ante (på förhand). Skyldigheterna att dela data återfinns i artikel 5.8-5.12 och syftar till att främja rättvisa och öppenhet genom tvingande datadelningsregler. Syftet med förordningen är att främja konkurrens och innovation. Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för skälig åtkomst till och användning av data (dataförordningen) innehåller regler för tillgång till och delning av data som härrör från uppkopplade produkter varav skyldigheten att dela data med användare och tredje part anges i artikel 4.1 respektive 5.1. Syftet med förordningen är att mellan aktörerna i dataekonomin rättvis fördela nyttor från data som härstammar från uppkopplade produkter.¹⁴

Datareglering är inget nytt fenomen, och brister relaterat till datahantering har uppmärksammats förut, dock ur ett integritetskyddsperspektiv. Emellertid har den tekniska utvecklingen medfört att annan data än personuppgiftsdata blivit föremål för granskning inom konkurrensrätten. I detta avseende är det intressant att utföra en analys av konkurrensrättens bestämmelser avseende kontraheringsplikt och jämföra dessa med skyldigheterna att dela data enligt DMA och dataförordningen.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att beskriva och analysera doktrinen om nödvändiga nyttigheter med utgångspunkt i artikel 102 FEUF och dess tillämpning på data, samt att analysera innebörden av DMA respektive dataförordningen avseende skyldigheterna att dela data och de intentioner som framgår av ordalydelseerna. För att uppnå uppsatsens syfte kommer följande frågor att besvaras:

1. Under vilka förutsättningar kan data anses utgöra en nödvändig nyttighet i enlighet med artikel 102 FEUF?
2. Vilka skyldigheter anger DMA och dataförordningen i fråga om datadelning?
3. Hur förhåller sig skyldigheterna i DMA respektive dataförordningen till doktrinen om nödvändiga nyttigheter?

¹³ Axhamn, Nya regler för Big tech och andra plattformstjänster, s. 2

¹⁴ Förordningen om skälig åtkomst till och användning av data (dataförordningen), skäl 5.

1.3 Metod och material

För att uppnå uppsatsens syfte kommer EU-rättslig metod användas för att analysera såväl doktrinen om nödvändiga nyttigheter som villkoren för datadelning i DMA och dataförordningen, vilket innebär att EU-rättskällor kommer att tillämpas för att angripa problematiken. Överst i EU:s rättskällehierarki finns EU- och EUF-fördragen och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, följt av allmänna principer samt rättsakter. Bindande rättskällor inom EU inkluderar primärrätten som utgörs av fördragen, samt sekundärrätten som består av förordningar, direktiv och beslut. Av bindande natur är även EU-domstolens mål och praxis, vilka kommer användas för att tolka doktrinen om nödvändiga nyttigheter. Vidare finns rättskällor som yttranden, preamble och förarbeten vilka inte är bindande men av betydelse för att kunna förstå de bakomliggande intentionerna och de politiska målen.¹⁵

Den EU-rättsliga metoden lämpar sig väl för uppsatsen i fråga om analys av de specifika lagbestämmelserna och deras tillämpning inom datadelningskontexten. Doktrinen om nödvändiga nyttigheter bottnar i den europeiska primärrätten och har utgångspunkt i artikel 102 FEUF. Tolkning av primärrätten är dock inte tillräckligt för att kunna bedöma doktrinen fullt ut, därav har även EU-domstolens avgöranden betydelse för denna undersökning varav gällande rätt tolkas i ljuset av europadomstolens domar och tolkningar.¹⁶ DMA tillhör sekundärrätten och utgör den rättsliga ramen i fråga om grindvaktens skyldigheter att dela data till tredje part och kommer att jämföras med de konkurrensrättsliga bestämmelserna. Även dataförordningen tillhör sekundärrätten, och utgör primära rättsliga ramen för datadelning i fråga om data som härrör från uppkopplade produkter och kommer analyseras i ljuset av primärrätten. Genom att fokusera på centrala bestämmelser kan studien ge inblick i de rättsliga aspekterna av datadelning. Förarbeten studeras inklusive kommissionens yttranden och vitbok för att få inblick i lagstiftningens intentioner. Även vetenskaplig litteratur kommer att användas i syfte att uppnå en nyanserad analys. De nämnda rättskällorna är viktiga för att förstå de politiska överväganden och den rättsliga kontexten bakom DMA och dataförordningen och deras koppling till doktrinen om nödvändiga nyttigheter.

¹⁵ Mål 215/88 Casa Fleischhandel mot BALM, p. 31.

¹⁶ Hettne, Eriksson, EU-rättslig metod, Nordsteds juridik, 1 uppl., 2005, s. 53–67.

1.4 Disposition

Mot bakgrund av frågeställningen studeras inledningsvis det konkurrensrättsliga perspektivet av datadelning inklusive vägran att tillgängliggöra en efterfrågad resurs. Det konkurrensrättsliga perspektivet inleder kapitel två och studeras mot ljuset av artikel 102 FEUF och kommer behandla doktrinen om nödvändiga nyttigheter, dess utveckling och tillämpning, varav ett antal domar och beslut studeras då doktrinen växt ur rättspraxis. Kapitel tre inkluderar beskrivning och analys av DMA varav artikel fyra tar sikte på dataförordningen. De bakomliggande politiska målen med avseende på datadelningsskyldigheter studeras i relation till respektive förordning och kapitel. Centrala bestämmelser studeras i varje kapitel för att kunna klargöra lagstiftarnas intentioner och lagstiftningens eventuella effekt. Slutligen analyseras materialet i kapitel fem. Med detta följer en diskussion kring data som konkurrensmedel, i vilken utsträckning det utgör en nödvändig nytta och under vilka förutsättningar företag kan vägra datadelning. Med detta följer en jämförelse av samtliga förordningar och deras effekter på datadelningslandskapet med konkurrens och innovation i fokus.

2 Datadrivna affärsmoeller och konkurrensrätten

I detta kapitel studeras läran om nödvändiga nyttigheter mot bakgrund av artikel 102 FEUF. Detta eftersom företag med datadrivna affärsmoeller kan en dominerande ställning, därav syftar kapitlet till att redogöra för lärans framväxt och dess tillämpning på data ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

2.1 EU-samarbetet och konkurrensrättens kärna

Den moderna europeiska integrationsideologin bygger på idén om ett överstatligt samarbete varigenom medlemsstaterna överfört delar av sin nationella suveränitet i syfte att upprätthålla en integrerad europeisk marknad. Centralt för samarbetet är säkerställandet av medborgarnas, företagens och samhällets välfärd inom EU. Den europeiska samarbetsstrukturen innebär således att EU har befogenhet att agera inom de ramar som medlemsstaterna har beslutat att överföra till gemenskapen.¹⁷ Vad gäller konkurrensrättslig reglering har EU exklusiv befogenhet att fastställa lagar som är nödvändiga för att upprätthålla den inre marknaden, vilket stadgas i artikel 3.1 b i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).¹⁸ Fördraget tillhör primärrätten och innehåller regler som tar sikte på att hindra begränsningar samt snedvridningar av konkurrensen på den inre marknaden. Den rättsliga grunden stipuleras i artikel 3.3 i fördraget om Europeiska unionen (FEU) enligt vilken;

”Unionen ska upprätta en inre marknad. Unionen ska verka för en hållbar utveckling i Europa som bygger på välavvägd ekonomisk tillväxt och på prisstabilitet, på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas [...]”

Unionens inre marknadsolitik utgör kärnan i EU-samarbetet och återfinns i artikel 26 FEUF som föreskriver att unionen ska besluta om åtgärder för att upprätthålla den inre marknaden.¹⁹ Frågan är om det med hänsyn till datamarknadens framfart behövs skärpt konkurrenslagstiftning för att råda bot på digitaliseringens utmaningar?

¹⁷ Bernitz, Kjellgren, introduktion till EU, Nordstedts Juridik, 7 uppl., 2021 s. 11.

¹⁸ Bernitz, Kjellgren, Europarättens grunder, Nordstedts juridik, 7 uppl., 2022s. 435.

¹⁹ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/sv/sheet/82/konkurrensolitik>.

2.2 Datadrivna affärsmodeller i det digitala ekosystemet

2.2.1 Big data

Stora mängder data, d.v.s. "big data" hänvisar till en samling datamängder som är så stor och komplexa att traditionella databassystem inte effektivt kan hantera eller bearbeta informationen. Big data definieras som informationsresurser med hög volym, hög velocitet och hög variation, som kräver nya former av bearbetning för att möjliggöra förbättrat beslutsfattande, insikter och processoptimering. Enligt denna definition omfattar big data inte bara volym, utan även komplexiteten hos data, vilket innefattar olika typer av strukturerad eller ostrukturerad data, inklusive text, bild, ljud och video.²⁰ I takt med den tekniska utvecklingen ökar såväl behovet som användningen av datadrivna affärsmodeller och omfattar alla möjliga sektorer som detaljhandeln, livsmedelsbutiker, annonsnätverk, sökmotorer, sociala nätverk, internetleverantörer, finansinstitut, försäkringsbolag och dataföretag. Samtidigt har källorna till datainsamling expanderat och inkluderar allt från nätverksanslutna sensorer till bärbara enheter och smarta apparater.²¹

Även om det är svårt att exakt mäta den totala datavolym som genereras och lagras vid varje given tidpunkt, har framstegen inom online-plattformar, digital teknik och den ökade kapaciteten för att lagra data möjliggjort skapandet av omfattande databaser på en nivå som tidigare var otänkbart. Dataanalys möjliggörs bl.a. genom att internetanvändare lämnar permanenta spår online, jämförbara med silkesmaskars avlagda "silke" som sedan används för olika ändamål av både offentliga och privata organisationer.²² Vidare genereras stora volymer "utmatningsdata," d.v.s. data som skapas som en biprodukt av företagets vanliga verksamhet som exempelvis försäljningstransaktioner och interaktioner med kunder. Insamlingen, lagringen och analysen av denna data är kostnadseffektivt, och förmågan att utvinna insikter från stora datamängder förbättras kontinuerligt i takt utvecklandet av sofistikerade programvaror.²³ Tillgången till och mångfalden av information som kan samlas in möjliggör numera för företag att kunna erhålla detaljerad information om kunder, såsom ålder, kön, plats, hushållssammansättning, kostvanor, biometriska data, klädpreferenser och många andra egenskaper.²⁴

²⁰ Big Data Definition, IT Glossary, GARTNER. Some add a fourth V for "veracity."

²¹ Canavillas, Wolfgang, Springer Open, 2016, s. 4.

²² EDPS, Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data, 2014, s. 2.

²³ Tucker and Wellford, Big Mistakes Regarding Big Data, The Antitrust Source, 2014, s. 3.

²⁴ DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL. s. 2.

Vissa företag har kapacitet att bearbeta data i realtid för att exakt förutse aktuella händelser såsom trafikförhållanden och virusutbrott, på en nivå där osäkerhet i prognoser elimineras. Denna förmåga gör att företag kan tillhandahålla mer aktuell och relevant information till konsumenter.²⁵ Följaktligen uppstår betydande fördelar för såväl företag som myndigheter genom innovation, förbättring och effektivisering i produktionsprocesser, prognostisering av marknadstrender, bättre beslutsfattande och förstärkt konsumentsegmentering. Många av dessa vinster överförs till konsumenter, vilka erbjuds skräddarsydda och kontinuerligt förbättrade tjänster som ofta tillhandahålls utan kostnad. Målinriktad reklam utgör en viktig komponent eftersom dessa täcker kostnaderna för innehåll på internet som tillhandahålls kostnadsfritt, samtidigt finns en baksida med detta. På reklamsidan hävdas det nämligen att insamlingen av stora mängder användardata och användningen av sådan data för att rikta annonser till användare leder till högre reklampriser. Dessa högre priser överförs sedan till konsumenterna i form av ökade priser på varor och tjänster.²⁶

2.2.2 Sakernas internet

Begreppet Internet of Things (IoT) även kallat sakernas internet, används för att beskriva inbyggda enheter med internetanslutning. IoT är numera lika vanlig som elektricitet, som sådan är den fundamental för ekonomisk och social utveckling på ett sätt som inte gick att förutse så sent som för två decennier sedan.²⁷ Haller, Karnouskos och Schroth beskriver IoT: “a world where physical objects are seamlessly integrated into the information network, and where the physical objects can become active participants in business processes. [...]”²⁸

Det bör påpekas att dessa "saker" inte nödvändigtvis behöver vara högteknologiska produkter.²⁹ I själva verket kan sakernas internet vara föremål som har digitaliserats eller utrustats med digital teknik som exempelvis sammankopplade maskiner.³⁰ Kombinationen av nätverksanslutning, omfattande sensorer och analystekniker möjliggör i ett senare led för innovation.³¹

²⁵ Ibid, s. 2.

²⁶ V. Lerner, The role of “big data” in online platform competition, (2014) s.4.

²⁷ OECD, Seizing the benefits and addressing the challenges, digital economy papers, No. 252, (2016) s.4.

²⁸ Weber, Internet of Things, Legal Perspectives, Springer (2010) s.1.

²⁹ Ibid, s. 1.

³⁰ OECD: Seizing the benefits and addressing the challenges (2016), s.5.

³¹ Ibid, s. 5.

2.3 Missbruk av dominerande ställning

2.3.1 Den rättsliga ramen

Som tidigare konstaterats har doktrinen om nödvändiga nyttigheter vuxit fram genom rättspraxis i avsaknaden av en konkret definition i FEUF. För att få insikt i doktrinen om nödvändiga nyttigheter och analysera dess innebörd måste den rättsliga ramen bakom doktrinen först undersökas. Till grund för den ligger förbudet mot missbruk av dominerande ställning vilket enligt ordalydelsen i artikel 102 FEUF innebär:

”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”

Därefter följer en lista på åtgärder som utgör missbruk enligt artikeln. Bedömningen av huruvida ett dominerande företag tenderar att snedvrída konkurrensen är förenad med specifika faktorer. Det bör påpekas att listan över åtgärder som kan utgöra missbruk enligt artikel 102 inte är uttömmande vilket bidragit till att doktrinen om nödvändiga nyttigheterna kunnat utvecklas över tid beroende på de specifika omständigheter som karakteriserar det ifrågavarande förfarandet och den resurstyp som det dominerande företaget kontrollerar. För att undersöka den praktiska innebörden av ordalydelsen bör begreppen dominerande ställning, relevant marknad och missbruk definieras eftersom alla dessa kriterier måste vara uppfyllda för att artikel 102 och doktrinen om nödvändiga nyttigheter ska bli tillämpligt.

2.3.1.1 Dominerande ställning

Missbruk av dominerande ställning aktualiseras då ett företag eller företagsgrupp, d.v.s. en ekonomisk enhet, ensidigt utnyttjar sin dominerande ställning. En förutsättning för att artikel 102 ska bli tillämpligt är följaktligen att ett företag, eller en företagsgrupp är dominerande. Med företag avses varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett dess rättsliga form eller sättet för dess finansiering.³² Dominans mäts genom ett antal olika kriterier, i Hoffman La Roche har dominans beskrivits som förmågan att agera oberoende av andra aktörer på marknaden.³³ Bedömningen baseras på hur företaget förhåller sig till utbud, produktion, priser och innovation samt om deras agerande har en negativ inverkan på konkurrensen. Att inneha dominerande ställning är inte per se förbjudet då regelverket tar sikte på

³² Marknadsdomstolen 1996:33.

³³ Mål 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG mot EU- kommissionen.

förfaranden snarare än funktioner.³⁴ Det är först när ett företag missbrukar sin dominerande ställning, i åtminstone en väsentlig del av marknaden, som en överträdelse sker. Kriteriet ”väsentlig del” tolkas brett och täcker dominans i ett helt land som delar av ett land, exempelvis har det bedömts att en hamn utgör en väsentlig del av marknaden med beaktande av dess betydelse för sjö-importen och exporten.³⁵ Slutligen ska det ha en påverkan på samhandeln. En helhetsbedömning görs i varje enskilt fall, där tre begrepp behandlas vid tillämpningen av kriteriet ”påverkan på handeln”, nämligen:

- a) **”Handeln mellan stater”** - Termen sträcker sig bortom konventionell handel med varor och tjänster över nationsgränserna och omfattar alla former av gränsöverskridande ekonomisk verksamhet. Data är således inget undantag och omfattas av begreppet. Tolkningen är i linje med de grundläggande målen i fördraget d.v.s. att främja fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital.³⁶
- b) **”Kan påverka”** - Enligt EG-domstolens etablerade prövning innebär uttrycket "kan påverka " att det med tillräcklig grad av sannolikhet, baserat på objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, måste vara möjligt att förutse att det aktuella förfarandet kan påverka handelsmönstret mellan medlemsstaterna, antingen direkt eller indirekt, i praktiken eller potentiellt. ”En tillräcklig grad av sannolikhet” grundar sig på objektiva omständigheter och kräver inte nödvändigtvis subjektiv avsikt från de företag som är inblandade.³⁷
- c) **”Märkbar effekt”** - Bedömningen av om det föreligger en märkbar effekt är beroende av de omständigheter som är specifika för varje enskilt fall, särskilt *förfarandets karaktär*, typen av *produkter* det inkluderar och *företagens position* på marknaden. Kravet på att det ska finnas effekt på handeln "mellan medlemsstater" innebär att gränsöverskridande ekonomisk verksamhet mellan åtminstone två medlemsstater måste påverkas. När förfarandet har potential att påverka handeln är tröskeln för vad som konstituerar en märkbar effekt lägre än vid förfaranden som saknar en sådan påverkanskraft. Ju mer ett företag befäst sin dominans på marknaden, desto troligare är det att ett förfarande bedöms ha märkbar effekt på samhandeln.³⁸

³⁴ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, s. 139.

³⁵ Mål C-179/90 p.15. (Porto di Genova).

³⁶ Tillkännagivande från kommissionen, riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i Fördraget, (2004/C 101/07), p. 18-20.

³⁷ Ibid, p. 23–25.

³⁸ Ibid, p. 21 och 45.

2.4 Den relevanta marknaden

2.4.1 Marknadsbegreppet

För att utreda förekomsten av dominans bland ett eller flera företag, måste den relevanta marknaden först identifieras. Artikel 102 i FEUF saknar en konkret definition av termen ”marknader”. Emellertid tillhandahåller EU-kommissionen riktlinjer för tolkningen av begreppet genom ett tillkännagivande från vilket två fundamentala komponenter av den aktuella marknaden identifieras, nämligen den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden.³⁹ Konkurrensrättens marknadsbegrepp skiljer sig från näringslivet tolkning genom att det är vidare. Företag använder vanligtvis termen för att beteckna det område varifrån de säljer sina produkter eller för att referera till den bransch de verkar inom.⁴⁰ Konkurrensrätten vidare tolkning är avsiktlig och syftar till att hindra dominanta företag från att agera oberoende.⁴¹

2.4.1.1 Den relevanta produktmarknaden

Den relevanta produktmarknaden omfattar enligt konkurrensrätten *”alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas utbytbara”*.⁴² I praktiken står företag inför tre begränsningstyper vad gäller konkurrens: utbytbarhet på efterfrågesidan, utbytbarhet på utbudssidan och potentiell konkurrens. Utbytbarheten på efterfrågesidan utgör den mest omedelbara och effektiva begränsningen för leverantörer av en specifik produkt, särskilt i fråga om prissättning. Därav identifieras primärt de alternativa källor som kunder till de berörda företagen har, både när det gäller produkter eller tjänster och leverantörers geografiska plats.⁴³ Även utbytbarheten på utbudssidan är av betydelse, dock har denna mindre omedelbar verkan i relation till konkurrensen och kräver ytterligare analys.⁴⁴ Potentiell konkurrens har liten betydelse för marknadsdefinitionen då förutsättningarna för att den potentiella konkurrensen faktiskt ska ha en effektiv konkurrensbegränsning, fastställs genom analys av specifika faktorer och omständigheter relaterade till inträdesvillkoren.⁴⁵

³⁹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03).

⁴⁰ Ibid, p. 3.

⁴¹ Ibid, p. 2.

⁴² Ibid, p. 7.

⁴³ Ibid, p. 13.

⁴⁴ Ibid, p. 14.

⁴⁵ Ibid, p. 24.

2.4.1.2 SSNIP-testet som underlag för marknadsdefinitionen

I Kommissionens tillkännagivande presenteras en hypotetisk tankemodell, känd som SSNIP-testet (Small but Significant Non-transitory Increase in Price) vilken används för att bedöma om konsumenter uppfattar en produkt som utbytbar. Bedömningen baseras på efterfrågsidans troliga reaktion på en liten och varaktig prishöjning om 5–10 %, varefter produktens utbytbarhet analyseras. Den fråga som därigenom besvaras är huruvida kunderna skulle gå över till lättillgängliga substitutvaror eller till andra leverantörer. Om företaget under den hypotetiska höjningen lyckas behålla sina kunder, betraktas produkten utgöra en egen marknad skild från andra produkter. Om reaktionen bedöms vara det motsatta, d.v.s. att konsumenterna väljer en annan produkt eller produktleverantör någon annan stans, anses den relevanta produkten utbytbar.⁴⁶ I de specifika sammanhang där utbytbarheten på utbudssidan kan jämföras med utbytbarheten på efterfrågsidan, både med avseende på effektivitet och omedelbarhet, kan även denna aspekt övervägas vid definitionen av marknaderna. För att uppfylla detta fordras att leverantörerna, som respons på små och varaktiga förändringar i de relativa priserna, har förmågan att snabbt anpassa sig till produktionen av de relevanta produkterna och marknadsföra dem på kort sikt, utan att betydande omkostnader eller risker uppstår. Under förutsättning att dessa kriterier uppfylls kommer den ökade produktionen som introduceras på marknaden ha en liten effekt på de berörda företagens konkurrensbeteende.

SSNIP-testet har applicerats tidigare i *United Brands*, varav bedömningen gjordes att banan utgör en egen produktmarknad, skild från andra frukter framför allt på grund av dess egenskaper. EU-domstolen framhöll att bananens avsaknad av kärnor, i förhållande till lätthanterlighet och konstant produktionsnivå samt dess konsistens och smak medförde att äldre, barn samt sjuka får ett varaktigt behov.⁴⁷ Det finns således en rad faktorer att beakta i bedömningen av substitutioner för att fastställa i vilken utsträckning det skulle kunna förekomma. Vissa uppgifter har stor betydelse och kan dessutom vara avgörande, vilket beror på dels egenskaperna hos den bransch och de produkter som undersöks, dels hur pass avgränsad branschen är. SSNIP-testet har dock kritiserats i doktrinen eftersom den är svår att tillämpa oavsett tjänsters och produkters funktion och form.⁴⁸

⁴⁶ Kommissionens tillkännagivande om den relevanta marknaden, p. 17.

⁴⁷ Mål C-27/76 *United Brands Company et United Brands Continentaal BV mot Europeiska gemenskapernas kommission* p. 31.

⁴⁸ Bernitz, Edwardsson, *Konkurrens på reglerade marknader: hur långt kan konkurrenslagen tillämpas?* Jure, Stockholm, 1999, s. 54.

2.4.1.3 Den relevanta geografiska marknaden

Den relevanta geografiska marknaden omfattar enligt kommissionen *”det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna och tjänsterna, inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade och som kan skiljas från angränsande geografiska områden framför allt på grund av väsentliga skillnader i konkurrensvillkoren”*.⁴⁹ Bedömningen av den relevanta geografiska marknaden är i stor utsträckning beroende av den relevanta produktmarknaden och förutsätter att denna fastställts.⁵⁰ Den geografiska marknaden omfattar således det område inom vilket de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna. Vid bedömningen ser man till likheter och skillnader i konkurrensvillkoren mellan företagen. Distributionsmöjligheter liksom transportkostnader har stor betydelse, även köparnas möjligheter att nå olika leverantörer.⁵¹

2.5 Datadriven innovation och konkurrens

2.5.1 Datas egenskaper och värde

Det går inte att förneka att datadriven innovation (DDI) har blivit livsnerven inom de flesta branscher i det moderna samhället då användningen av data möjliggör för affärsanalys och därigenom tillväxt. DDI innebär insamling och analys av data för att förbättra eller skapa nya produkter, processer, organisatoriska metoder och marknader och som på sikt adderar värde.⁵² Även om effektivitetsvinster från DDI är svåra att mäta, har tidigare studier visat att användare av DDI har en genomsnittlig produktivitetstillväxt som är 10% snabbare än deras motsvarigheter som inte utnyttjar DDI.⁵³ Att data numera betraktas som den nya oljan är därför inte förvånande, dock är detta jämförande resonemang vilseledande menar Haucap.⁵⁴ Till skillnad från olja är data en "icke-rivaliserande" vara; dess värde minskar inte för andra användare när det används för olika ändamål vid olika tillfällen, data har således en mer cirkulär natur.⁵⁵ Tekniskt sett hindrar en persons användning av data inte en annan persons användning av samma data, förutom vid rättsliga hinder. Vidare skiljer sig data från andra ekonomiska varor genom att dess värde baseras på förmågan att kombinera och utvinna kunskap från data. Vidare är data åtkomligt och kan samlas in från källor som webbplatser eller sensorer. Det är snarare

⁴⁹ Kommissionens tillkännagivande om den relevanta marknaden, p. 8.

⁵⁰ Ibid, p. 9.

⁵¹ Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, s. 139.

⁵² OECD (2015), Data-driven innovation: Big data for Growth and Well-being, OECD Publishing, Paris, s. 70.

⁵³ Ibid, s. 28.

⁵⁴ Haucap, Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy, Intereconomics 2019, s. 1.

⁵⁵ EDPS, Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data (2014), s. 2.

förmågan att använda data på rätt sätt som initierar marknadsmakt, eftersom data blir värdefullt först när det kombineras med dataanalys och prediktiva algoritmer. Detta kräver dock investeringar i kompletterande åtgärder såsom maskinvara, programvara eller expertis som kan tolka data, följaktligen vinner inte nödvändigtvis det företag som har mest data.⁵⁶

En viktig aspekt i detta är att olika företag har olika förutsättningar att samla in och använda data beroende på antalet användare. I den digitala sfären används begreppet ”nätverkseffekt” för att beskriva denna företeelse. Nätverkseffekter hänvisar till den påverkan som en användare av en produkt eller tjänst har på värdet av den produkten för befintliga eller potentiella användare. Vidare är nätverkseffekter förknippat med sociala trender där värdet av en viss produkt eller tjänst ökar i takt med antalet användare som utnyttjar det förevarande produkten eller tjänsten. Ett exempel på detta är när individer väljer att använda exempelvis Facebook för socialt nätverkande för att deras omgivning gör det. Sådana plattformar drar nytta av två s.k. feedback-loopar (återkopplings-cykler) från användare: Å ena sidan kan ett företag med en stor användbarhet samla in mer data för att förbättra tjänstens kvalitet [och], på detta sätt, locka nya användare [och] å andra sidan kan företag utnyttja användardata för att förbättra riktad annonsering och tjäna pengar på sina tjänster, vilket ger ytterligare medel för att investera i tjänstens kvalitet och attrahera fler användare; dessa oavbrutna cykler kan göra det mycket svårt för en ny aktör att konkurrera mot en redan etablerad aktör med en stor kundbas, vilket innebär att online-marknader ”tippar” till dominerande plattformar.⁵⁷

2.5.2 Råder maktobalans på den inre marknaden?

Även om det är svårt för mindre företag att utmana större aktörer med en stor kundbas så är det inte omöjligt, av två anledningar, för det första föreligger varken några ”exklusivitetsavtal” mellan leverantören och användaren eller prismodeller som låser användare till en särskild plattform. För det andra kan användare, utnyttja flera online-tjänster för samma ändamål. Detta benämns "multi-homing", vilket ger olika plattformslieferantörer möjlighet att samla in data om samma användare.⁵⁸ Exempelvis använder en och samma person Facebook för att interagera med familj och vänner och LinkedIn för att ”nätverka” med personer inom olika professioner. Samma person använder kanske Tradera för att köpa begagnade varor och Blocket

⁵⁶ Sokol, Comerford, Antitrust and Regulating Big Data, 23 Geo. Mason L. Rev. 1129 (2016), s. 12.

⁵⁷ United Nations Conference on Trade and Development, 2019, Competition issues in the digital economy s. 4.

⁵⁸ V. Lerner, The role of “big data” in online platform competition, 2014, s. 6.

för att sälja sina egna, denna person förser således olika plattformar samma typ av användardata. Om en mindre konkurrent eller en ny aktör skulle erbjuda en förbättrad tjänst till användarna, påverkar inte nätverkseffekterna användarnas möjlighet att byta plattform. Dessutom skulle annonsörer sannolikt anpassa sig till användarnas preferenser och följa efter om en stor skara användare väljer att byta plattform. Denna situation resulterar i multi-homing -effekter, inte enbart bland användare, utan också annonsörer, vilket i sin tur skapar en mer konkurrenspräglad marknad. Dessa kännetecken för diverse plattformar visar att det inte finns några egentliga bevis för att den övervägande majoriteten av online-marknader har "tippat" till dominerande plattformar.⁵⁹

2.5.3 Kan den relevanta produktmarknaden definieras med traditionella verktyg?

Den konkurrensrättsliga metoden för att identifiera den relevanta produktmarknaden och geografiska marknaden är svår att applicera på digitala marknader. Ett inledande hinder med att definiera marknader i big data-sammanhang är att det vanligtvis sker på flersidiga marknader där företag som Google och Facebook interagerar med fler än en användar- eller kundgrupp.⁶⁰ Digitala plattformar har egenskaper som inkluderar nätverkseffekter, mångsidighet, höga kostnader för att byta plattform, skalfördelar och datakontroll. Alla dessa faktorer är viktiga när man definierar den relevanta marknaden.⁶¹ När det gäller plattformar som Facebook och Google råder enighet om att varje sida bör definieras som en separat marknad så länge konsumenter, annonsörer, innehållsleverantörer och andra användare inte genomför transaktioner med varandra.⁶²

SSNIP-testet kan dock vara utmanande att tillämpa på digitala tjänster och produkter då den relevanta produktmarknaden definieras genom varor och tjänsters utbytbarhet baserat på deras egenskaper, pris och tänkta användning av konsumenter. Den främsta orsaken är att pris inte är ett lämpligt kriterium i konkurrensanalysen då många tjänster och produkter erbjuds gratis på en och samma sida, även om konsumenterna faktiskt betalar genom att lämna ut personuppgifter. Utbytbarheten bör således inte definieras av prishöjningar utan av andra faktorer som kvalitet och användarupplevelse.⁶³ I Facebook/Whatsapp-målet framförde kommissionen att

⁵⁹ V.Lerner, 2014, s. 5.

⁶⁰ UNCTAD, Competition issues in the digital economy, s. 3.

⁶¹ Ibid, s. 6.

⁶² Ibid, s. 6.

⁶³ Ibid, s. 5.

användarupplevelsen utgör det primära konkurrensverktyget snarare än priser.⁶⁴ Vidare avstod kommissionen från att definiera en marknad för big data mot bakgrund av att ingen av parterna var verksam inom tillhandahållandet av data till tredje part. För att kunna kartlägga samtliga produktmarknader kan inte konkurrensmyndigheter enbart fokusera på pengatransaktioner utan de måste således analysera hur data flödar mellan olika aktörer på marknaden.⁶⁵

2.5.4 Kan data utgöra en egen produktmarknad?

Tyskland, ändrade sin konkurrenslag 2017 och introducerade en bestämmelse som erkänner gratisprodukter och tjänster som en egen marknad utifrån resonemanget att ”marknadsdefinitionen inte borde ogiltigförklaras sett till att en produkt eller tjänst är gratis”.⁶⁶ I ett beslut gällande FB definierades ”private social network market” som den relevanta produktmarknaden varvid nätverkseffekter beaktades i granskningen och hur digitala plattformar, som påverkas av nätverkseffekter, kan anpassa sig genom att erbjuda olika produkter. Sammanfattningsvis påpekade den tyska konkurrensmyndigheten att det inte bara handlar om att ha många användare eller teknisk, ekonomisk och personlig expertis för att lyckas på andra marknader. Att erbjuda en annan typ av tjänst förväntas inte nå samma räckvidd, sett till den marknadsstyrka som direkta nätverkseffekter ger.

En sådan bedömning kan göras i vissa fall, men räcker inte hela vägen när leverantören intar flera roller. Företaget Apple är ett exempel där definierandet av den relevanta produktmarknaden försvåras genom företagets mångsidighet. Apple fungerar som en plattform, genom operativsystemet iOS, Apple Store och iTunes; en säljare av olika tekniska produkter såsom datorer, surfplattor, telefoner och klockor; samt en leverantör av IT-infrastruktur genom tillhandahållandet av iCloud-tjänsten. Samtidigt interagerar Apple med olika typer av aktörer, dels genom att utföra transaktioner av produkter och tjänster med konsumenter, dels motta betalning från innehållsleverantörer som app-utvecklare för användningen av Apples plattformar. Samtidigt säljer de annonsutrymmen och samarbetar med andra plattformar, såsom Facebook och LinkedIn.⁶⁷ När produkter och tjänster saknar direkta monetära kostnader kan en lösning istället vara att definiera marknaden genom en kvantitativ bedömning av kvalitet. Detta kan uppnås genom till exempel ett SSNDQ-test för att mäta effekten av ”små men betydande icke-övergående

⁶⁴ COMP/M.7217 Facebook/WhatsApp, p. 87.

⁶⁵ UNCTAD, Competition issues in the digital economy s. 4.

⁶⁶ Ibid, s. 6.

⁶⁷ OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to The Digital Era, 2016, s. 15.

minskning i kvalitet". Denna testmetod tillämpas ibland inom branscher där kvalitetsmått är etablerade och kvantifierbara, såsom inom hälsosektorn. Dock används den återhållsamt inom andra branscher där adekvata kvalitetsmått ännu inte har utvecklats.⁶⁸ Även denna metod är dock komplext då kvalitet baseras på subjektiva bedömningar varvid uppfattningen om vad som är kvalitativt kan skilja sig mellan konsumenter, ett sätt vore exempelvis att mäta graden av integritetsskydd. När det gäller data och dess påverkan på integritetsskydd, sägs det dock att åtgärder inom konkurrenspolitiken endast bör vidtas om det finns bevis för att (1) konsumenter faktiskt värdesätter sin integritet och (2) det pågår konkurrens inom integritetsområdet. Med andra ord bör man bara agera om det finns en tydlig koppling mellan konsumenternas värdering av integritet och konkurrensen på detta område.⁶⁹

En sista lösning kan helt enkelt bestå i att införa striktare reglering som syftar till att möta digitaliseringens utmaningar. De som stödjer skärpt konkurrenslagstiftning finns främst inom policy-branschen vilka menar att stora mängder data fungerar som en långsiktig tröskel för inträde på den digitala marknaden. Detta fenomen menar dem har bidragit till att tech-bolag fått en svårutmanad position på marknaden. Enligt dessa bör stora onlineföretag hållas ansvariga om de vägrar att dela användardata till sina konkurrenter eller om de samlar in ytterligare användardata genom att utöka sin verksamhet till nya produktområden.

Det har också föreslagits att konkurrensmyndigheterna bör vidga begreppet "relevant produktmarknad" för att inkludera den digitala marknaden, så som Tyskland har gjort, även om den data som omfattas inte direkt marknadsförs till kunder.⁷⁰ I motsats till åsikterna hos de som förespråkar konkurrenslagstiftning menar kritiker att användning av stora datamängder inte bör omfattas av konkurrenslagarna. Detta med hänsyn till att online-marknader utmärker sig genom sina låga inträdesbarriärer varav stora datamängder inte krävs för att företag ska kunna etablera sig. I stället använder de flesta digitala marknader, inklusive sociala medier, sökmotorer och detaljhandel, stora datamängder för att förbättra sina tjänster när en kundbas väl har etablerats. Som ett resultat har insamlingen och analysen av stora datamängder ökat konkurrensen och förbättrat produktutbudet menar dessa.⁷¹

⁶⁸ OECD, Big Data: Bringing Competition Policy to The Digital Era, 2016, s. 15.

⁶⁹ DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL s.4.

⁷⁰ Tucker and Wellford, Big mistakes regarding big data s.1 ff.

⁷¹ Ibid s.2

2.6 Doktrinen om nödvändiga nyttigheter

2.6.1 Doktrinens framväxt och tillämpning

Doktrinen om nödvändiga nyttigheter har sina rötter i den amerikanska konkurrenslagstiftningningen och utvecklades genom dom *United States v. Terminal Railroad Association (TRRA)* 1912, även om termen ”doktrinen om nödvändiga nyttigheter” inte användes på den tiden. I förevarande mål riktade domstolen ett åläggande gentemot ett antal järnvägsföretag vilka kontrollerade den enda järnvägsbron över Mississippifloden, med kravet att dessa företag skulle ge öppen och lika tillgång till samtliga konkurrenter.⁷² Domstolen uttryckte oro för att vägran att ge tillträde skulle skada konsumenterna genom att begränsa deras möjligheter att välja konkurrerande tjänster. Den typ av konkurrensingripande åtgärd som etablerades av USA:s högsta domstol i detta fall kom senare att benämnas "essential facilities doctrine" (doktrinen om nödvändiga nyttigheter). Doktrinen tar sikte på exkluderande beteende som innebär att ett dominerande företag vägrar ge konkurrenter tillträde till en viktig tillgång, vilket skapar en ”flaskhals” för konkurrenterna att konkurrera. Sedan dess introduktion i amerikansk lagstiftning har doktrinen antagits i olika regioner runt om i världen.⁷³

I mer modern terminologi beskrivs dessa tillgångar som infrastruktur. Traditionell infrastruktur inkluderar flygplatser, motorvägar, hamnar eller elnät, dock kan infrastruktur även innefatta icke-traditionell och icke-kommersiella objekt som internet och datorprogram om dessa utgör *vitale insatsfaktorer* i senare produktionsfaser. Inom konkurrenslagstiftningen förblir allt detta abstrakt tills ett *dominerande företag* kontrollerar en sådan unik tillgång och orimligt nekar konkurrenten tillträde, när denne behöver det för att konkurrera med monopolisten i en annan produktionsfas. Detta kan inkludera ett fjärrtelefonföretag som behöver anslutning till det lokala telefonsystemet eller ett grossistkraftföretag som behöver fysisk anslutning till ett lokalt distributionssystem. Enligt Frishmann & Waller finns ingen anledning till att undanta datorprogram eller internet från infrastrukturbegreppet. När vägran att bevilja tillgång är ett medel för antingen att förvärva eller upprätthålla ett monopol, bör konkurrenslagstiftningen träda i kraft.⁷⁴

⁷² *United States v. Terminal R.R. Ass'n of St. Louis*, 224 U.S. 383, 411–13 (1912).

⁷³ Graef, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine*, Tilburg University, 2019, s. 3.

⁷⁴ Frischmann, Waller, *Revitalizing Essential Facilities*, *Antitrust Law Journal*, No 1 2008, s. 4.

Inom makroekonomin anses infrastruktur vara viktig för marknadsutveckling och en grogrund för ekonomisk tillväxt. Inom mikroekonomin konstateras att infrastruktur ofta genererar betydande samhällsvinster men att marknader för infrastruktur ofta misslyckas med att främja samhällsnytta varav statlig intervention krävs i någon form, normalt sett rör det sig om reglering.⁷⁵ De ekonomiska aspekterna av data visar att data kan ses som en infrastruktur eller åtminstone en infrastrukturell resurs. Denna tolkning kan initialt verka motstridig eftersom infrastruktur traditionellt sett associeras med storskaliga fysiska anläggningar som tillhandahålls för allmän konsumtion.⁷⁶ Frågan kan ställas om data verkligen kan jämföras med annan nödvändig infrastruktur som avlopps- och vattensystem, när det kan samlas in med relativt enkla medel? För att bedöma detta kan National Research Council (NRC) bedömningskriterier användas som består av tre konceptuella behov:

- behovet av att se bortom fysiska faciliteter
- utvärdera infrastruktur ur ett systemperspektiv
- och beakta de komplexa dynamikerna i samhällets efterfrågan.

Likt denna tolkning förespråkar Frischmann en funktionell synvinkel snarare än en faktisk i bedömningen av vad som utgör infrastruktur. I doktrinen råder konsensus om att infrastruktur är samhällsnyttiga resurser exempelvis definierar Merriam-Webster infrastruktur som *"den grundläggande utrustningen och de strukturer som behövs för att ett land, en region eller en organisation ska fungera korrekt."*⁷⁷ Enligt Frischmann representerar dessa strukturer den underliggande grunden för ett system eller en organisation. Vidare ansluter sig Frischmann till NRC:s linje genom att hävda att infrastrukturella resurser är "delade medel för många ändamål" och som konsumeras på ett icke-rivaliserande sätt varav efterfrågan på resursen huvudsakligen drivs av aktörer nedströms. Dessutom kan infrastrukturella resurser användas som ingångar både vad gäller varor och tjänster på såväl den privata som den offentliga sektorn.

Frischmann framhåller att infrastrukturresurser utgör fundamentet för effektiva och målinriktade verksamheter inom ekonomiska och sociala system. Dessa resurser formar agerandet hos olika aktörer på mikronivå genom att erbjuda olika möjligheter och ramar för deras handlande. I vissa situationer gör infrastrukturresurser det

⁷⁵ Ghosh, Meager, Political Economy of Infrastructure investment: A Spatial Approach, 2004, s. 4.

⁷⁶ Frischmann, B.M., Infrastructure - The Social Value of Shared Resources, Oxford University Press, 2012, s. 10.

⁷⁷ OECD (2015), data-driven innovation, s. 181.

möjligt att utföra handlingar som annars skulle vara omöjliga, medan de i andra fall minskar kostnaderna eller ökar möjligheten för deltagande i handlingar som redan är möjliga.⁷⁸ Skillnaden mellan dessa två utfall kan mycket väl bero på tillgången av andra infrastrukturresurser. Till exempel kan någon form av transportinfrastruktur vara nödvändig för att möjliggöra regelbunden rörelse mellan region A och B och därmed till ekonomisk och kulturell interaktion mellan regionerna.⁷⁹ På liknande sätt kan tillgång till data möjliggöra utvecklingen av produkter och tjänster som gynnar en bredare skara, t.ex. kan tillgång till omfattande data om användarpreferenser och beteendemönster fungera som en förutsättning för att skapa och erbjuda innovativa produkter och tjänster som bättre möter kundernas behov och ökar mångfalden på marknaden.

Ett exempel på när data som en infrastrukturell resurs möjliggör andra aktiviteter är inom områden såsom stadsplanering och transport. Insamling och analys av data om exempelvis trafikmönster, energikonsumtion och avfallshantering leder till bättre resursanvändning och hållbar stadsplanering. Genom att använda data från olika källor, som satellitbilder, drönare och sensorer, kan städer i praktiken optimera trafikflöden, minska trängsel och förbättra transportsystemet vilket gagnar civilsamhället. Vidare skulle den realtidsdata som samlas in leda till förändring av städer som är anpassade för att möta framtida utmaningar och underlätta för den gröna omställningen. Smarta städer förväntas spela en avgörande roll inom främst energisektorerna, där användningen av data inom försörjningssektorn har potential att minska koldioxidutsläppen med över två gigaton.⁸⁰ Bedömningen kan göras att datadelning i linje med NRC:s kriterier innebär spridning av nyttor till olika verksamhetsområden, likt ringar som expanderar på en vattenyta.

2.6.2 Nödvändiga nyttigheter kontra ensamrätten

Det pågår en intensiv debatt angående fördelarna med ensamrätt över olika typer av resurser. Att behandla något som privat egendom ger ägaren rätten att utesluta andra eller att ge dem tillträde under vissa villkor. Att behandla något som en öppen och gemensam tillgång, välkomnar å andra sidan alla användare på en icke-diskriminerande grund. Striden om vilket system som bäst tjänar samhällets intressen pågår inom flera rättsområden, såsom immaterialrätten och konkurrensrätten.⁸¹ När det gäller data kan debatten relatera till frågor om ensamrätt

⁷⁸ OECD (2015), data-driven innovation, s. 181.

⁷⁹ Frischmann, Infrastructure - The Social Value of Shared Resources, s. 11.

⁸⁰ Canavillas, New Horizons for a data driven economy, s. 27.

⁸¹ Frischmann, Waller, Revitalizing Essential Facilities, s.1.

och kontroll över dataresurser. Om data behandlas som privat egendom kan ägaren ha rätten att begränsa eller tillhandahålla tillträde till data på sina egna villkor i enlighet med näringsfriheten. Å andra sidan kan en öppen tillgångsansats innebära att data är tillgänglig för alla användare utan diskriminering vilket främjar en sund delningsmiljö. Grundbulten i immaterialrätten är rätten att utesluta. Utan viss uteslutning skulle konkurrens från olicensierade aktörer kunna underminera incitamenten att investera från första början.⁸² Förespråkare av skärpt lagstiftning menar att användardata, även om den inte marknadsförs till kunder, bör betraktas som en immateriell tillgång och att marknader bör definieras utifrån denna typ av information. Men för att något ska anses utgöra en relevant produktmarknad måste produkten eller tjänsten vara tillgänglig för kunder, åtminstone som det ser ut idag. Om användardata används som en ingång i skapandet av en annan produkt och inte säljs direkt till kunder, kan den inte anses utgöra en separat och relevant marknad hävdar kritiker.⁸³

2.7 Vägran att leverera en nödvändig nytthet

2.7.1 Exploaterande missbruk

Doktrinen om nödvändiga nyttheter utgör en viktig beståndsdel i den konkurrensrättsliga lagstiftningen, även om varken USA:s högsta domstolar eller EU-domstolen någonsin erkänt dess existens. Istället har EU-domstolen hänvisat till termen ”leveransvägran” som faller under artikel 102 i FEUF, vilken reglerar missbruk av dominerande ställning.⁸⁴ För att kunna förstå doktrinen om nödvändiga nyttheter och dess tillämplighet på data måste således dess bakgrund och räckvidd först kartläggas. Missbruk av dominerande ställning kan delas in i två huvudgrupper, nämligen exploaterande missbruk och exkluderande missbruk. Begreppet missbruk har givits följande beskrivning av EU-domstolen i Mål 85/76;

*”Ett objektivt begrepp som avser sådant beteende hos ett företag med dominerande ställning som, på en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av företagets närvaro på den marknaden, hindrar att den konkurrens som fortfarande föreligger upprätthålls eller utvecklas genom användandet av andra metoder än sådana som räknas till normal konkurrens [...]”*⁸⁵

⁸² Bernitz, Svensk och europeisk marknadsrätt 1, s. 163.

⁸³ Tucker, Wellford, Big Mistakes Regarding Big Data, s. 6.

⁸⁴ Graef, rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy, Tilburg University (2019) s.3

⁸⁵ Mål 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG mot EU- kommissionen p. 92.

Missbruk innefattar förfaranden som, genom strategier avvikande från de som karakteriserar normal konkurrens, skapar hinder för bevarande eller utveckling av befintlig konkurrens på marknaden. Missbruk genom leveransvägran tillhör kategorin exploaterande missbruk och sker då ett dominerande företag kontrollerar en produkt på primärmarknaden (uppströmsmarknaden) och påverkar konkurrensen på eftermarknaden (nedströmsmarknaden).

2.7.2 Konflikten med principen om näringsfrihet

Dominerande företag som utnyttjar sin marknadsmakt till sin egen fördel för att stänga ute konkurrenter kan bli tvungna att ingå avtal med konkurrenten. I regel råder avtalsfrihet som består av två huvudkomponenter, dels friheten att ingå avtal med vilken part man vill, dels friheten att bestämma avtalets innehåll.⁸⁶ Emellertid blir dominerande företag tvingade att ingå avtal om dessa förfogar över en efterfrågad insats som konkurrenter i senare produktionsled behöver för att kunna bedriva näringsverksamhet på eftermarknaden. Denna skyldighet torde strida mot principen om näringsfrihet som stipuleras i artikel 16 i stadgan, i Sky Österreich fastslog domstolen dock att näringsfriheten kan inskränkas i det allmännas intresse.⁸⁷ Doktrinen om nödvändiga nyttigheter är således ett avsteg från näringsfriheten, vilket torde påverka investeringsviljan hos företag. Detta erkänns av kommissionen, som medger att kontraheringsplikt kan minska företagets benägenhet att investera i innovation.⁸⁸ Bedömningen kan göras att näringsidkares missbruk av näringsfriheten i förhållande till svagare parter motiverar dessa tvingande regler som syftar till att balansera konkurrensen på den inre marknaden.

⁸⁶ Ramberg, Allmän avtalsrätt, Nordstedts Juridik, 12 uppl., 2022, s. 24.

⁸⁷ Domstolens dom av den 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28, punkt 45.

⁸⁸ Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 102, avsnitt D.

2.8 Nödvändiga nyttigheter enligt tidigare rättspraxis

Tidigare har det konstaterats att missbruk av dominerande ställning inträffar när ett företag styr över en specifik produkt på primärmarknaden, och att denna produkt är avgörande för att konkurrera i ett senare led, där det dominerande företaget självt är en aktör. Med andra ord fungerar produkten som en insatsprodukt och finns på det som kallas uppströmsmarknaden. Den marknad där produkten är en nödvändig resurs för de företag som vill konkurrera kallas nedströmsmarknaden. För att undersöka och belysa dessa omständigheter samt hur de påverkat utvecklingen av rättspraxis i Europa, ska vi nu granska specifika rättsfall som spelat en central roll i etablerandet av doktrinen.

2.8.1 Commercial Solvents

I Commercial Solvents klargjordes att missbruk genom leveransvägran inträffar när ett dominerande företag kontrollerar en produkt på uppströmsmarknaden och samtidigt konkurrerar med andra företag på nedströmsmarknaden. Produkten på uppströmsmarknaden i förevarande fall var det kemikaliska ämnet aminobutanol vilket företaget Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja (Zoja) på nedströmsmarknaden behövde för att kunna tillverka råvaran etambutol. Domstolen underströk att om insatsprodukter på uppströmsmarknaden inte levereras på icke-diskriminerande villkor, kan detta utgöra ett missbruk av dominerande ställning. Domstolen framhöll att om det dominerande företaget har objektiva skäl för att neka leverans, såsom tekniska eller ekonomiska begränsningar, skulle detta normalt sett inte anses som missbruk.⁸⁹

Genom dessa resonemang klargjorde Commercial Solvents-domen att missbruk genom leveransvägran särskilt kan uppstå när det dominerande företaget har en nyckelposition på uppströmsmarknaden och använder denna position för att påverka konkurrensen på nedströmsmarknaden. Denna inriktning har varit vägledande för senare rättspraxis och tolkningen av konkurrensregler inom EU.

2.8.2 Stena Sealink Ports

Doktrinen om nödvändiga nyttigheter nämndes vid namn för första gången i kommissionens beslut gentemot Stena Sealink Ports, som kontrollerade hamnanläggningen i Holyhead.⁹⁰ Kommissionen utvärderade de åtgärder som företaget hade vidtagit, vilket inkluderade krav på förbokningar, restriktioner för

⁸⁹ Förenade målen 6/73 och 7/73 p.22

⁹⁰ Sea Containers Ltd v. Stena Sealink Ports and Stena Sealink Line Ltd EGT 1994 nr L 015, s. 8.

konkurrenternas fartyg och andra hinder som potentiellt kunde minska konkurrensmöjligheterna på den inre marknaden. I beslutet gjorde kommissionen gällande att hamnanläggningen i Holyhead utgjorde en nödvändig nyttinghet för att konkurrenter skulle kunna bedriva sjötransporttjänster. I fallet utgjordes uppströmsmarknaden av hamnen i Holyhead, och nedströmsmarknaden av färjelinjen Holyhead-Dublin.

2.8.3 Bronner mot Mediaprint

I målet Bronner mot Mediaprint klargjordes och preciserades Commercial Solvents-doktrinen. För att ett företag ska erhålla tillträde till en produkt måste det kunna påvisa att produkten varken kan ersättas eller kopieras och utgör en nödvändig resurs i deras verksamhet. Å andra sidan kan ett dominerande företag motbevisa detta genom att visa att den aktuella produkten inte är av sådan beskaffenhet att alternativa produkter är omöjliga eller orimliga att framställa.⁹¹

Målet var föremål för prövning av EU-domstolen och rörde frågan om tillträde till distributionssystemet för dagstidningar. Oscar Bronner som distribuerade en mindre mängd tidningar önskade tillträde till Mediaprints distributionssystem. Bronner menade att Mediaprint hade en dominerande ställning på marknaden och att tillträde till deras distributionssystem var nödvändigt för att kunna bedriva verksamhet inom dagstidningsdistribution. Mediaprint å andra sidan menade att de inte var skyldiga att ge tillträde till deras egenupprättade system för dagstidningar och att det fanns möjligheter för konkurrenten att upprätta ett substitut. Bronner motsatte sig argumentet och hävdade att det var omöjligt för dem att etablera ett eget system. Bronner förlorade tvisten vilket innebar att Mediaprint inte omfattades av skyldigheten att upplåta sin produkt till Bronner. Det kan jämföras Stena Link-beslutet där bedömningen gjordes att hamnen som ägdes av Stena utgjorde en nödvändig nyttinghet vilket baserades på att ett upprättandet av en ny hamn inte var realistiskt ur ett ekonomiskt perspektiv. Huruvida det var teoretiskt eller praktiskt möjligt saknade betydelse. I Bronner ansågs den ekonomiska utmaningen inte vara lika betungande som i Stena Link-beslutet varpå utfallet blev annorlunda. Genom Bronner utvecklades praxis på att tre villkor ska vara uppfyllda för att leveransvägran ska utgöra missbruk av dominans:

⁹¹ Bronner, Mål C-7/97.

- Vägran ska vara av sådan beskaffenhet att den eliminerar all konkurrens på marknaden från den som efterfrågar tjänsten.
- Vägran inte är objektivt berättigad.
- Produkten i sig är oundgänglig för att den som efterfrågar den skall kunna bedriva sin verksamhet, på så sätt att det inte existerar något faktiskt eller potentiellt alternativ tillprodukten.

2.8.4 IMS Health mot NDC Health

I IMS mot NDC Health, stod frågan om immateriella rättigheter och konkurrensrätt i fokus. Bakgrunden var att IMS Health samlade in och sålde data om läkemedelsförsäljning för att tillhandahålla information åt läkemedelsföretag. Konkurrenten NDC Health begärde tillgång till dessa data för att använda dem i sin verksamhet då IMS Healths områdesstruktur var nödvändig för att ta sig in på marknaden. IMS Health vägrade och hävdade att deras databas var en immateriell rättighet som inte kunde användas utan tillstånd.⁹² Huvudfrågan var om IMS Health hade rätt att neka tillgång till sina data med hänvisning till sina immateriella rättigheter och om detta utgjorde missbruk av dominerande ställning enligt EU:s konkurrensregler. EU-domstolen klargjorde att nekandet av tillgång till immateriella rättigheter kunde anses vara missbruk av dominerande ställning enligt konkurrensreglerna. Avgörande var inte om produkten hade handlats med tidigare eller om det fanns en faktisk marknad för den, utan snarare att det fanns en efterfrågan eller *potentiell marknad* för produkten.

Domstolen underströk att dominerande företag inte fick använda sina immateriella rättigheter för att utesluta konkurrenter om detta hindrade utvecklingen på den härledda marknaden, till skada för konsumenter. För prövningen om detta utgjorde missbruk hänvisade domstolen till Magill och de tre kumulativa förutsättningarna för missbruk som fastställdes i domen:⁹³ Enligt sammanfattningen av domen i Magill, som domstolen redogjorde för bestod de specifika omständigheterna av att den ifrågasatta vägran gällde en produkt (information om veckans program i vissa TV-kanaler). Tillhandahållandet av denna produkt var absolut nödvändig för den pågående verksamheten (publicering av en allmän TV-programguide) på ett sådant sätt att en person som ville skapa en sådan programguide utan detta tillhandahållande hindrades från att publicera och erbjuda den på marknaden. Denna vägran

⁹² Mål C-418/01.

⁹³ Ibid, p. 32.

förhindrade *skapandet av en ny produkt* där det fanns en potentiell efterfrågan från konsumenterna, den kunde inte motiveras av objektiva skäl och den hade en karaktär som uteslöt all konkurrens från den härledda marknaden ⁹⁴

2.8.5 Microsoft

Microsoft-målet är den senaste domen inom konkurrensrättsområde som rör leveransvägran. Domstolen fann att Microsoft missbrukade sin dominerande ställning genom att vägra dela information om interoperabilitet till konkurrenter på den härledda marknaden. Microsoft vägran hindrade konkurrenterna från att utveckla konkurrerande produkter.⁹⁵ Även om domstolen erkände att Microsoft hade upphovsrätt till sina operativsystem och rent principiellt var fri välja sina handelspartners så ansågs det att ensamrätten kunde inskränkas till förmån för allmänintresset av att upprätthålla en effektiv konkurrens. ⁹⁶

2.9 När kan doktrinen om nödvändiga nyttigheter tillämpas på datadriva marknader?

2.9.1 Data som nödvändig infrastruktur

I tidigare sektioner har användningen av data som konkurrensmedel diskuterats, liksom framväxten av doktrinen om nödvändiga nyttigheter. I följande sektion ägnas uppmärksamhet åt närmare undersökning av doktrinen om nödvändiga nyttigheter och dess tillämpning på data. Därmed kommer relevanta kriterier ur Magill-domen undersökas för att fastställa när data kan anses utgöra en nödvändig nyttighet och hur detta förhåller sig till principen om näringsfrihet.

2.9.1.1 Produkten är nödvändig för att delta på en härledd marknad

Det första kriteriet som måste vara uppfyllt att dominanskriteriet, företaget som kontrollerar produkten på primärmarknaden måste ha ett starkt marknadsinflytande. Traditionellt sett har doktrinen om nödvändiga nyttigheter huvudsakligen fokuserat på tillgångssidan, där den aktuella bedömningsmetoden fokuserar på typen av resurs som kontrolleras och de förhållanden som råder på marknaden för dess tillhandahållande. Centrala frågeställningar rör möjligheten till åtkomst och konkurrens på marknaden. Begreppet "nödvändig" framstår som tämligen vagt och oklart från efterfrågesidan, och det är inte tydligt definierat vad som kvalificerar en

⁹⁴ Mål C-241/91 och C-242/91 p. 53-56.

⁹⁵ Mål T-201/04 Microsoft mot kommissionen p. 4.

⁹⁶ Ibid, p. 6.

nyttighet som "nödvändig" utöver bristen på andra alternativ. Kritik mot doktrinen om nödvändiga nyttigheter har framförts på grund av dess vida tillämpning och brist på konkretion.⁹⁷ I Bronner-domen poängterades behovet av en grundlig undersökning för att fastställa om en vara eller tjänst är nödvändig för att ett företag ska kunna bedriva sin verksamhet på en specifik marknad.⁹⁸ Vad gäller data är denna bedömning svår med tanke på datas komplexa egenskaper och skiftningar i "nödvändighet" beroende på vilken marknad som avses. Liksom vid bedömningen av huruvida fysisk infrastruktur är nödvändig på den härledda marknaden skulle konkurrensmyndigheter behöva bedöma i situationer där data efterfrågas som insats, om det finns alternativa substitut för den aktuella datatillgången i den ifrågavarande marknaden, vilket kan variera stort. Om det inte finns adekvata alternativ som kan ersätta eller replikera data, kan det stärka argumentet för att betrakta data som en nödvändig nyttinghet. Vidare bör eventuella tekniska, rättsliga eller ekonomiska hinder analyseras för att bedöma om det är orimligt svårt för företag som strävar efter att verka på den angivna marknaden att utveckla alternativa varor eller tjänster, eventuellt i samarbete med andra aktörer.⁹⁹

2.9.1.2 Vägran att dela data hindrar ny produktion eller distribution

Det andra kriteriet innebär att företagets vägran hindrar produktion eller distribution en ny vara eller tjänst på den härledda marknaden. För att belysa detta kriterium kan det fiktiva bilföretaget Elino användas som exempel. Elino är dominerande inom marknaden för elbilar och kontrollerar betydande mängder fordonsdata. Det fiktiva företaget Green Speed agerar på den härledda marknaden och ämnar skapa en tjänst som ger förare personliga tips för bränsleeffektivitet, för detta behöver företaget ta del av biltillverkarens fordonsdata. Om Elino skulle vägrar dela data, skulle Elinos vägran hindra produktion och distribution av en ny tjänst. Vidare bör eventuella tekniska, rättsliga eller ekonomiska hinder analyseras för att bedöma om det är omöjligt eller åtminstone orimligt svårt för Green Speed att utveckla alternativa tjänster, eventuellt i samarbete med andra aktörer.¹⁰⁰ För att ekonomiska hinder ska anses föreligga krävs det vidare att det kan fastställas att det för Green Speed inte är ekonomiskt lönsamt eller realistiskt att utveckla tjänster för en produktion av samma omfattning som produktionen vid Elino.¹⁰¹

⁹⁷ Frischmann, Waller, *Revitalizing Essential Facilities*, s. 11.

⁹⁸ Bronner, Mål C-7/97, p. 43-44.

⁹⁹ Bronner, Mål C-7/97, p. 46.

¹⁰⁰ OECD *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era* (2016)

¹⁰¹ Bronner, p. 43-44.

För att ytterligare utforska innebörden av datadelning och dess påverkan på konkurrensen är det relevant att reflektera över varierande behovet av datatillgång beroende på den specifika produktmarknaden. Även om doktrinen om nödvändiga nyttigheter kan tillämpas när ett dominerande företag vägrar dela data, är det inte alltid enkelt att fastställa om den härledda marknaden verkligen befinner sig i en betydande konkurrensmässig nackdel gentemot etablerade företag. Behovet av data varierar nämligen starkt beroende på vilken produktmarknad som avses. Marknader som är drivna av data karakteriseras oftast av låga inträdeshinder, vilket tydligt syns i snabbt framväxande utmanare som ersätter etablerade företag varför generella slutsatser inte kan dras. För de flesta online-tjänster krävs minimal eller ingen användardata som startpunkt för att utveckla en ny tjänst eller produkt. I stället kan företag komma in på marknaden med innovativa produkter som möter behoven på marknaden och möjliggör datainsamling, som sedan kan användas för ytterligare produktförbättring och framgång.¹⁰² Exemplifierande för detta är företagen Snapchat och Tinder, vilka genom förståelse för kundbehov har möjliggjort sitt inträde och uppnått framgång, trots befintliga nätverkseffekter, för dessa har datadelning varken varit en bidragande eller avgörande faktor.¹⁰³ Detta visar att det inte självklart huruvida aktörer på den härledda marknaden kan åberopa doktrinen om nödvändiga nyttigheter i fråga om datatillgång eftersom dessa inte nödvändigtvis befinner sig i en betydande konkurrensmässig nackdel jämfört med befintliga företag.

2.9.1.3 Ingen objektivt rättfärdigande för vägran

När konkurrensmyndigheter överväger ovanstående faktorer i en given situation, analyseras om det dominerande företaget har presenterat en legitim och objektivt rättfärdigad anledning till vägran. Denna bedömning är av central betydelse för att undvika godtyckliga begränsningar och för att säkerställa att konkurrensprinciperna upprätthålls på ett rättvist sätt. Om det saknas objektiv rättfärdigande för vägran stärks argumentet för att påföra leveransplikt eftersom detta indikerar att tillgången till produkten eller tjänsten kan vara nödvändig för att upprätthålla konkurrensen. Objektiv rättfärdigande för vägran kan härröra från olika områden, exempelvis tekniska hinder eller om data innehåller affärshemligheter varav vägran kan vara motiverad och legitim.

¹⁰² Ibid, s. 9.

¹⁰³ Sokol and Comerford, 2016 s.5

2.9.2 Kontraheringsplikt, kommissionens vägledning

Vid fastställandet av sina prioriteringar för tillämpning av kontraheringsplikt baserar kommissionen sina överväganden på principen att samtliga företag, oavsett om de innehar en dominerande ställning eller ej, bör åtnjuta rätten att välja sina handelspartners och fritt förfoga över sina tillgångar. Kommissionen anser följaktligen att leveransplikt enligt konkurrenslagstiftningen, kräver en ingående övervägning för att bedöma om det är motiverat att ålägga ett dominerande företag en skyldighet att tillhandahålla produkter eller tjänster. Även i händelse av att en sådan skyldighet åtföljs av rimlig ersättning, finns risken att det kan minska incitamenten för företagen att investera och förnya sig, vilket potentiellt kan skada konsumentintressen. Om dominerande företag är medvetna om risken att de kan tvingas till leverans mot sin vilja, kan detta resultera i minskade investeringar från dessa företag eller från företag som förutser att de kan komma att uppnå en dominerande ställning inom den relevanta sektorn. Vidare kan konkurrenter frestas att dra nytta av det dominerande företags investeringar i stället för att själva genomföra egna investeringar. Ingen av dessa scenarier främjar konsumenternas intressen på lång sikt.¹⁰⁴

2.9.3 Möjligheter och utmaningar med läran om nödvändiga nyttigheter

Doktrinen om nödvändiga nyttigheter, särskilt dess tillämpning på data, ger upphov till flertalet utmaningar som präglar den digitala ekonomin. För det första är begreppet "nödvändighet" i relation till data komplicerat och öppet för tolkning. Det råder osäkerhet kring vad som kvalificerar en nyttighet som "nödvändig", särskilt med tanke på de snabba förändringarna och komplexiteten i datavärlden och datas icke-rivaliserande egenskaper. Flertalet sakkunniga har dessutom kritiserat bristen på precision i tillämpningen av doktrinen om nödvändiga nyttigheter.¹⁰⁵

Det finns en utmaning i att fastställa när och hur företag som kontrollerar stora mängder data faktiskt har en nödvändig nytta som bör regleras. Svårigheter uppstår när bedömningen av nödvändighet starkt beror på sammanhang och användningsområde, och det kan vara komplicerat att skapa generella regler som passar alla situationer. Data som kan vara nödvändig för ett visst marknadssegment är inte nödvändig för en annan. Denna oklarhet försvårar för såväl företag som konkurrensmyndigheter att navigera och förstå gränserna för tillämpningen av

¹⁰⁴ Meddelande från kommissionen – Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, (2009/C 45/02), p 75.

¹⁰⁵ Frischmann, Waller, Revitalizing Essential Facilities, s. 6.

doktrinen. Samtidigt behövs reglering som tar sikte på att hindra maktmissbruk, särskilt eftersom det skett ett paradigmskifte vad gäller aktörer som förfogar över resurser. Staten har tidigare spelat en viktig roll för att säkerställa tillhandahållandet av många infrastrukturellerade resurser, men i dagens samhälle är det vanligt att privata aktörer kontrollerar data. Eftersom data numera utgör en konkurrensfördel bör kontrollen associeras med ett ökat, snarare än minskat, behov av tillämpandet av doktrinen om nödvändiga nyttigheter, menar Frischmann.¹⁰⁶

Emellertid är tvingande datadelningsregler och tvångslicensering känsligt. En annan dimension av problematiken är nämligen konflikten med principen om näringsfrihet. Företag åberopar gärna sin rätt att fritt välja handelspartners och förfoga över sina tillgångar, särskilt när det gäller immateriella tillgångar. Å andra sidan finns ett växande behov av reglering för att förhindra missbruk av dominerande ställning, särskilt bland företag som har en enorm mängd data under sin kontroll. Tillgängligheten och öppenheten är avgörande för att stimulera innovation i en tid där behovet av data jämförs med behovet av elektricitet. Liksom traditionell infrastruktur, där olika aktörer kan dra nytta av vägar, elnät och telefonnät, kan öppenheten i datainfrastrukturen möjliggöra för olika parter att använda och skapa värde från samma datatillgång.

Mot bakgrund av dessa problem kan det argumenteras att ny reglering är nödvändig för att hantera dessa utmaningar, särskilt vad gäller dominerade företag och deras datainnehav på digitala plattformar. Nästa kapitel kommer behandla dessa frågor mer detaljerat och överväga potentiella lösningar för att balansera näringsfrihet, innovationsfrämjande och nödvändig reglering i den digitala plattformsmarknaden.

¹⁰⁶ Frischmann, Waller, Revitalizing Essential Facilities, s. 12.

3 Förordningen om digitala marknader

3.1 Gällande rätt

Efter att ha utforskat datas roll som en infrastrukturell resurs enligt doktrinen om nödvändiga nyttigheter, vänder vi nu blicken mot gällande rätt inom den digitala sfären. I detta kapitel kommer vi att analysera DMA och de skyldigheter som införs i fråga om datadelning.

3.1.1 Ny lagstiftning i en ny tid

Digitala marknadsplatser har öppnat upp för många nya möjligheter till samverkan, samtidigt är det tydligt att digitaliseringen medfört stora utmaningar för den globala ekonomin. I en rapport av EDPS benämns digitala aktörer som ”prosumers” eftersom dessa producerar och konsumerar information vilket möjliggörs genom egenskaper som nätverkseffekter och positiva feedback-loopar.¹⁰⁷ Andra rapporter visar hur de internationella företagen bakom dessa plattformar utnyttjar dessa *egenskaper* till sin fördel. Detta menar kommissionen kommer leda till allvarliga obalanser i förhandlingsstyrka och orättvisa villkor för företagsanvändare och för slutanvändare av centrala plattformstjänster som tillhandahålls av grindvakter¹⁰⁸ Mot bakgrund av dessa iakttagelser antogs DMA våren 2022 i enlighet med artikel 114 FEUF och publicerades i Europeiska unionens officiella tidning den 12 oktober.¹⁰⁹ Införandet av DMA bör ses i ljuset av att Europeiska unionens regelverk för digitala tjänster inte hade genomgått några väsentliga uppdateringar sedan antagandet av e-handelsdirektivet år 2000. En betydande förändring har skett under denna period, där plattformstjänster ökat i omfattning och i betydelse i vårt dagliga liv.¹¹⁰ DMA förpliktar stora leverantörer av plattformstjänster, d.v.s. grindvakter, att följa specifika krav. Skyldigheterna som åläggs dessa motiveras av uppfattningen att de konkurrensrättsliga reglerna gällande missbruk av dominerande ställning inte är tillräckligt effektiv för att möta de utmaningar som uppstår i och med grindvaktens närvaro på den inre marknaden.¹¹¹

¹⁰⁷ EDPS Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data, 2014 s. 2.

¹⁰⁸ Skäl 4, Förordningen om digitala marknader (DMA).

¹⁰⁹ Pettersson, Sector-specific ex-ante regulation in digital markets s. 1.

¹¹⁰ Axhamn, Nya regler för big tech och andra digitala plattformar s. 1.

¹¹¹ Axhamn, Nya regler för big tech och andra digitala plattformar, s. 2.

3.1.2 Det materiella tillämpningsområdet

DMA kompletterar det nuvarande konkurrensrättsliga regelverket och tillämpas på centrala plattformstjänster som tillhandahålls av grindvakter. Grindvakter fungerar som centrala nätportar, vilket innebär att de knyter samman en omfattande bas av användare och företag och har, eller är på väg att uppnå, en etablerad och långsiktig ställning på marknaden. Med plattformstjänst avses diverse online-tjänster som sökmotorer, molntjänster, sociala medier och digitala marknadsplatser vilka baserar sin verksamhet på insamling av data.¹¹² Det rör sig om leverantörer av onlinetjänster som Facebook, Microsoft, Amazon och Google vilka har blivit föremål för intensiva diskussioner inom ramen för EU:s konkurrenspolitisk.¹¹³ Tjänsterna utmärks ofta av betydande skalfördelar, inlåsnings effekter samt nätverkseffekter där insamlingen av omfattande datamängder, kan medföra att marknader "tippar" till förmån för dominerande onlineplattformar.¹¹⁴ Dessa grindvaktsegenskaper anses kunna leda till allvarliga obalanser i förhandlingsstyrka och följaktligen till otillbörliga metoder där orättvisa villkor för användare kommer påverka priser, kvalitet, rättvis konkurrens, och innovation inom den digitala sfären.¹¹⁵ Grindvakter har nämligen förmåga att kontrollera vilka företag som får tillgång till tjänsterna och under vilka villkor. Det kan inkludera aspekter såsom annonsering eller möjligheten för företag att erbjuda sina varor eller tjänster till konsumenter.¹¹⁶ Deras struktur gör dem mycket svåra att utmana eller konkurrera med, oavsett hur innovativa och effektiva andra marknadsaktörer är.¹¹⁷

Förordningen fastställer specifika tröskelvärden som anger när ett företag utgör grindvakt, dessa återfinns i artikel 3. Enligt bestämmelsen anses ett företag ha en betydande inverkan på marknaden om dess årliga omsättning har uppgått till minst 6,5 miljarder euro under de senaste tre räkenskapsåren. Alternativt, om företaget har haft en omsättning på 65 miljarder euro under det senaste räkenskapsåret och tillhandahåller en central plattformstjänst i minst tre medlemsstater. En plattform betraktas som en viktig nätport om den har över 45 miljoner aktiva slutanvändare per månad i EU och över 10,000 aktiva företagsanvändare per år som har varit etablerade i unionen under det senaste räkenskapsåret. Om dessa tröskelvärden har uppfyllts under de senaste tre räkenskapsåren betraktas företaget som grindvakt.

¹¹² Ibid, s. 2.

¹¹³ Pettersson, Sector-specific ex-ante regulation in digital markets, s. 2.

¹¹⁴ V. Lerner, The role of "big data" in online digital platform competition, 2014, s.1.

¹¹⁵ Skäl 4, DMA.

¹¹⁶ Axhamn, Nya regler för big tech och andra digitala plattformar, s. 1.

¹¹⁷ Skäl 3, DMA.

3.2 Grindvakters skyldigheter

I denna sektion kommer de specifika skyldigheter, som grindvakter måste uppfylla när det gäller delning av data, att undersökas och hur dessa åtaganden förhåller sig till läran om nödvändiga nyttigheter.

Inom ramen för DMA är grindvakter på digitala marknader ålagda specifika åtaganden för att främja öppenhet och rättvisa. En central aspekt är kravet på tillgänglighet och delning av data, som tydligt definieras i artikel 5.8. Enligt bestämmelse, måste grindvakter tillhandahålla annonsörer och utgivare tillgång till sina mätningssverktyg och relevanta data utan kostnad. Syftet är att möjliggöra oberoende granskning av annonsdatabasen och utvärdering av centrala plattformstjänsters prestanda, vilket ger betydande fördelar för berörda aktörer. Annonsörer kan självständigt övervaka och utvärdera effektiviteten av sina kampanjer och anpassa dem efter behov. Utgivare får insikter om annonsprestanda och kan anpassa sitt innehåll för att attrahera fler annonsörer. Den ökade transparensen öppnar möjligheter för mindre aktörer att bättre anpassa sig till marknadens krav, vilket i sin tur främjar konkurrensen.¹¹⁸

En annan central skyldighet återfinns i artikel 5.9 som anger specifika skyldigheter i förhållande till företagsanvändare och slutanvändare. Med företagsanvändare avses ”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 är en fysisk eller juridisk person som använder en central plattformstjänst på annat sätt än som företagsanvändare. Enligt bestämmelsen ska grindvakten underlätta portabilitet för användargenererad data på begäran av slutanvändare. Detta innebär att användare kostnadsfritt kan överföra sina data och behålla kontinuerlig realtidsåtkomst till dem. För företagsanvändare gäller liknande krav, förutsatt att användaren ger sitt samtycke. Detta åtagande skapar möjligheter för företag på den härledda marknaden att använda data för att skraddarsy sina erbjudanden och förbättra användarupplevelsen. Sammantaget bidrar detta till att hindra inlåsnings effekter genom ökad valfrihet och möjlighet för mindre etablerade plattformar att konkurrera.¹¹⁹ Artikel 5.10 stadgar att grindvakten på begäran och utan kostnad ska ge företagsanvändare och bemyndigade tredje parter effektiv realtidsåtkomst till aggregerade och icke-aggregerade data, inklusive som genereras i samband med användningen av centrala plattformstjänster. För

¹¹⁸ Skäl 58, DMA.

¹¹⁹ Skäl 59, DMA.

personuppgifter gäller detta endast om uppgifterna direkt relaterar till slutanvändarens användning av företagsanvändarens produkter eller tjänster och när slutanvändaren samtycker.¹²⁰

För sökmotorleverantörer ställs särskilda krav enligt artikel 5.11 för att säkerställa rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor för rangordning och presentation av sökresultat. Genom att erbjuda lika villkor för tillgång till sökrelaterad data främjas rättvis konkurrens. Mindre sökmotorer kan då konkurrera på lika villkor med de större aktörerna, vilket ökar innovationspotentialen på sökmarknaden.¹²¹ Slutligen kräver artikel 5.12 rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor för företagsanvändares tillträde till olika plattformstjänster. Detta syftar till att skapa en balanserad konkurrensmiljö och förhindra diskriminering där grindvakter missbrukar sin ställning genom att gynna vissa aktörer.¹²²

3.3 Överlappningen mellan förordningen om digitala marknader och konkurrenslagstiftningen

DMA är en sektorspecifik reglering som syftar till att överbrygga konkurrensrättsliga utmaningar inom digitala marknader. Sektorspecifika regleringar används som ett komplement till konkurrenslagstiftningen, särskilt artiklarna 101 och 102 i FEUF. Det är värt att påpeka att kommissionen tidigare utvecklat kriterier som fastslår att sektorsspecifika regler bör övervägas endast om konkurrenslagen inte kan lösa konkurrensrättsliga problem tillräckligt effektivt.¹²³ Det kan konstateras att konkurrenslagen föredras som det primära valet för marknadsintervention enligt detta resonemang, samtidigt är det inte säkert att artikel 102 möter digitaliseringens utmaningar lika effektivt som DMA. Att regelverken överlappar erkänner kommissionen som hävdar att bestämmelserna i DMA inte påverkar tillämpningen av artikel 102.¹²⁴ Det innebär att ett företag kan anses ha en dominerande ställning enligt konkurrenslagstiftningen och samtidigt klassificeras som grindvakt enligt DMA. På detta sätt gäller de förpliktelser som åläggs plattformar enligt DMA oavsett om de snedvrider konkurrensen eller ej. Reglerna är således inte avsedda att påverka tolkningen av artiklarna 102 FEUF. Enligt kommissionen motiveras lagstiftningen av att artikel 102 i FEUF är begränsad till företag med dominerande ställning på

¹²⁰ Skäl 60, DMA.

¹²¹ Skäl 61, DMA.

¹²² Skäl 62, DMA.

¹²³ Commission Recommendation (EU) 2020/2245 of 18 December 2020 on relevant product and service markets in the field of electronic communications susceptible for ex ante regulation under Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code, point 17, C/2020/8750.

¹²⁴ Skäl 5, DMA.

specifika marknader och vissa fall av konkurrensbegränsande beteende, vilket övervakas ex post (i efterhand) och kräver omfattande utredning från fall till fall.¹²⁵ Den största skillnaden tycks ligga i att artikel 102 FEUF fokuserar på konkurrensbegränsande *beteenden* medan DMA fokuserar på *egenskaper* hos grindvakter som kan leda till snedvridning av konkurrensen varav krav på öppenhet och rättvisa syftar till att hindra sådana effekter.

Att ex-postbedömningar är svåra ifrågasätter dock Pettersson, eftersom artikel 102 FEUF framgångsrikt har använts för att bekämpa konkurrensrättsliga överträdelser inom den digitala marknaden.¹²⁶ Exempelvis valde Europeiska kommissionen att bötfälla Google LLC för att de gynnade sin egen prisjämförelsetjänst i den egna sökmotorn, vilket utgjorde missbruk av dominerande ställning.¹²⁷ Således kan frågan ställas varför DMA införs och vad den avser att komplettera? Pettersson ifrågasätter behovet av skärpt regleringen och anser att skillnaderna mellan DMA och konkurrenslagstiftningen inte är tillräckliga för att klassificera DMA som ett kompletterande regelverk.¹²⁸ DMA skiljer sig från andra sektorspecifika regleringar genom att omfatta ett brett spektrum av marknader, från sociala medier till online-marknader. Frågan som då uppstår är om det verkligen rör sig om sektorsspecifik lagstiftning när den inte är tillräckligt snäv. Vidare hävdar Pettersson att artikel 18 i DMA, som ger kommissionen befogenhet att införa nya åtgärder vid bristande efterlevnad, visar att DMA tillåter bedömningar ex post.

3.3.1 Förhållandet till doktrinen om nödvändiga nyttigheter

Stora plattformstjänster konkurrerar främst ”för” marknaden, d.v.s. för att dominera marknaden istället för ”på” marknaden, alltså att bara vara aktiva inom den, vilket resulterar i en ”vinna eller förlora”-situation. Dessa konkurrensstrukturer leder till olika former av innovation som kan delas upp i hållbara teknologier respektive disruptiva teknologier. Hållbara teknologier innebär förbättring av befintliga produkter och tjänster som kunder redan värderar. Disruptiva teknologier kommer utifrån och ersätter befintliga strukturer i rasande takt. Det som gör en teknologi disruptiv är nämligen dess förmåga att förbättra egenskaper hos en produkt eller tjänst som initialt värderas av endast några få kunder, men som sedan ökar i värde

¹²⁵ Skäl 5, DMA.

¹²⁶ Pettersson, Sector-specific ex-ante regulation in digital markets, s. 2.

¹²⁷ Commission Decision of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area, (AT.39740 - Google Search (Shopping)), p. 154.

¹²⁸ Pettersson, Sector-specific ex-ante regulation in digital markets s. 2.

och bidrar till dominans.¹²⁹ Grindvakter kännetecknas främst av disruptiva egenskaper, att de innehar omfattande mängder data blir därför problematiskt ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, eftersom deras närvaro hindrar differentiering på den inre marknaden. Denna typ av konkurrens leder ofta till att ett företag får en stark ställning på marknaden som kan bestå över tid, tills ett nytt företag kommer och övertar den positionen. Om konkurrensen främst kommer från nya företag som satsar på disruptiv innovation, kan det bidra till en ökad mångfald och bättre priser för konsumenterna. Men om konkurrensen huvudsakligen är mellan etablerade företag kan det påverka produktvariationen och priserna mindre positivt, frågan som då uppstår är vilken kategori EU ämnar att skydda, konsumenterna eller företagen?

¹²⁹ Graef, Rethinking the Essential Facilities Doctrine, Tilburg University, 2019, s .8.

4 Dataförordningen

4.1 Data som härrör från uppkopplade produkter

I detta kapitel kommer dataförordningen som antogs den 27:e november 2023 och som reglerar datadelning från uppkopplade produkter, att undersökas. Syftet med förordningen är att skapa en rättvis fördelning av nyttor inom dataekonomin och främja tillgång till samt användning av den specifika datatypen. Genom en noggrann analys av de lagstadgade bestämmelserna och dess förhållande till doktrinen om nödvändiga nyttigheter, kommer vi att utforska hur förordningen kan bidra till en mer jämlik och hållbar nyttjande av dataresurser.

Införandet av dataförordningen bottnar i det ökade behovet av att främja datadelning för att säkerställa sund konkurrens på den inre marknaden. I sitt meddelande "Building a European Data Economy" identifierade kommissionen för första gången problemet med att icke-personuppgifter inte delas tillräckligt. Detta initierade utformningen av EU:s digitala strategi som betonar behovet av ökad tillgång och delning av data.¹³⁰ I ett pressmeddelande januari 2022 lyfte Margrethe Vestager, ansvarig för konkurrenspolitiken i EU, problematiken med IoT-marknaden mot bakgrund av de undersökningar som hade genomförts av kommissionen. Dessa inkluderade inträdeshinder på marknaden, en begränsad närvaro av vertikalt integrerade aktörer samt bristande incitament att dela data.¹³¹

I ljuset av dessa utmaningar presenterade kommissionen den 23 februari 2022 ett förslag till förordning om harmoniserade regler för rättvis tillgång och användning av data som härrör från uppkopplade produkter.¹³² Regleringen omfattar produkter med inbyggd elektronik och internetuppkoppling som kan styras och utbyta data över ett nätverk, som uppkopplade kaffemaskiner eller fordon och relaterade tjänster. Syftet med förordningen är att fördela nyttor från data som genereras från dessa produkter och öppna upp kunskapsresurser som för närvarande är begränsade till producenterna på primärmarknaden. Målet är såväl att främja upptäcker inom områden som forskning, trafiksäkerhet och cybersäkerhet, som att bidra till konkurrens genom delvist tvingande regler för datadelning.¹³³

¹³⁰ European Commission, Building a European data economy, COM(2017) 9 final, 13.

¹³¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_402.

¹³² Regeringkansliet faktaprememoria 2021/2022: FPM 70 s. 1.

¹³³ Regeringkansliet faktaprememoria 2021/2022: FPM 70 s. 2.

4.2 Tillämpningsområdet

Dataförordningen är horisontell och lämnar således utrymme för vertikal lagstiftning för uppfyllandet av sektorsspecifik reglering. Det materiella tillämpningsområdet återfinns i artikel 1.3 enligt vilken förordningen tillämpas på tillverkare av produkter och leverantörer av relaterade tjänster, s.k. datahållare som finns på den inre marknaden, liksom på användare av dessa produkter och tjänster. Med datahållare avses en fysisk eller juridisk person som har rätt eller skyldighet att använda och tillgängliggöra produktdata eller data från tillhörande tjänster som personen har hämtat eller genererat under tillhandahållandet av en tillhörande tjänst, förutsatt att detta har avtalats.¹³⁴ En användare är en fysisk eller juridisk person som innehar ägandeskapet av en uppkopplad produkt eller som har tillfälliga användarrättigheter till den uppkopplade produkten genom avtal, eller som mottar tillhörande tjänster.¹³⁵

Med uppkopplad produkt avses en produkt som får, producerar eller samlar in data om sin användning eller omgivning och har via elektronisk kommunikationstjänst, fysisk åtkomst, uppkopplingsåtkomst eller enhetsbaserad åtkomst, förmåga att kommunicera produktdata. Vidare är huvudfunktionen för denna produkt är inte att lagra, behandla eller överföra data för någon annan part än användaren.¹³⁶ En relaterad tjänst är en tjänst som är kopplad till en produkt vid tidpunkten för köp, hyra eller leasing på ett sätt som är nödvändigt för att den uppkopplade produkten ska kunna utföra en eller flera av sina funktioner. Alternativt kan tjänsten anslutas senare av tillverkaren eller en tredje part för att lägga till, uppdatera eller anpassa funktioner hos den uppkopplade produkten.¹³⁷ Den tillämpas även på datahållare som delar data med datamottagare inom EU:s institutioner och myndigheter. Detta inkluderar situationer där datahållare ombeds dela data när det föreligger ett exceptionellt behov för utförandet av en uppgift av allmänt intresse, och datamottagare inom EU till vilka data har delats.¹³⁸ Förordningen utgör inget hinder för att frivilliga avtal om laglig datadelning ska ingås. Det inkluderar avtal som sker på ömsesidig grund och uppfyller de krav som fastställs i förordningen.¹³⁹

¹³⁴ Artikel 2.13, Förordningen om skäligen åtkomst till och användning av data (dataförordningen).

¹³⁵ Artikel 2.12, dataförordningen.

¹³⁶ Artikel 2.5, dataförordningen.

¹³⁷ Artikel 2.6, dataförordningen.

¹³⁸ Artikel 1.3, dataförordningen.

¹³⁹ Artikel 1.3.9, dataförordningen.

4.3 Användares rätt att få tillgång till och dela data.

Förhållandena rörande användarnas rättigheter till tillgång och användning av data behandlas i artikel 4.1 enligt vilken datahållaren ska utan onödigt dröjsmål och kostnad, samt vid behov, kontinuerligt och i realtid tillhandahålla användaren de data som genereras av den uppkopplade produkten eller tjänsten. Detsamma gäller då datahållaren på begäran av användaren ska dela data till tredje part i enlighet med artikel 5.1 Syftet med dessa bestämmelser är att underlätta användarnas möjligheter att utnyttja data som är i datahållarens besittning. För att inte underminera denna rätt tillhandahålls dataåtkomst som en frivillig rättighet varav förfrågningar inte kräver etablerandet av avtal mellan datahållaren och användaren. Det är tillräckligt att användaren, via elektronisk kommunikation, exempelvis e-post, framför förfrågan för att erhålla tillgång till data som ännu inte har gjorts tillgängliga.¹⁴⁰ Skyldigheten att dela data till tredje part kan betraktas som en utveckling av rätten till dataportabilitet som stadgas i artikel 20 i Europaparlamentets och rådets dataskyddsförordning (EU) 2016/679 (GDPR), med den skillnaden att reglerna i dataakten avser annan data än personuppgifter när användaren inte är den registrerade.

Processen där användare utövar sina rättigheter att dela IoT-data med en tredje part (TP) involverar en förhandlad överenskommelse mellan datainnehavaren och TP. Denna överenskommelse specificerar de villkor under vilka TP kan använda IoT-datan. Förhandlingarna kan omfatta olika aspekter, inklusive avgifter för datanvändning, konfidentialitetsavtal för att skydda företagshemligheter och tekniska åtgärder för att säkra datan. I motsats till direkt överföring kan användare inte dela data direkt till TP utan en "licensöverenskommelse" mellan datahållaren och TP krävs. Användaren har däremot rätt att begära att datahållaren ska ingå en sådan "licensöverenskommelse" med TP.¹⁴¹ En väsentlig del av denna mekanism är att datahållaren inte är fri att fastställa avgifter och villkor för att göra data tillgängliga för tredje part utan måste följa FRAND-villkoren ("fair, reasonable and non-discriminatory terms") vilket stipuleras i artikel 8.1. Detta innebär förutom att det finns ett "avgiftstak" för tredje part att datahållaren har rätt till "rimlig ersättning" för tredje parts erhållande av data.¹⁴²

¹⁴⁰ Metzger, Schweitzer, Shaping Markets: A Critical Evaluation of the Draft Data Act, 2022, s. 16.

¹⁴¹ Wolfgang, Governance of IoT Data: Why the EU Data Act will not fulfill its objectives, s. 7.

¹⁴² Ibid. s.7

4.4 Kopplingen till konkurrensrätten

Traditionellt sett har konkurrensrätten fokuserat på att reglera marknadsmakt och upprätthålla effektiv konkurrens, inte minst genom kontraheringsplikten. Nu integrerar dataakten datadelning inom IoT-marknaden som en viktig komponent i denna kontext mot bakgrund av de konkurrens fördelar som data från uppkopplade produkter ger. Artikel 4.1 och 5.1 syftar till att öka rättssäkerheten för användare och mottagare vad gäller tillgång till data som genererat av uppkopplade produkter och tjänster. Tanken är att konsumenter och företag ska kunna använda data för eftermarknadstjänster och mervärdestjänster. Genom tillgång till och delning av data menar kommissionen att konsumenter och andra användare som exempelvis flyg- och byggföretag kommer kunna fatta bättre beslut, exempelvis köpa produkter och tjänster av högre kvalitet eller med bättre hållbarhet.¹⁴³ En viktig aspekt är dock att denna rättighet enbart omfattar rå data och inte data som härletts eller tolkats från den.¹⁴⁴ Data ger viktiga insikter och är särskilt viktig för mindre aktörer och uppstartsföretag vilka inte är särskilt kapitalstarka och därför mindre förmögna att använda sig av avancerade analysprogram. Genom tillgång till data kan de skapa konkurrenskraftiga produkter och tjänster i eftermarknaden utan att behöva investera ofantliga summor i forskning och utveckling, dataakten är således en mycket viktig komponent i upprätthållandet av den fria konkurrensen.

Dataförordningen innehåller inte enbart krav på datadelning utan även bestämmelser som skapar hinder för att dela data med vissa aktörer, och begränsningar för att fritt använda erhållen data för att skapa en konkurrerande produkt. Artikel 6.2 e föreskriver att tredje parter inte får använda erhållen data för att utveckla en produkt som konkurrerar med den uppkopplade produkten från vilken de data som åtkommit härrör. Enligt skäl 28 syftar denna begränsning till att undvika att undergräva investeringsincitamenten.¹⁴⁵ Ett exempel på olovlig användning är om en mobiltillverkare använder data som erhållits, vilken avslöjar användarens preferenser, för att skräddarsy egna mobiltjänster baserad på denna insikt. Förbudet förutsätter därmed att den nytvecklade produkten eller tjänsten härrör från samma typ av produkt eller tjänst. En annan viktig aspekt i regleringen är grindvaktens begränsade rätt att erhålla data som enligt skäl 36 beror på grindvaktens "oöverträffade förmåga" att införskaffa data varav deras tillgång till data inte anses nödvändig för att främja konkurrens och innovation på den härledda marknaden.

¹⁴³ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_22_1113.

¹⁴⁴ Skäl 15, dataförordningen.

¹⁴⁵ Metzger, Schweitzer, Shaping Markets, s. 16.

4.5 När är IoT-data en nödvändig nytthet?

I denna sektion kommer vi att utforska några praktiska exempel på hur tillgång till IoT-data har blivit avgörande inom olika branscher och hur dessa exempel relaterar till läran om nödvändiga nyttheter.

Inom smarta hem-system är ett företag som tillhandahåller smarta termostater eller röstassistenter en aktör på primärmarknaden varav termostaten och röstassisten är primärprodukten. Dessa aktörer samlar in användardata för att förbättra enhetens prestanda och erbjuda personligt anpassade tjänster, vilka erbjuds på den härledda marknaden. Vidare kan konkurrenter på den härledda marknaden, exempelvis analysföretag eller försäkringsbolag vilja få tillgång till och använda dessa data för att anpassa sina produkter och tjänster. Till exempel kan en eldistributör vilja använda genererad data från smarta termostater för att utveckla mer effektiva energilösningar för hem. Å andra sidan kan försäkringsbolag använda data om användarbeteenden för att skraddarsy hemförsäkringspaket och prissättning baserat på individuella riskprofiler.¹⁴⁶

Inom fordonsindustrin agerar biltillverkaren huvudaktör på primärmarknaden genom insamling av data om fordonskapacitet och körsätt, med hjälp av den uppkopplade bilen som är primärprodukt på denna marknad. Denna data delas sedan med auktoriserade bilverkstäder på den härledda marknaden för att dessa bl.a. ska kunna förutse reparationer. I denna situation föreligger ett exklusivitetsförhållande då fordonsdata inte delas med oberoende aktörer. Dessa är med störst sannolikhet intresserade av att erhålla fordonsdata i syfte att erbjuda användarna skraddarsydd lösningar. Dessa lösningar kan inkludera "reparationspaket" som är mer fördelaktiga, högkvalitativa eller kostnadseffektiva jämfört med de som erbjuds av de auktoriserade bilverkstäderna. Tvingade datadelningsregler skulle i förevarande fall kunna leda till förmånliga priser för konsumenterna. Från ett konkurrensrättsligt perspektiv är detta positivt eftersom företag kan konkurrera på både kvalitet och pris, vilket gynnar konsumenten i slutändan.¹⁴⁷

Samtidigt är det viktigt att notera att inte alla företag är beroende av användardata för att erbjuda sina tjänster. Försäkringsbolag kan fortfarande anpassa sina tjänster baserat på allmän branschdata och traditionella riskfaktorer utan att nödvändigtvis ha tillgång till specifik användardata. Liknande resonemang går att använda på

¹⁴⁶ Alam, M., Shakil, K., Khan, S. (red) Internet of Things (IoT). Springer, Cham 2015 s.66–78.

¹⁴⁷ Alam, M., Shakil, K., Khan, S. Springer, Cham 2015 s.66–78.

bilverkstäder. Traditionella bilverkstäder har länge bedrivit sin verksamhet utan omfattande tillgång till fordonsdata. Många reparationer och underhållsåtgärder kan fortfarande utföras baserat på mekanisk expertis och erfarenhet. För specialiserade verkstäder som fokuserar på vissa bilmärken eller avancerade fordonsfunktioner kan tillgång till specifik fordonsdata däremot vara mer nödvändig, dock är det ingen självklarhet att fordonsdata i dessa sammanhanget utgör en nödvändig nyttinghet såvida primäraktören inte är ett dominerande företag vars data anses utgöra en nödvändig insats.

4.5.1 Skillnader och likheter mellan regelverken

Datadelningsreglerna i dataförordningen skiljer sig från kraven på kontraheringsplikt enligt artikel 102 i FEUF genom att de inte nödvändigtvis kräver att en aktör innehar en dominerande ställning. Det räcker att aktören agerar datahållare, och att användare begär att få tillgång till eller dela data med tredje part, för att skyldigheterna i dataförordningen ska aktualiseras. Detta pekar på att data från uppkopplade produkter anses vara särskilt värdefull, eventuellt mer än annan data, eftersom delningskraven gäller oavsett datahållarens position på den inre marknaden. Denna distinktion är av central betydelse och särskiljer dataförordningen från DMA, där skyldigheterna endast appliceras på grindvakter vilka uppfyller de kvantitativa trösklarna som specificeras i förordningen medan dataförordningens skyldigheter omfattar i princip alla företag. Bedömningen kan göras att data nästan alltid anses utgöra en nödvändig resurs enligt dataförordningen.

5 Sammanfattning & slutsatser

Utvecklingen av teknikbaserade bolag och digitala plattformar har aktualiserat nya konkurrensrättsliga problem vilket tycks vara förenat med att dessa i rasande takt fått en dominerande ställning på den inre marknaden. I den nya dataekonomin är det tydligt att företag med marknadsmakt är de som har betydande kontroll över stora mängder data och kan därmed agera oberoende i relation till andra. Digitala aktörer konkurrerar för marknaden snarare än inom den och en viktig drivkraft bakom företagens framgångar är insamlingen av data som genererar betydande konkurrensfördelar. Strategiska beslut som innefattar vägran att dela data kan potentiellt påverka handelsmönstret mellan medlemsstaterna. Förfarandet kan nämligen skapa hinder för marknadstillträde och konkurrens, vilket kan leda till snedvridning av konkurrensen inom unionen. Det handlar främst om att mindre resursstarka företag står inför hinder att utveckla konkurrerande produkter och tjänster till följd av begränsade insikter. Frågan är om data verkligen utgör en nödvändig nytthet i konkurrensrättslig mening?

I princip all data har visat sig vara en betydande tillgång på marknaden för olika företag och i olika sammanhang. Emellertid är det inte självklart om data generellt kan klassificeras som en nödvändig nytthet, varför en bedömning behöver göras från fall till fall. Att data är åtkomligt motbevisar att den är nödvändig för företag på den härledda marknaden, dock kan tillgången till data vara avgörande i situationer där specifik information behövs för att bedriva näringsverksamhet eller för att utveckla en ny produkt. Microsoft-domen indikerar detta, eftersom den tydligt visade att dataoperativsystem utgör en nödvändig nytthet eftersom det möjliggör användning av olika program, såsom ordbehandling, kalkylblad och designverktyg, vilket i sin tur skapar möjligheter för näringsverksamhet nedströms. Doktrinen om nödvändiga nyttheter framstår dock som högst kontroversiell och kommer sannolikt fortsätta vara en omdebatterad. Begreppets exakta innebörd är inte fullständigt fastställd, och detta kan avsiktligt vara för att undvika potentiella konflikter inom det affärsrättsliga landskapet där principerna om avtalsfrihet och äganderätt väger mycket tungt. Istället verkar kommissionen integrera denna doktrin i de nya rättsakterna genom att införa krav på öppenhet och rättvisa. Dessa underliggande syften antyder en syn på data som en nödvändig resurs, även om det inte uttrycks.

En konkurrenskraftig marknad på bekostnad av grindvakter?

Utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv kan bedömningen göras att grindvakter skyldigheter att ge andra företag tillgång till data, syftar till att öka konkurrensen på den befintliga marknaden genom att indirekt klassificera data som en nödvändig nytthet. Möjligheter till tillgång av data eller att bli rankad av en online-plattform tycks vara en nödvändighet och avgörande för att företag ska kunna konkurrera på den inre marknaden. Förordningen tycks syfta till öka hållbar innovation där konkurrens baseras på förbättringar i produkter och tjänster snarare än att öka möjligheterna till nyskapande. Detta eftersom grindvakter kännetecknas av disruptiva egenskaper, därav skulle avsaknaden av DMA innebära att grindvakterna skulle tillåtas behålla kontrollen över data, tills ett nytt företag träder in på marknaden och slår ut de befintliga.

Artikel 5.2 i dataförordningen innebär en betydande inskränkning inte enbart av grindvaktens frihet att konkurrera på lika villkor utan även användares rätt att fritt välja vilka aktörer de ska dela sin data med, detta indikerar kommissionens bild av att skapa en digital miljö där data flödar fritt och inte kan ägas. Grindvaktens inskränkta rätt att erhålla data är samtidigt ett viktigt verktyg för att hindra oinskränkt marknadsmakt hos grindvakter. Frågan kan ställas om denna bestämmelse är nödvändig för att främja konkurrens? Ett alternativ skulle kunna vara att ställa kvantitativa krav för tillgång, exempelvis att grindvakter investerar i forskning till förmån för mindre aktörer. Balans kan förmodligen uppnås utan långtgående inskränkningar som begränsar användares och grindvaktens valmöjligheter.

Slutsatser

Företag drivs ofta av vinstmarginaler och ekonomiska incitament. Om incitamenten för innovation minskar genom tvingande datadelningsregler kan det potentiellt leda till att företag fokuserar mindre på att utveckla nya och förbättrade produkter. Detta kan i sin tur påverka konsumenterna, som inte kommer ha tillgång till de senaste och mest innovativa lösningarna. Det är således avgörande att hitta balans, vilket inte är enkelt när det kommer till lagstiftning. För mycket reglering eller eliminering av disruptiva möjligheter kan hämma innovation och konkurrens. Å andra sidan krävs emellertid sektorspecifik reglering för att skydda konsumenter och främja en sund konkurrens. Huruvida data utgör en nödvändig nytthet kan variera beroende på bransch och specifika marknadsförhållanden. Det går dock med säkerhet att säga att DMA och dataförordningen ändrar spelplanen för företag på den digitala marknaden, huruvida regelverken möter utmaningarna på rätt sätt, det återstår att se.

Källförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF).

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

Tillkännagivande från kommissionen om Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07).

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.

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).

Förordningen om skälig åtkomst till och användning av data (dataförordningen).

Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, en EU-strategi för data.

Commission Recommendation (EU) 2020/2245 of 18 December 2020 on relevant product and service markets in the field of electronic communications susceptible for ex ante regulation under Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code, point 17, C/2020/8750.

EU Kommissionens vitbok om artificiell intelligens COM (2020) 65 final

Kommissionens meddelande till Europaparlamentet om en datadriven

Ekonomi COM (2014) 442.

Sverige

Regeringkansliet faktaprememoria 2021/2022: FPM 70.

Litteratur

Axhamn, Nya regler för Big Tech och andra plattformstjänster, Nordstedts Juridik, 2022.

Bernitz, Kjellgren, Europarätten grunder, Nordstedts juridik, 7 uppl., 2022.

Bernitz, Kjellgren, Introduktion till EU, Nordstedts Juridik, 7 uppl., 2021.

Brownlow m.fl, Data-Driven Business Models, Cambridge University, 2015.

Canavillas, Wolfgang, New Horizons for a Data-Driven economy, 2016.

Frischmann, Waller, Revitalizing Essential Facilities, Antitrust Law Journal, 2008.

Graef, Rethinking the Essential Facilities Doctrine, Tilburg University, 2019.

Haucap, Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy, 2019.

Hettne, Eriksson, EU-rättslig metod, Nordstedts juridik, 1 uppl., 2005.

Metzger, Schweitzer, Shaping Markets: A Critical Evaluation of the Draft Data Act, 2022.

OECD - Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era, 2017.

OECD - Data-driven innovation, big data for growth and well-being, 2015.

OECD, Seizing the benefits and addressing the challenges, digital economy, 2016.

Pettersson, Sector-specific ex ante regulation in digital markets, Europarättslig tidskrift, 2022.

Ramberg, Allmän avtalsrätt, Nordstedts Juridik, 12 uppl., 2022.

Sokol, Comerford, Geo. Mason L. Rev, Antitrust and regulating big data, 2016.

Tucker, Wellford, Big Mistakes Regarding Big Data, The Antitrust Source, 2014.

UNCTAD - Competition issues in the digital economy, 2019.

V. Lerner, The role of “big data” in online platform competition, 2014.

Internetkällor

European Data Protection Supervisor (EDPS), Report of workshop on

Privacy, Consumers, Competition and Big Data 2 June, Bryssel 11 juli 2014

https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/14-07-11_edps_report_workshop_big_data_en.pdf

(Hämtad 17 -01- 2024).

EU Factsheet

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/sv/sheet/82/konkurrenspolitik>.

(Hämtad 17 -01-2024).

EU Pressmeddelande

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_402.

(Hämtad 17 -01-2024).

Rättsfall

Europeiska unionens domstol

Förenade målen 6/73 och 7/73 (Commercial Solvents).

Mål 85/76 (Hoffman-La Roche & Co AG mot EU- kommissionen).

Mål 215/88 (Casa Fleischhandel mot BALM).

Mål C-179/90 (Porto di Genova).

Mål C-241/91 och C-242/91 (Magill).

Mål C-7/97 (Bronner).

Mål C-418/01 (IMS Health).

Mål T-201/04 (Microsoft).

Mål C-283/11 (Sky Österreich).

Kommissionens beslut

Sea Containers Ltd v. Stena Sealink Ports and Stena Sealink Line Ltd EGT 1994 nr L 015.

Commission Decision of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area, (AT.39740 - Google Search (Shopping)).