



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alma Jakobsson

Företagskoncentrationer på den digitala marknaden –
Håller EU:s koncentrationsreglering måttet?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Katarina Olsson

Termin för examen: Period 1 VT21

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och material	8
1.4 Disposition	10
2 EU:S KONCENTRATIONSREGLERING	11
2.1 Koncentrationsregleringens principer och mål	11
2.2 Koncentrationsförordningen	12
2.2.1 EU-kommissionens ramar utifrån koncentrationsförordningen	13
2.2.2 SIEC-testet	14
2.3 EU-kommissionens bedömning av horisontella koncentrationer	14
2.3.1 Marknadsdefinition	15
2.3.2 Marknadsandelar och koncentrationsnivåer	17
2.3.3 Eventuella konkurrensbegränsande effekter av horisontella koncentrationer	18
2.3.4 Motverkande köparmakt	19
2.3.5 Marknadsinträde	20
2.3.6 Effektivitetsvinster	20
2.4 EU-kommissionens bedömning av konglomeratkoncentrationer	21
2.5 Företagens möjligheter till korrigerande åtgärder	22
2.6 Reflektion	23
3 DEN DIGITALA MARKNADENS SÄRDRAG	25
3.1 Flersidiga marknader med nätverkseffekter	25
3.2 Multihoming	27
3.3 Stordriftsfördelar och räckviddsfördelar	28
3.4 Höga inträdeshinder	29

3.5	Nollprissättning på marknader	30
3.6	Insamling och användning av data	31
3.7	Företag som digitala konglomerat	33
3.8	Reflektion	35
4	EU-KOMMISSIONENS PRAXIS	37
4.1	Google/DoubleClick	37
4.1.1	Bakgrund	37
4.1.2	Marknadsdefinition	37
4.1.3	Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt	38
4.1.4	Kommentar	41
4.2	Microsoft/Yahoo	41
4.2.1	Bakgrund	41
4.2.2	Marknadsdefinition	42
4.2.3	Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt	42
4.2.4	Kommentar	44
4.3	Microsoft/Skype	44
4.3.1	Bakgrund	44
4.3.2	Marknadsdefinition	44
4.3.3	Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt	45
4.3.4	Kommentar	47
4.4	Facebook/WhatsApp	48
4.4.1	Bakgrund	48
4.4.2	Marknadsdefinition	48
4.4.3	Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt	49
4.4.4	Kommentar	50
4.5	Apple/Shazam	51
4.5.1	Bakgrund	51
4.5.2	Marknadsdefinition	51
4.5.3	Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt	52
4.5.4	Kommentar	54
4.6	Google/Fitbit	55
4.6.1	Bakgrund	55
4.6.2	Marknadsdefinition	55
4.6.3	Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt	56
4.6.4	Kommentar	57
4.7	Reflektion	57
5	ANALYS	59
5.1	Lämpar sig den nuvarande regleringen för en bedömning av företagskoncentrationer utifrån den digitala marknadens särdrag?	59
5.1.1	Flersidiga marknader med nätverkseffekter	59
5.1.1.1	Marknadsdefinition	59
5.1.1.2	Konkurrensbedömning	59

5.1.2	Multihoming	60
5.1.2.1	Marknadsdefinition	60
5.1.2.2	Konkurrensbedömning	61
5.1.3	Höga inträdeshinder	61
5.1.3.1	Marknadsdefinition	61
5.1.3.2	Konkurrensbedömning	62
5.1.4	Stordriftsfördelar och räckviddsfördelar	62
5.1.4.1	Marknadsdefinition	62
5.1.4.2	Konkurrensbedömning	62
5.1.5	Nollprissättning på marknader	63
5.1.5.1	Marknadsdefinition	63
5.1.5.2	Konkurrensbedömning	64
5.1.6	Insamling och användning av data	64
5.1.6.1	Marknadsdefinition	64
5.1.6.2	Konkurrensbedömning	65
5.1.7	Företag som digitala konglomerat	67
5.1.7.1	Marknadsdefinition	67
5.1.7.2	Konkurrensbedömning	68
5.2	Hur skulle regleringen kunna anpassas för att underlätta bedömningar av företagskoncentrationer på den digitala marknaden?	69
5.2.1	Förändring av bedömningen av marknadsdefinition	69
5.2.2	Förändringar i bedömningen ur konkurrenssynpunkt	72
5.2.2.1	Marknadsandelar	72
5.2.2.2	Konglomeratkoncentrationer	72
5.2.3	Ökad användning av korrigerande åtgärder	75
6	SLUTSATSER	76
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	78
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	85

Summary

The digital market brings many benefits, both for companies and consumers. At the same time, the rapid development and the distinct market structure that exists in the digital market sets certain requirements on the Merger Regulation. The thesis aims to investigate which features characterize the digital market. Furthermore, the purpose of the thesis is to investigate whether the EU concentration regulation is suitable for an assessment based on the characteristics of the digital market. Finally, the thesis aims to provide suggestions on how the Merger Regulation can be adapted to facilitate a proper assessment of the characteristics.

An EU legal method is used to answer the thesis's questions, focusing on the EU's basic principles and purposes. The material used consists primarily of the Merger Regulation and the European Commission's guidelines. Economic literature is used to examine the characteristics of the digital market. In addition, several EU Commission decisions are examined to decide how the regulation is implemented for mergers on the digital market.

The investigation identifies several features that characterize the digital market. Companies operate on multisided markets and enjoy benefits through network effects. In addition, users on the digital market often multi-home. Companies have access to large amounts of data and operate in zero-price markets. In addition, companies on the digital market enjoy large economies of scale and scope. Furthermore, companies on the digital market are often large conglomerates. The study of the European Commission's practice shows that some of these characteristics are mentioned in the decisions. However, the assessment of these characteristics constitutes exceptions to the regulation.

The investigation shows that the current concentration regulation is suitable for concentrations between companies on the digital market in many cases. However, problems with the market definition and the subsequent assessment of mergers arise in relation to multisided markets, zero-priced markets and since companies are often conglomerates. The thesis therefore proposes changes to the regulation. The thesis proposes that a new test, based on decrease in quality, should be adopted for mergers, and that the European Commission update the guidelines so that market shares can be calculated based on the number of unique users. In addition, new theories of harm are required to properly assess whether a conglomerate merger will lead to harm to competition or consumers. In addition to these changes, the regulation should be altered so that behavioural commitments from companies can be allowed to a greater extent.

Sammanfattning

Den digitala marknaden medför många fördelar, både för företag och konsumenter. Samtidigt ställer den snabba utvecklingen och marknadsstruktur som finns på den digitala marknaden krav på regleringen av företagskoncentrationer. Uppsatsen syftar till att undersöka vilka särdrag som karakteriserar den digitala marknaden. Vidare är uppsatsens syfte att utreda om EU:s koncentrationsreglering lämpar sig för en bedömning utifrån den digitala marknaden särdrag. Slutligen syftar uppsatsen till att ge förslag på hur koncentrationsregleringen kan anpassas för att underlätta en bedömning utifrån särdragen.

För att besvara uppsatsens frågeställningar används en EU-rättslig metod, med fokus på EU:s grundprinciper och ändamål. Det material som används består i första hand av koncentrationsförordningen samt EU-kommissionens vägledningar och riktlinjer. Ekonomisk litteratur används för att undersöka den digitala marknaden särdrag. Dessutom granskas ett antal EU-kommissionsbeslut för att undersöka hur regleringen implementeras för koncentrationer på den digitala marknaden.

I utredningen identifieras ett antal särdrag som karakteriserar den digitala marknaden. Företag agerar på flersidiga marknader och åtnjuter fördelar genom nätverkseffekter. Dessutom utövar användare på den digitala marknaden ofta multihoming. Företag har tillgång till stora mängder data samt agerar på nollprismarknader. Därutöver åtnjuter företag på den digitala marknaden stora stordrifts- och räckviddsfördelar. Företag på den digitala marknaden är dessutom ofta stora konglomerat. I undersökningen av EU-kommissionens praxis framgår att vissa av dessa särdrag nämns i besluten, men att bedömningen av dessa utgör undantag från regleringen.

Utredningen visar att dagens koncentrationsreglering i många fall är lämplig för bedömningen av koncentrationer mellan företag på den digitala marknaden. Problem med marknadsdefinitionen samt den efterkommande bedömningen av företagskoncentrationer uppstår dock i förhållande till marknadens flersidighet, nollprissatta marknader samt att företag ofta är konglomerat. I uppsatsen ges därför förslag på ändringar av regleringen. I uppsatsen ges förslag om att ett nytt test baserat på kvalitetsminskning utformas för företagskoncentrationer samt att EU-kommissionen uppdaterar riktlinjerna så att marknadsandelar kan beräknas utifrån antalet unika användare. Dessutom krävs nya skadeteorier för att kunna bedöma om en konglomeratkoncentration kommer att leda till skada för konkurrensen eller konsumenter. Utöver dessa förändringar bör regleringen ändras så att beteendeåtaganden från företag kan tillåtas i större utsträckning.

Förord

Efter fem år har det blivit dags för mig att sätta punkt för studietiden i Lund. Ett stort tack till alla er som gjort studietiden ofantligt rolig, lärorik och utmanande.

Ett stort tack till mamma, pappa, Per och Cecilia som korrekturläst, kommit med input och motiverat mig i mina studier. Ett stort tack till alla er andra som har gett er på att korrekturläsa denna uppsats. Tack till min handledare Katarina Olsson, som gett bra input, råd och dessutom lyckats lugna mig vid ett antal tillfällen när uppsatsskrivandet känts helt omöjligt. Framför allt vill jag tacka Oscar, som genom hela studietiden utmanat, uppmuntrat och stöttat mig i alla situationer. Utan dig hade studietiden blivit bra mycket tråkigare.

Malmö, maj 2021.

Alma Jakobsson

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
EU-stadgan	Europeiska Unionens Stadga om de Grundläggande Rättigheterna (2010/C 83/02)
GDPR	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (Text av betydelse för EES)
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens Funktionssätt
Förslag till Digital Markets Act	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) COM/2020/842 final
HHI	Herfindahl-Hirschmanns index
Koncentrationsförordningen	Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer
De horisontella riktlinjerna	Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2004/C 31/03)
De icke-horisontella riktlinjerna	Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av

	företagskoncentrationer (2008/C 265/07)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
Tillkännagivandet om relevant marknad	Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03)
Tillkännagivandet om korrigerande åtgärder	Tillkännagivande från EU-kommissionen om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EEG) nr 139/2004 och EU-kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 (2008/C 267/01)
Vägledningen om missbruk av dominerande ställning	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)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Genom den stora digitala utveckling som skett sedan millennieskiftet har avståndet mellan människor i världen minskat. Internet har möjliggjort interaktion på nya villkor, till exempel genom sociala medier. Konsumenter har också fått större tillgång till varor och tjänster som inte hade varit möjlig utan internet. För företag skapar internet förutsättningar för snabb expansion, möjlighet till innovation och tillgång till en större kundbas.¹ Den digitala marknaden² för alltså med sig många fördelar. Samtidigt oroas vissa aktörer, däribland EU-kommissionen, av att några få företag tillskansat sig stora delar av marknaden.³

Digitala företag som Google, Amazon, Apple, Microsoft och Facebook köper årligen upp mängder av företag.⁴ EU-kommissionen har sedan millennieskiftet godkänt ett antal uppmärksammande företagskoncentrationer, till exempel Facebook/WhatsApp⁵, Microsoft/Yahoo⁶ och Google/Fitbit⁷. I flera av ärendena har EU-kommissionen diskuterat den digitala marknads särdrag och hur gällande EU-rätt bör tillämpas på den digitala marknaden.⁸ Osäkerheten i hur den digitala marknaden bör regleras har lett till mycket diskussion. Bland annat rör diskussionen huruvida koncentrationsregleringen fungerar för alla marknader, eller om det uppstår några problem i förhållande till den digitala marknaden.⁹ Bland annat har EU-kommissionen utkommit med en strategi för fri

¹ OECD, 2018, s. 1.

² Den digitala marknaden ska i uppsatsen förstås bestå av online-plattformar, vilka i huvudsak är aktiva på internet och som agerar mellanhand för olika kundgrupper. Främst rör det online-företag inom sociala medier, sökmotorer och E-handel.

³ Jfr Miquel & Izquierdo-Castillo, s. 803; EU-kommissionen, The Digital Services Act Package, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

⁴ Gautier & Lamesh, s. 11.

⁵ COMP/M.7217 Facebook/WhatsApp.

⁶ COMP/M.5727 Microsoft/Yahoo! Search Business (Microsoft/Yahoo).

⁷ M.9660 Google/Fitbit.

⁸ Jfr Facebook/WhatsApp; Microsoft/ Yahoo.

⁹ Bland annat gav EU-kommissionen år 2020 förslag till en förordning, Digital Markets Act, med syfte skapa en mer rättvis och konkurrenskraftig miljö på den digitala marknaden. I förslaget föreslår EU-kommissionen att vissa företag åläggs en skyldighet att informera EU-kommissionen om samtliga planerade koncentrationer som involverar en annan aktör i den digitala sektorn innan de genomförs, se Förslag till Digital Markets Act artikel 12 samt p. 29.

konkurrens på den digitala marknaden.¹⁰ I strategin återfinns dock inga direkta förslag om bedömning av företagskoncentrationer på den digitala marknaden.

1.2 Syfte och frågeställning

Mot bakgrund av den digitala marknads snabba utveckling och den diskussion som nu förs inom EU är syftet med uppsatsen är att utreda om den EU-rättsliga regleringen för företagskoncentrationer är lämpad för den digitala marknaden utifrån de mål som uppställts för regleringen. Uppsatsen behandlar således inte nationell rätt.

Inom ramen för uppsatsens syfte ingår att undersöka och redogöra för vilka särdrag som präglar den digitala marknaden, för att sedan analysera den digitala marknads särdrag i förhållande till nuvarande reglering. Analysen syftar till att möjliggöra slutsatser kring huruvida det krävs ändringar i koncentrationsregleringen för att säkerställa effektiv konkurrens på den digitala marknaden, eller om den nuvarande regleringen lämpar sig för bedömning av företagskoncentrationer på den digitala marknaden.

För att uppfylla uppsatsens syfte uppställs följande frågeställningar:

1. Vilka särdrag präglar den digitala marknaden jämfört med mer traditionella marknader?
2. Lämpar sig den nuvarande regleringen för marknadsdefinition och den efterkommande konkurrensbedömningen för en bedömning av företagskoncentrationer utifrån den digitala marknads särdrag?
3. Hur skulle regleringen för marknadsdefinition och den efterkommande konkurrensbedömningen kunna anpassas för att underlätta bedömningar av företagskoncentrationer på den digitala marknaden?

¹⁰ EU-kommissionen, 'A fair and competitive digital economy', <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/fair-and-competitive-digital-economy>.

1.3 Metod och material

I uppsatsens syfte ingår att fastställa gällande EU-rätt, för att sedan kunna sätta denna i relation till förutsättningarna som råder på den digitala marknaden. Jag använder mig i dessa delar av EU-rättslig metod.

Det finns inte en EU-rättslig metod som kan tillämpas på alla texter om EU-rätt. EU-rättslig metod bör snarare ses som ett tillvägagångssätt för att tolka EU-rättsliga källor.¹¹ På många vis liknar tillvägagångssättet den rättsdogmatiska metoden, vars syfte ofta är att fastställa gällande rätt.¹² Metoden för att uttolka EU-rätten är dock något annorlunda än den som används för att uttolka svensk rätt. Allmänna rättsprinciper har större betydelse i EU-rätten, och används för att fylla ut luckor i den skrivna rätten. EU-domstolen innehar en roll som rättsskapande instans då den tillämpar och utvecklar allmänna rättsprinciper och EU-rätten i stort. Uttolkning av EU-rätten sker främst genom teleologisk tolkning, där bestämmelser tolkas utifrån sin funktion och sitt ändamål, snarare än genom klassisk dogmatik utifrån rättskällehierarkin.¹³ När jag utreder gällande EU-rätt läggs således stor vikt vid regleringens syfte, funktion och ändamål.

De rättskällor som används i uppsatsen är främst primärrätt i form av EU-fördragen, samt sekundärrätt i form av direktiv och förordningar som rör företagskoncentrationer. Rättskällorna används för att beskriva gällande rätt för företagskoncentrationer med EU-dimension. Både horisontella koncentrationer och koncentrationer av konglomerattyp¹⁴ (i uppsatsen kallade konglomeratkoncentrationer) behandlas i uppsatsen, eftersom dessa är vanliga på den digitala marknaden och på grund av att gränsen dem emellan ofta är suddig.¹⁵ Däremot behandlas inte vertikala koncentrationer, då sådana inte anses hämma konkurrensen i samma utsträckning som horisontella koncentrationer.¹⁶ EU-kommissionens avgöranden, vägledningar och riktlinjer används för att beskriva tillämpningen av EU-rätten på området, eftersom EU-kommissionen har ett tillsynsuppdrag

¹¹ Reichel, s. 109.

¹² Kleineman, s. 21–23; Lehrberg, s. 32, s. 203f.

¹³ Reichel, s. 121–125.

¹⁴ Koncentrationer av konglomerattyp innebär att de berörda företagen varken är konkurrenter på samma relevanta marknad eller har ett vertikalt samband, alltså som leverantör eller kund till det andra företaget.

¹⁵ Bourreau & de Stree, s. 4; De horisontella riktlinjerna, p. 5.

¹⁶ De horisontella riktlinjerna, p. 11.

och långtgående beslutsbefogenheter för konkurrensrätten i EU.¹⁷ Det är EU-kommissionen som i första hand tillämpar konkurrensrätten i EU genom beslut om koncentrationer. EU-kommissionen ger dessutom ut vägledningar för hur konkurrensrätten ska tolkas. För att förstå hur EU-rätten tolkas och tillämpas måste således EU-kommissionens avgöranden och vägledningar behandlas. Av den anledningen gör jag en redogörelse för ett antal EU-kommissionsbeslut i avsnitt 4. Jag har valt att behandla de beslut som är relevanta för uppsatsens syfte på så sätt att de rör koncentrationer mellan företag på den digitala marknaden. Besluten som valts ut har dessutom ofta hänvisats till i doktrin om den digitala marknaden. I mina referat av besluten har jag fokuserat på de diskussioner som EU-kommissionen fört rörande den digitala marknads särdrag. Varje referat avslutas med en kortare kommentar som återkopplar till uppsatsens syfte.

I avsnitt 3 som rör den digitala marknads särdrag behandlas främst rapporter och vetenskapliga artiklar. De särdrag jag utreder är sådana som ofta lyfts upp i beslut, rapporter och artiklar som rör konkurrens på den digitala marknaden. Särdragen grundar sig på ekonomiska teorier och därför använder jag rättsekonomisk litteratur för att beskriva dessa. Litteraturen syftar till att beskriva den digitala marknads ekonomiska karaktär ur ett konkurrensperspektiv och lämpar sig således för uppsatsens syfte. Eftersom uppsatsen innehåller en stor del tekniska begrepp och termer som inte kan anses utgöra allmän kunskap har jag valt att förklara dessa genom information i fotnoterna.

För att utreda om regleringen är lämpad för den digitala marknaden använder jag en kritiskt inriktad rättsdogmatik. Resultaten från min utredning analyseras för att identifiera eventuella problem med regleringen.¹⁸ Analysen utgår från de syften och ändamål som beskrivits i den nuvarande regleringen, såsom fri konkurrens på marknaden och konsumenters välfärd.

I uppsatsens avslutande del (avsnitt 5) förs ett resonemang de lege ferenda. För det resonemanget räcker det inte att endast behandla gällande koncentrationsreglering. Således måste annat material än koncentrationsregleringen också granskas, eftersom alternativa lösningar främst återfinns i doktrin, utredningar och rapporter. I uppsatsens avslutande del

¹⁷ EU-kommissionen, Overview: making markets work better, https://ec.europa.eu/competition/general/overview_en.html.

¹⁸ Kleineman, s. 35f.

presenteras lösningar som diskuterats i doktrin som en del av de lege ferenda-resonemanget. Utöver analysen i avsnitt 5 sker viss analys löpande i form av en slutlig reflektion till varje avsnitt.

1.4 Disposition

I avsnitt 2 behandlar jag den EU-rättsliga regleringen av företagskoncentrationer så som den ser ut idag.

I avsnitt 3 redogör jag för den digitala marknadens särdrag och besvarar uppsatsens första frågeställning.

I avsnitt 4 behandlar jag tillämpningen av EU-rätten på digitala marknader genom en redogörelse av relevanta beslut från EU-kommissionen. Anledningen till att avsnitt 4 är separat från avsnitt 2 är att referaten av besluten förutsätter kunskap som ges först i avsnitt 3.

I avsnitt 5 analyserar jag hur dagens koncentrationsreglering, i ljuset av EU-kommissionens bedömningar, ger möjlighet att undersöka de särdrag på den digitala marknaden som diskuterats i avsnitt 3. För de fall där de digitala särdragen inte kan bedömas på ett tillfredställande sätt diskuteras vilka alternativ som kan implementeras för att bättre bedöma sådana koncentrationer.

2 EU:s koncentrationsreglering

2.1 Koncentrationsregleringens principer och mål

Till skillnad från bestämmelserna om karteller (artikel 101 FEUF) och missbruk av dominerande ställning (artikel 102 FEUF) finns ingen särskild bestämmelse i primärrätten som reglerar företagskoncentrationer. Enligt EU-praxis kan artikel 101 och 102 tillämpas på vissa koncentrationer.¹⁹ Huvuddelen av koncentrationsregleringen återfinns dock i sekundärrätten, särskilt i koncentrationsförordningen.

Sekundärrätten som reglerar företagskoncentrationer måste vara i överensstämmelse med primärrättens principer och mål.²⁰ De mål som styr koncentrationsregleringen återfinns framför allt i FEU. Målet med EU är enligt artikel 3 FEU bland annat att främja en hållbar ekonomisk utveckling, en hög grad av konkurrenskraft, ekonomisk, social och territoriell sammanhållning samt solidaritet mellan medlemsstaterna. Dessutom ska EU främja vetenskapliga och teknologiska framsteg. EU ska sträva mot målen med lämpliga medel utifrån sina befogenheter. Även artikel 2 FEU styr bedömningen av företagskoncentrationer.²¹ Koncentrationsregleringen måste således implementeras i enlighet med mänskliga rättigheter och utifrån värden som respekt för människans värdighet, frihet, demokrati och jämlikhet samt rättsstatsprincipen. Enligt artikel 2 FEUF har EU exklusiv befogenhet för fastställandet av de konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion.

Den rättskälla som främst reglerar företagskoncentrationer med EU-dimension är koncentrationsförordningen från år 2004. Det framgår av koncentrationsförordningen samt av praxis att den konkurrens som ska skyddas är s.k. effektiv konkurrens.²² Av de i stycket ovan nämnda artiklarna framgår att konkurrenslagstiftningens mål är att bistå i utvecklandet av en inre marknad.

¹⁹ Koncentrationsförordningen, skäl 7.

²⁰ Koncentrationsförordningen, skäl 23; EU-kommissionen, Typen av EU-rättsakter, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_sv.

²¹ Koncentrationsförordningen, skäl 23.

²² Koncentrationsförordningen, skäl 23.

Sedan 90-talet har målet med konkurrensregleringen tagit en tydligare ekonomisk inriktning, med fokus på konsumenters välfärd. Konsumentvälfärd ses ofta som synonymt med konsumentöverskott, vilket i ekonomisk teori definieras som skillnaden mellan vad en konsument skulle vara villig att betala för en produkt och vad en konsument måste betala för produkt.²³ EU-kommissionen har vid flera tillfällen understrukit konsumenters välfärd som ett av konkurrensregleringens huvudsakliga mål.²⁴ EU-domstolen har inte uttryckligen nämnt konsumentvälfärd i sin praxis, men har fastställt att målet med konkurrensrätten är att skydda konsumenters och konkurrenters intressen samt marknadens struktur och marknaden i sig.²⁵ EU-domstolen har även uttalat att målet med konkurrensrätten är att hindra konkurrensen från att snedvridas till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna.²⁶

Trots det stora fokus som läggs på konsumenters välfärd återfinns ingen definition eller förklaring av vad begreppet konsumenters välfärd ska anses innebära i EU-rätten.²⁷ EU-kommissionen har i sin vägledning om missbruk av dominerande ställning beskrivit målet med sitt arbete, i förhållande till missbruk av dominerande ställning, som att förhindra att konsumenter påverkas negativt. Negativ påverkan beskrivs som högre prisnivåer, sämre kvalitet och minskat urval.²⁸

På senare tid har det bland annat i Europaparlamentet diskuterats om konkurrensrättens mål ska utvidgas till att även skydda andra intressen, så som sociala intressen och miljöintressen, inte minst i förhållande till den digitala marknaden. Någon sådan regeländring har dock ännu inte initierats.²⁹

2.2 Koncentrationsförordningen

Koncentrationsförordningen ställer upp de övergripande ramarna för EU:s koncentrationsreglering. Bland annat definieras vad en koncentration innebär, nämligen att det sker en

²³ Albæk, s. 70f.

²⁴ Jfr Laitenberger, s. 2.

²⁵ Förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P GlaxoSmithKline Services Unlimited mot EU-kommissionen, p. 63; Mål C-68/12 Protimonopolný úrad Slovenskej republiky mot Slovenská sporiteľňa a.s., p. 18.

²⁶ Mål C-52/09 Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB, p. 22.

²⁷ European Data Protection Supervisor, s. 19.

²⁸ Vägledningen om missbruk av dominerande ställning, artikel 19.

²⁹ Jones m.fl., s. 50–53; Reimon, s. 5.

varaktig kontrollförändring av ett företag.³⁰ Anmälningsskyldighet för koncentrationer med unionsdimension regleras i förordningen, såväl som tillämpliga tröskelvärden och frivillig anmälan för företag och medlemsstater.³¹ Det som regleras genom förordningen är således mer processuella frågor. I koncentrationsförordningen återfinns dock även viss materiell vägledning. De materiella bestämmelser som är relevanta för uppsatsens syfte behandlas nedan.

2.2.1 EU-kommissionens ramar utifrån koncentrationsförordningen

EU-kommissionen har genom koncentrationsförordningen fått stor frihet och stort ansvar i bedömningen av företagskoncentrationer. EU-kommissionen har, tillsammans med EU-domstolen, exklusiv behörighet att tillämpa förordningen.³² Dessutom kan EU-kommissionen utifrån förordningen fastställa tillämpningsföreskrifter som ska användas när EU-kommissionen utövar sina befogenheter.³³ EU-kommissionen ges genom förordningen befogenhet att fatta samtliga nödvändiga beslut för att fastställa om koncentrationer är i enlighet med den gemensamma marknaden³⁴. I förordningen fastslås att EU-kommissionen dessutom bör utge en vägledning om sitt tillvägagångssätt vid bedömning av koncentrationer. Vägledningen bör enligt förordningen ge en sund ekonomisk ram för bedömningen av koncentrationer.³⁵

Enligt förordningen bör EU-kommissionen beakta sannolika effektivitetsvinster, vilka kan göra att en koncentration inte anses hämma konkurrensen på den gemensamma marknaden. Dessutom betonas att effektivitetsvinster kan motverka skada för konsumenterna.³⁶

³⁰ Koncentrationsförordningen, artikel 3.

³¹ Koncentrationsförordningen, artikel 4–5.

³² Koncentrationsförordningen, skäl 17.

³³ Koncentrationsförordningen, skäl 46.

³⁴ I förordningen och tillhörande tillkännagivanden används begreppet ”den gemensamma marknaden”, vilket förstås som synonymt med ”den inre marknaden”.

³⁵ Koncentrationsförordningen, skäl 28, skäl 33.

³⁶ Koncentrationsförordningen, skäl 29.

2.2.2 SIEC-testet

Den materiella bedömningen av en företagskoncentration görs genom det s.k. SIEC-testet³⁷, vilket återfinns i artikel 2.2 i koncentrationsförordningen. Enligt testet ska en företagskoncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden om den inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks. Följaktligen ska en koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den enligt artikel 2.3 i koncentrationsförordningen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.

Enligt artikel 2.1 i koncentrationsförordningen ska EU-kommissionen i sin bedömning av en företagskoncentration särskilt beakta vissa faktorer, såsom behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden, de berörda företagens marknadsställning, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, hinder för inträde på marknaden, konsumentintressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande.

Genom artikeln förtydligas att koncentrationsregleringen måste följa de mål och syften som behandlats ovan i avsnitt 2.1. Artikeln uppställer också vissa ramar för hur en företagskoncentration ska bedömas rent materiellt utifrån förordningen. Listan i artikel 2.1 är inte uttömmande. EU-kommissionen får således undersöka andra faktorer beroende på omständigheterna i fallet.³⁸

2.3 EU-kommissionens bedömning av horisontella koncentrationer

I samband med att koncentrationsförordningen trädde i kraft utgav EU-kommissionen riktlinjer om bedömning av horisontella koncentrationer. En horisontell koncentration definieras som en koncentration där de berörda företagen är faktiska eller potentiella

³⁷ Significant Impediment of Effective Competition.

³⁸ Westin, s. 209f.

konkurrenter på samma relevanta marknad.³⁹ Riktlinjerna används till viss del även för konglomeratkoncentrationer, vilka behandlas nedan.⁴⁰

Enligt riktlinjerna är den vanligaste orsaken till att konkurrens snedvrids att en dominerande ställning skapas eller förstärks.⁴¹ Det poängteras att riktlinjerna inte ska anses utgöra detaljreglering, utan att de endast utgör en kartläggning av EU-kommissionens analytiska tillvägagångssätt. Bedömningen måste alltid göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.⁴²

EU-kommissionen gör konkurrensbedömningar utifrån en kontrafaktisk analys, det vill säga genom att jämföra de konkurrensvillkor som skulle bli följden av den anmälda koncentrationen med de villkor som skulle ha gällt om koncentrationen inte genomförts. EU-kommissionen förtydligar i sina riktlinjer att de villkor som skulle ha gällt om koncentrationen inte genomförts oftast är de villkor som råder vid tillfället för bedömningen, men att den kontrafaktiska analysen i särskilda fall kan innebära en framtidsanalys, där framtida förändringar på marknaden som rimligen kan förutsägas även kan ligga till grund för jämförelsen.⁴³

EU-kommissionens bedömning ska enligt riktlinjerna göras i två steg. Först definieras den relevanta marknaden, därefter bedöms koncentrationen ur konkurrenssynpunkt. Marknaden definieras med hjälp av tillkännagivandet om relevant marknad, vilket behandlas nedan.

2.3.1 Marknadsdefinition

EU-kommissionen har publicerat ett tillkännagivande om bedömningen av relevant marknad. Målet med tillkännagivandet är att öka förutsebarheten för när EU-kommissionen kommer att invända mot koncentrationer, samt att öka kunskapen om EU-kommissionens beslutsfattande i konkurrens mål.⁴⁴ Marknadsdefinitionen utgör ramen för konkurrensbedömningen och identifierar potentiella och faktiska konkurrenter. Det gör det möjligt att beräkna marknadsandelar för att på så sätt fastställa om ett företag har

³⁹ De horisontella riktlinjerna, p. 5.

⁴⁰ De icke-horisontella riktlinjerna, p. 6.

⁴¹ De horisontella riktlinjerna, p. 4.

⁴² De horisontella riktlinjerna, p. 5.

⁴³ De horisontella riktlinjerna, p. 9.

⁴⁴ Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 4–5.

marknadsinflytande.⁴⁵ Marknadsdefinitionen delas upp i relevant produktmarknad och relevant geografisk marknad.⁴⁶ Den relevanta geografiska marknaden behandlas inte i uppsatsen, då det inte krävs för uppsatsens syfte.

Den relevanta produktmarknaden definieras som ”alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara”.⁴⁷ Produktmarknaden bedöms utifrån pris och utbytbarheten som kommer av ett förändrat pris.⁴⁸

För att avgöra vilka produkter som betraktas som utbytbara på efterfrågesidan, och således utgör produktmarknaden, använder sig EU-kommissionen av det så s.k. SSNIP-testet⁴⁹. SSNIP-testet utgår från frågeställningen: hade konsumenter bytt till en annan vara om priset på produkten som undersöks varaktigt ökar med 5–10 %? Produkter är utbytbara om prisökningen hade blivit olönsam för företaget eftersom tillräckligt många kunder i stället hade vänt sig till ett konkurrerande företag. De utbytbara produkterna utgör produktmarknaden.⁵⁰ Om inga produkter hamnar på samma produktmarknad som företagets produktmarknad har företaget en monopolställning på den marknaden. Om leverantörer, som svar på en prisökning, kan ställa om sin produktion så att de i stället producerar de relevanta produkterna och kan marknadsföra dessa utan väsentliga tilläggskostnader eller risker, räknas de också in i produktmarknaden eftersom produkterna är utbytbara på utbudssidan. Om EU-kommissionen gör bedömningen att koncentrationen inte leder till några konkurrensproblem på någon tänkbar produktmarknad behöver inte en exakt marknad definieras.⁵¹

Potentiell konkurrens bedöms inte vid marknadsdefinitionen, utan vid den efterkommande bedömningen av konkurrens. Anledningen är att potentiell konkurrens endast ger upphov till problem om vissa faktorer och omständigheter föreligger. Faktorena och omständigheterna hänför sig till inträdesvillkor, vilka bedöms först i det senare skedet.⁵²

⁴⁵ Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 2.

⁴⁶ Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 1.

⁴⁷ Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 7.

⁴⁸ Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 15.

⁴⁹ Small but significant and non-transitory increase in price.

⁵⁰ Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 2, p. 53.

⁵¹ Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 27, p. 33.

⁵² Tillkännagivandet om relevant marknad p. 24.

EU-kommissionen har historiskt sett använt sig av relativt snäva marknadsdefinitioner vid bedömningar av marknadskoncentrationer. En snäv marknadsdefinition ger visserligen en högre marknadsandel för företaget, men samtidigt minskas risken för att företagen ska dela produktmarknad med målbolaget. En snäv marknadsdefinition kan således vara positiv för företag i en tilltänkt koncentration.⁵³

2.3.2 Marknadsandelar och koncentrationsnivåer

När marknadsdefinitionen är fastställd bedöms företagens marknadsandelar på den definierade marknaden. Marknadsandelarna beräknas som huvudregel utifrån försäljnings-siffror, men i vissa fall kan även andra faktorer såsom kapacitet eller antal aktörer på marknaden vara aktuella. Enligt riktlinjerna utgör marknadsandelar en viktig del av konkurrensbedömningen. Marknadsandelarna räknas i huvudsak utifrån hur de ser ut vid tillfället för bedömningen. De kan dock anpassas utifrån kommande händelser, såsom utträden från marknaden. För att avgöra hur marknadsandelarna kan ändras efter koncentrationen antas att de båda företagen behåller sina respektive marknadsandelar.⁵⁴

Höga marknadsandelar kan i sig vara ett bevis på dominans. Utifrån rättspraxis kan utläsas att en marknadsandel på 50 % eller mer innebär en stark presumtion för dominerande ställning. Om företagen i koncentrationen tillsammans har en marknadsandel under 25 % indikerar det att koncentrationen inte kommer att hämma den fria konkurrensen.⁵⁵ EU-kommissionen har dock beslutat att företagskoncentrationer som leder till en marknadsandel under 50 % kan resultera i ett skapande av eller förstärkning av dominerande ställning i flera fall.⁵⁶ Oavsett hur stor marknadsandel företagen har tillsammans efter koncentrationen kan konkurrensproblem finnas, exempelvis utifrån konkurrenters marknadsinflytande, kapacitetsbegränsningar eller om produkterna som de samgående företagen har är utbytbara.⁵⁷

För att mäta koncentrationsnivåer använder EU-kommissionen indexet HHI. Genom HHI beräknas storleken på företag i förhållande till marknaden. Modellen kan användas både

⁵³ Westin, s. 207f.

⁵⁴ De horisontella riktlinjerna, p. 49f; Tillkännagivandet om relevant marknad, p. 30.

⁵⁵ De horisontella riktlinjerna, p. 17–18.

⁵⁶ Jfr COMP/M.2337 – Nestlé/Ralston Purina; IV/M.1221 – Rewe/Mein.

⁵⁷ De horisontella riktlinjerna, p. 17.

för att mäta konkurrenstrycket innan en koncentration och för att mäta hur konkurrenstrycket skulle förändras vid en koncentration.⁵⁸

Det fastslås i riktlinjerna att HHI endast ska ses som en indikator på hur konkurrenstrycket ser ut på marknaden.⁵⁹ HHI ger inte en rättvisande bild av konkurrensproblemen på marknaden om:

1. den ena parten är en ny eller potentiell ny aktör på marknaden,
2. en av parterna är en innovatör och det inte speglas i marknadsandelarna, eller
3. den ena aktören har en marknadsandel på minst 50 % före koncentrationens genomförande.⁶⁰

2.3.3 Eventuella konkurrensbegränsande effekter av horisontella koncentrationer

Efter att marknadsandelar bedömts granskas koncentrationens eventuella effekter utifrån ett antal faktorer. De faktorer som är relevanta för uppsatsens syfte sammanfattas i detta avsnitt. Faktorerna ska dock inte ses som uttömmande. Det krävs inte heller att samtliga faktorer föreligger för att koncentrationen ska anses påverka konkurrensen negativt.⁶¹

En företagskoncentration kan anses vara problematisk om den kan leda till icke samordnade effekter eller samordnade effekter. De effekter som främst brukar diskuteras i förhållande till koncentrationer på den digitala marknaden är de icke samordnade effekterna. En icke samordnad effekt innebär att ett konkurrenstryck som tidigare funnits på företag elimineras genom att företagets marknadsandel ökar, utan att det sker ett samordnat agerande.⁶²

I riktlinjerna redogörs för olika situationer där icke samordnade effekter riskerar att uppstå. Det kan röra sig om en koncentration på en marknad där de samgående företagen har en stor marknadsandel, där de samgående företagen är nära konkurrenter, där kunder har begränsad möjlighet att byta leverantör, där konkurrenter hindras expandera genom

⁵⁸ De horisontella riktlinjerna, p. 16, p. 19–20.

⁵⁹ De horisontella riktlinjerna, p. 21.

⁶⁰ De horisontella riktlinjerna, p. 20.

⁶¹ De horisontella riktlinjerna, p. 26.

⁶² De horisontella riktlinjerna, p. 24.

sammanslagningen etcetera. Dessa situationer innebär att konkurrensen riskerar att hämmas eftersom konkurrensstrycket minskar. Uppräkningen är dock inte uttömmande, och andra faktorer för att bedöma risk för icke samordnade effekter kan således beaktas vid EU-kommissionens prövning. I riktlinjerna beskrivs att en koncentration på marknader där innovation är viktigt kan ge företagen möjligheten att komma med nya innovationer. Samtidigt kan en effektiv konkurrens hämmas om en koncentration sker mellan två innovatörer med två nyutvecklade produkter på samma eller liknande produktmarknad.⁶³

En koncentration kan dessutom få en konkurrenshämmande effekt om ett företag går samman med en potentiell konkurrent på en marknad, förutsatt att den potentiella konkurrenten har tillgångar som leder till att det sammangående företaget enkelt kan ta sig in på en ny marknad utan höga icke-återvinningsbara kostnader. Det krävs dock att den potentiella konkurrenten utövar ett konkurrensstryck eller att det är troligt att den potentiella konkurrenten kan komma att bli en konkurrensfaktor. I bedömningen kan bevis för att den potentiella konkurrenten är på väg in på företagets marknad leda till en slutsats om att koncentrationen har en konkurrenshämmande effekt.⁶⁴

2.3.4 Motverkande köparmakt

I bedömningen av om en företagskoncentration ska anses vara konkurrenshämmande kan EU-kommissionen även undersöka om det föreligger någon motverkande köparmakt. En motverkande köparmakt innebär att kunderna till ett företag, exempelvis på grund av sin storlek, kommersiella betydelse eller möjlighet att välja annan leverantör, kan utöva ett konkurrensstryck mot företaget efter koncentrationens genomförande. Det kan vara fråga om en kund som har möjlighet att hota med att omedelbart byta leverantör om företaget skulle höja sina priser. Dessutom kan köparmakt utövas genom att en kund vägrar köpa produkter som tillhandahålls av leverantören.⁶⁵

⁶³ De horisontella riktlinjerna, p. 25–38.

⁶⁴ De horisontella riktlinjerna, p. 58–60.

⁶⁵ De horisontella riktlinjerna, p. 64–67.

2.3.5 Marknadsinträde

EU-kommissionen ska vid sin bedömning av en koncentration analysera om det är lätt för potentiella och framtida konkurrenter att ta sig in på marknaden där företagen agerar. För att ett marknadsinträde ska resultera i ett tillräckligt konkurrenstryck på de sammanslående parterna krävs enligt riktlinjerna att ett eventuellt inträde är troligt, snabbt och tillräckligt för att motverka konkurrenshinder som koncentrationen har skapat.⁶⁶

I riktlinjerna nämns även möjliga inträdeshinder på marknaden. Det kan finnas rättsliga hinder, så som en gräns för antalet licenser på en marknad. Dessutom nämner EU-kommissionen etablerade företags tekniska fördelar, så som innovation, anläggningar, forskning och utveckling samt immateriella rättigheter som inträdeshinder för nya företag. Det kan även finnas inträdeshinder i form av de etablerade företagens inarbetade ställning på marknaden. Faktorer som kundens lojalitet, betydelsen av reklam, erfarenhet och anseende kan påverka hur troligt det är att företag kan etablera sig på en ny marknad.⁶⁷

Om marknadens tillväxt väntas bli stark finns det större chans för ett lyckat inträde för potentiella och framtida konkurrenter. Dessutom kan lönsamheten analyseras utifrån huruvida nätverkseffekters och skalfördelars lönsamhet kräver att ett företag vinner en stor marknadsandel.⁶⁸

2.3.6 Effektivitetsvinster

En företagskoncentrations effektivitetsvinster kan anses uppväga de negativa följder en koncentration kan få förutsatt att koncentrationen är till nytta för konsumenterna. De exempel som ges på konsumentnytta är lägre priser eller bättre kvalitet på produkten eller tjänsten. Effektivitetsvinsterna ska bedömas branschspecifikt.⁶⁹

Det krävs också att effektivitetsvinsterna och fördelarna för konsumenterna går att kontrollera. Det måste således vara möjligt att identifiera effektivitetsvinster och konsumentnytta, antingen kvantitativt eller genom att förutse en klart identifierbar effekt.

⁶⁶ De horisontella riktlinjerna, p. 68.

⁶⁷ De horisontella riktlinjerna, p. 69–71.

⁶⁸ De horisontella riktlinjerna, p. 72–73.

⁶⁹ De horisontella riktlinjerna, p. 76–85.

Ju senare i tid en effektivitetsvinst väntas förverkligas, desto mindre troligt är det att effektivitetsvinster anses uppväga de eventuella negativa följderna av koncentrationen.⁷⁰

2.4 EU-kommissionens bedömning av konglomeratkoncentrationer

År 2008 utgav EU-kommissionen riktlinjer för bedömningar av icke-horisontella koncentrationer⁷¹, med syfte att belysa konkurrensaspekter som är av betydelse för icke-horisontella koncentrationer. EU-kommissionen fastställde att det tillvägagångssätt som återfinns i riktlinjerna för horisontella koncentrationer även är tillämpligt på icke-horisontella koncentrationer.⁷²

EU-kommissionen fastslår i riktlinjerna att koncentrationer kan skapa både horisontella och icke-horisontella effekter. Så kan vara fallet om företagen som ska slås samman är faktiska eller potentiella konkurrenter på en eller flera av de berörda marknaderna, samt om de har vertikala förbindelser eller förbindelser av konglomerattyp på andra berörda marknader. I sådana fall kan EU-kommissionen undersöka både horisontella och icke-horisontella effekter i bedömningen.⁷³

I riktlinjerna fastslås att icke-horisontella koncentrationer inte anses vara lika konkurrens-hämmande som horisontella koncentrationer, då icke-horisontella koncentrationer inte leder till att konkurrens går förlorad på samma relevanta marknad. Dessutom anses icke-horisontella koncentrationer ge stort utrymme för effektivitetsvinster, genom att kompletterande produkter eller verksamheter integreras i ett enda företag. Genom effektivitetsvinster blir företag mer konkurrenskraftiga och kan exempelvis erbjuda lägre priser eller effektivisera produktionsprocessen. Det finns dock situationer där icke-horisontella koncentrationer anses kunna hämma konkurrensen, särskilt om en dominerande ställning skapas eller förstärks.⁷⁴

⁷⁰ De horisontella riktlinjerna, p. 86–88.

⁷¹ Det vill säga vertikala koncentrationer och konglomeratkoncentrationer.

⁷² De icke-horisontella riktlinjerna, p. 1–6.

⁷³ De icke-horisontella riktlinjerna, p. 7.

⁷⁴ De icke-horisontella riktlinjerna, p. 13–15.

Om företagen efter sammanslagning inte har betydande marknadsinflytande är koncentrationen inte ett hot mot konkurrensen. Konkurrensproblem lär inte finnas om det nya företaget har en marknadsandel under 30 % eller ett lågt HHI. En sådan koncentration granskas vanligtvis inte vidare. Ett undantag är dock om en koncentration innefattar ett företag som sannolikt kommer utvidga sin verksamhet betydligt inom en nära framtid, exempelvis genom innovation.⁷⁵

Om EU-kommissionen väljer att analysera en koncentration djupare bedömer den om koncentrationen kan leda till några konkurrenshämmande effekter utifrån givna skadeteorier. Konglomeratkoncentrationer anses kunna hämma konkurrensen om koncentrationen leder till avskärmning av konkurrenter. Så kan vara fallet om det nya företaget har möjlighet att använda sig av s.k. kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudanden och konkurrenternas möjlighet att konkurrera därmed försämras. Om ett företag kan stänga ute sina konkurrenter, har ekonomiskt incitament att göra det och om en sådan strategi hade kunnat skada konkurrensen, kan en konkurrenshämmande effekt anses sannolik.⁷⁶

2.5 Företagens möjligheter till korrigerande åtgärder

EU-kommissionen har möjlighet att godkänna en företagskoncentration som gett anledning till allvarligt tvivel beträffande dess förenlighet med den inre marknaden, förutsatt att företag visar att de vidtagit ändringar för att bemöta de uppmärksammade problemen. EU-kommissionen får i sådana fall förena beslutet med villkor om att företagen fullföljer de korrigerande åtgärder som de föreslagit för att göra koncentrationen kompatibel med den inre marknaden.⁷⁷

Korrigerande åtgärder delas in i avyttringar, strukturella korrigerande åtaganden såsom att ge konkurrenter tillträde till infrastruktur, patent och nätverk, samt åtaganden gällande den nybildade enhetens framtida beteenden. Avyttringar anses bäst lämpade för att avhjälpa

⁷⁵ De icke-horisontella riktlinjerna, p. 22–26

⁷⁶ De icke-horisontella riktlinjerna, p. 91–94.

⁷⁷ Koncentrationsförordningen, artikel 6.2, artikel 8.2.

konkurrensproblem. Strukturella korrigerande åtaganden kan anses lämpliga i vissa fall. Åtaganden om framtida beteenden ska endast användas i undantagsfall.⁷⁸

2.6 Reflektion

Genom koncentrationsförordningen har EU-kommissionen fått en betydande roll för koncentrationsregleringen i EU. Det är främst EU-kommissionen som, genom beslut och föreskrifter, för utvecklingen framåt. På så sätt både skapar och implementerar EU-kommissionen regelverket. Bristen på maktindelning kan kritiseras utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv, framför allt eftersom en sådan brist riskerar att leda till maktmissbruk.⁷⁹ En djupare diskussion om problematik kring EU-kommissionens befogenheter ryms dock inte inom uppsatsens syfte.

Det verkar, utifrån koncentrationsförordningens skäl, som att EU-kommissionen är bunden till ekonomiska ramar när de bedömer företagskoncentrationer. Även begreppet effektivitetsvinst kan kopplas till en ekonomisk bedömning av koncentrationer. Det kan diskuteras hur en sådan snäv ram förhåller sig till kravet på EU-kommissionen att bedöma företagskoncentrationer utifrån mänskliga rättigheter och andra grundprinciper såsom mänskligt värde, frihet och demokrati. Möjligtvis hade betoningen av sådana principer i primärrätt och sekundärrätt kunnat öppna för en utvidgning av konkurrensregleringen i framtiden. De tydligaste exemplen på mänskliga rättigheter som kan aktualiseras för digitala marknader är rätten till privatliv enligt artikel 7 EU-stadgan eller rätten till skydd för personuppgifter enligt artikel 8 EU-stadgan.

Det framgår att riktlinjerna som EU-kommissionen tillämpar inte är bindande för EU-kommissionen. De ska enbart ses som en genomgång av det analytiska tillvägagångssätt som EU-kommissionen tillämpar. Utifrån formuleringar i vägledningen utläses att tillvägagångssättet kan vidareutvecklas och finslipas i framtiden. Min åsikt är dock att EU-kommissionen i huvudsak är bunden av sin vägledning i praktiken, eftersom allt för kraftiga avvikelser från vägledningen innebär att förutsebarheten för företag skulle minska.

⁷⁸ Tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, p. 15–17.

⁷⁹ EU-kommissioner har tidigare blivit anklagade för korruption, vilket resulterat i avgång och skapandet av Europeiska byrån för bedrägeribekämpning (OLAF), vilken bedrivs under EU-kommissionen men har självständiga befogenheter, https://multimedia.europarl.europa.eu/en/history-fall-of-the-santer-commission_V001-0004_ev.

Förutsebarhet är enligt mig viktigt för att marknaden ska kunna utvecklas eftersom företag som känner trygghet i marknadens funktion lär vara mer benägna att agera på marknaden. Förutsebarhet krävs även för att EU-kommissionens tillämpning av konkurrens-lagstiftningen ska överensstämma med EU:s principer och mål, såsom rättsstatsprincipen.⁸⁰

⁸⁰ Zila, s. 285–289.

3 Den digitala marknadens särdrag

3.1 Flersidiga marknader med nätverkseffekter

Den digitala marknaden karakteriseras av att företag ofta agerar som förmedlare, till exempel mellan annonsörer och användare. Företag riktar sig mot användare, ofta genom att erbjuda en gratistjänst. Samtidigt riktar sig företagen till annonsörer, som mot en avgift kan annonsera på den marknad där användarna är aktiva. Härigenom skapas två marknader för samma plattform. När ett företag riktar sig mot flera kundgrupper genom samma plattform kan det kallas flersidighet eller en flersidig marknad. Vid e-handel är förmedlingstjänsten tydlig, då syftet med tjänsten är att sammanföra konsumenter och annonsörer. På sociala medier eller sökmotorer uppstår flersidigheten genom att annonsörer får en plats i synfältet hos användare, även om annonserna inte är anledningen till att användarna nyttjar tjänsten. Om en plattform har många användare kommer fler annonsörer vända sig till plattformen, vilket leder till att plattformen växer.⁸¹ Företag som agerar på flersidiga marknader är inte en ny företeelse. Tidningar, köpcenter och kreditkortsutgivare riktar sig också till två kundgrupper. Genom digitaliseringen har dock flersidiga marknader ökat i relevans eftersom en större andel företag agerar på flersidiga marknader.⁸²

Flersidiga marknader kan delas upp i två olika kategorier, transaktionsmarknader och icke-transaktionsmarknader. På en transaktionsmarknad finns det en interaktion mellan de två kundgrupperna. På en transaktionsmarknad har plattformen möjlighet att agera som förmedlare mellan de två kundgrupperna. De två kundgrupperna är beroende av varandra på plattformen och har samma mål med plattformen. En av kundgrupperna hade inte kunnat använda plattformen utan den andra kundgruppen. Ett exempel på företag som agerar på transaktionsmarknader är kreditkortsutgivare.⁸³

En icke-transaktionsmarknad karakteriseras av att kundgrupperna inte är direkt beroende av varandra. Det finns ingen direkt interaktion mellan de två kundgrupperna. Företaget

⁸¹ Graef, s. 25f.

⁸² Brekke, s. 87.

⁸³ Filistrucchi, s. 38; Rasek & Wismer, s. 57f.

hade egentligen kunnat agera på en ensidig marknad. Ett exempel på företag som agerar på icke-transaktionsmarknader är tidningsföretag eller sociala medier.⁸⁴

Flersidiga marknader präglas av möjligheten till nätverkseffekter. Nätverkseffekter kan delas upp i direkta nätverkseffekter och indirekta nätverkseffekter. Direkta nätverkseffekter påverkar endast en sida av marknaden. Direkta nätverkseffekter innebär att om fler användare börjar använda en plattform uppstår ett mervärde för den enskilde användaren. Ett exempel är att en användare på Facebook har mer användning av Facebook om fler är anslutna. Indirekta nätverkseffekter innebär att en ökad mängd användare leder till ett ökat värde för den andra sidan av plattformen. Ett exempel är om annonsörer, till följd av att många användare har anslutit sig till Facebook, drar fördel av mängden användare. Positiva indirekta nätverkseffekter kan leda till fler kompletterande varor och tjänster på plattformen, vilket ökar värdet på den. Nätverkseffekter kan även vara negativa, exempelvis om en stor mängd annonser på en plattform leder till att användare lämnar plattformen.⁸⁵

I doktrin återfinns olika åsikter om hur det faktum att ett företag agerar på en flersidig marknad bör tas i beaktan i en konkurrensbedömning. Filistrucchi menar att marknadsdefinitionen skiljer sig mellan transaktionsmarknader och icke-transaktionsmarknader. För transaktionsmarknader krävs endast en definierad marknad som omfattar båda kundgrupperna, eftersom kundgrupperna är beroende av varandra. Företag kommer i sådana fall befinna sig antingen på båda sidor av marknaden, eller utanför marknaden. Om det rör sig om icke-transaktionsmarknader måste två olika marknader definieras. En sådan definition hade möjliggjort för ett företag att befinna sig på en sida av marknaden, men inte nödvändigtvis på den andra.⁸⁶

Dessutom har författare diskuterat hur marknadsandelar ska beräknas på flersidiga marknader. Collyer m.fl. menar att det mest pragmatiska hade varit att bedöma marknadsandelar separat för varje marknad utifrån de traditionella verktygen. Efter att marknadsandelarna beräknats kan marknadernas nätverkseffekter undersökas.⁸⁷

⁸⁴ Filistrucchi, s. 38; Rasek & Wismer, s. 57f.

⁸⁵ Clements, s.2; Graef, s. 27–29.

⁸⁶ Filistrucchi, s. 37f.

⁸⁷ Collyer m.fl., s. 74.

Brekke menar att de verktyg som används för att bestämma marknadsinflytande är dåligt anpassade för flersidiga marknader. När prispåverkan bedöms (exempelvis genom SSNIP-testet) måste konkurrensmyndigheter även bedöma nätverkseffekternas påverkan på marknadsinflytanden. Om verktyg som är anpassade till ensidiga marknader används riskerar fördelaktiga koncentrationer att stoppas och skadliga koncentrationer att godkännas.⁸⁸

Collyer m.fl. menar att dagens verktyg för att definiera marknader inte ser till komplexiteten i flersidiga marknader, och därför måste anpassas till dessa. Framför allt bör flersidiga marknaders påverkan på företagsstrategier bedömas.⁸⁹ Påpekandet som författarna gör gäller inte minst för nollprissatta marknader.⁹⁰ Dessa diskuteras vidare under avsnitt 3.5.

3.2 Multihoming

Ett annat karaktärsdrag på den digitala marknaden är att kunder ofta har möjligheten att använda flera konkurrerande plattformar för samma syfte vid samma tid, s.k. multihoming. Fenomenet är vanligt på flersidiga marknader.⁹¹ Annonsörer kan exempelvis ha möjlighet att använda flera plattformar för att marknadsföra samma annons, och användare kan ha möjlighet att använda två appar som tillhandahåller varsin chatt-funktion för att ha konversationer med samma kontakter. Ett exempel är att användare både kan använda Facebook Messenger och Kik Messenger för att chatta med samma kontakter, och således inte är bundna till en viss hem-app. Multihoming påverkar konkurrens på ett antal sätt vilka behandlas nedan.

Multihoming innebär ett konkurrenstryck på plattformarna, förutsatt att konsumenterna kan utöva sin köpmakt enkelt och spela ut plattformarna mot varandra. Dessutom är multihoming positivt för annonsörer eftersom de kan nå fler konsumenter på användarsidan genom att annonsera på flera plattformar.⁹²

⁸⁸ Brekke, s. 88.

⁸⁹ Collyer m.fl., s. 73.

⁹⁰ Filistrucchi m.fl., s. 19.

⁹¹ Belleflamme & Peitz, s. 2f.

⁹² Stigler Committee on Digital Platforms, s. 42f.; Rasek & Wismer, s. 60–62.

Annonsörer utövar ofta multihoming eftersom de vill nå fler användare. Om användare utövar singlehoming, alltså endast använder en plattform, måste annonsörer använda den plattformen för att nå ut till användare. Således har plattformen större chans att få monopolställning, eftersom den endast behöver konkurrera om kunder på ena sidan av marknaden. Om båda sidor av marknaden utövar singlehoming innebär det mer konkurrens eftersom plattformarna konkurrerar på båda marknaderna.⁹³

Enligt Collyer m.fl. bör ett antal frågor relaterade till multihoming ställas under en bedömning av ett företags marknadsinflytande. På den betalande sidan av marknaden bör undersökningar göras av hur många konsumenter på gratissidan som utövar singlehoming. Om många konsumenter utövar singlehoming kräver det att annonsörerna befinner sig på den plattformen, vilket indikerar marknadsinflytande för plattformen på marknaden där annonsörerna befinner sig. Dessutom bör undersökningar göras av hur många annonsörer som utövar singlehoming eftersom även det är ett indicium för marknadsinflytande. En annan parameter är hur viktig plattformen är för att attrahera konsumenter till betalsidan. Om betalsidan enkelt hade kunnat attrahera konsumenter utan plattformen, genom att exempelvis använda sig av andra plattformar eller direkt kontakta konsumenten, är marknadsinflytande mindre troligt.⁹⁴

På nollprissidan bör det undersökas hur lojala konsumenter är mot plattformen, hur enkelt det är för konsumenter att använda sig av andra konkurrerande plattformar, samt hur viktig plattformen är för konsumenterna när de ska hitta och köpa en produkt som de vill ha. Om det är enkelt för konsumenter att hitta och köpa produkter via andra kanaler är marknadsinflytande mindre troligt.⁹⁵

3.3 Stordriftsfördelar och räckviddsfördelar

På den digitala marknaden åtnjuter företag ofta betydande stordriftsfördelar. Stordriftsfördelar innebär att ett företag, efter att ha kommit upp i storskalig produktion åtnjuter minskade styckkostnader. Företaget kan således ta ut mer vinst eller sänka sina priser.⁹⁶ På den digitala marknaden är stordriftsfördelarna ofta kopplade till de tidigare nämnda

⁹³ Collyer m.fl., s. 76f.

⁹⁴ Collyer m.fl., s. 76.

⁹⁵ Collyer m.fl., s. 76f.

⁹⁶ Goldhar & Jelinek, 'Plan for economies of scope', <https://hbr.org/1983/11/plan-for-economies-of-scope>.

nätverkseffekter som skapas på internet. Genom att fler användare och fler annonsörer hittar till en marknad kan marknaden bli självförsörjande. När en viss mängd användare, applikationer och annonsörer väl har samlats på en viss plattform kommer plattformen, till följd av nätverkseffekterna, att fortsätta växa av sig själv och vara lönsam utan inblandning av leverantören av plattformen.⁹⁷

Vidare åtnjuter företagen på den digitala marknaden ofta stora räckviddsfördelar.⁹⁸ Skillnaden mellan räckviddsfördelar och stordriftsfördelar är att räckviddsfördelar är fördelar som uppkommer genom att ett företag får tillgång till stor variation, snarare än vid stordriftsfördelar då ett företag åtnjuter fördelar på grund av ökad volym. Räckviddsfördelar innebär att företag genom att diversifiera och bredda sitt produktsortiment kan sänka sina produktionskostnader och får möjlighet att sänka sina priser eller öka sin vinst.⁹⁹ På den digitala marknaden åtnjuter företag räckviddsfördelar främst i förhållande till mängden insamlad data. När ett företag har tillgång till en stor variation av data skapas en fördel för det företaget, som kan erbjuda fler produkter och tjänster än företag utan tillgång till liknande data.¹⁰⁰

Det bör sägas att stordriftsfördelar och räckviddsfördelar inte är ett problem för konkurrensen i sig. Snarare kan sådana fördelar vara positiva, eftersom företag kan lägga mer resurser på innovation och utveckling av sin produkt eller tjänst. Dessutom kan priser sänkas för konsumenter eftersom kostnaderna per enhet blir lägre. Problemet uppstår när en aktör åtnjuter så pass stora räckviddsfördelar och stordriftsfördelar att det blir svårt för andra företag att konkurrera med den aktören.¹⁰¹

3.4 Höga inträdeshinder

Ett särdrag som ofta beskrivs i förhållande till den digitala marknaden är att det föreligger höga inträdeshinder, det vill säga hinder som företag stöter på när de vill etablera sig på en ny marknad.¹⁰²

⁹⁷ Graef, s. 34f.

⁹⁸ Digital Competition Expert Panel, s. 32.

⁹⁹ Goldhar & Jelinek, Plan for economies of scope.

¹⁰⁰ Mäihäniemi, s. 165f; Digital Competition Expert Panel, s. 116.

¹⁰¹ Mäihäniemi, s. 155f; Khemani & Shapiro, s. 39–41.

¹⁰² Jfr. Crémer mfl., 51f.

När ett företag ska träda in på en marknad kan ett antal investeringar behöva göras. I fysisk handel kan företag vara beroende av exempelvis infrastruktur som transportvägar, elektricitet och dylikt. Likaså finns liknande inträdeshinder på den digitala marknaden. Ett digitalt företag måste lägga stora summor på att bygga upp en digital infrastruktur, med servrar, sökalgoritmer, nya funktioner för socialt nätverkade eller annonseringssystem. Till skillnad från den fysiska marknaden, där flera aktörer kan dra nytta av redan existerande infrastruktur, krävs det ofta stora investeringar för att komma in på den digitala marknaden. Ett sådant inträde på marknaden kräver vanligtvis stora fasta kostnader.¹⁰³ Som exempel kan nämnas att Microsoft beräknat att inträde på sökmotormarknaden kräver ett insättningskapital om flera miljarder dollar för att utveckla en sökalgoitm. Dessutom krävs enligt Microsoft två miljarder dollar för hårdvara och humankapital.¹⁰⁴ Genom att den digitala marknaden har höga inträdeshinder kan det sägas att plattformar och företag numera konkurrerar om marknaden snarare än att konkurrera på marknaden.¹⁰⁵

3.5 Nollprissättning på marknader

På digitala marknader återfinns ofta en sida av marknaden där konsumenterna inte behöver betala en avgift för att nyttja tjänsten eller produkten. Tydliga exempel är Google och Facebook, där konton och användning av samtliga tjänster är kostnadsfria för användare. Anledningen till att tjänster erbjuds gratis är att fler användare genererar fler betalande kunder på den andra sidan av marknaden. Dessutom får företag genom att erbjuda tjänster till nollpris tillgång till stor mängd data från sina användare, vilket kan användas till bland annat utveckling av produkter eller tjänster. Data kan också säljas till tredje person. Nollprissättning kan dessutom användas som strategi för att skapa en stor användarbas, vilket i sin tur kan göra plattformen mer konkurrenskraftig.¹⁰⁶ Det finns således många anledningar för ett företag att erbjuda en tjänst utan kostnad till en viss användargrupp.

På den digitala marknaden finns det dock oftast, på grund av att marknaden många gånger är flersidig, en betalande sida av marknaden som kan kopplas till den nollprissatta.¹⁰⁷

¹⁰³ Graef, s. 32–33.

¹⁰⁴ Microsoft/Yahoo, p. 110–111.

¹⁰⁵ Stigler Committee on Digital Platforms, s. 78.

¹⁰⁶ OECD, 2018, s. 4.

¹⁰⁷ Sousa Ferro, s. 2, s. 11f.

Ett problem som uppkommer med marknader där nollprissättning tillämpas är hur SSNIP-testet ska användas. Som nämnts ovan bedöms konsumenters vilja att byta till en annan produkt vid en liten men varaktig prisökning. Om produkten, och den eventuella utbytbara produkten, är gratis för konsumenterna, är SSNIP-testet omöjligt att genomföra i sin nuvarande utformning. Även EU-domstolen har tagit fasta på att SSNIP-testet inte är användbart på nollprismarknader.¹⁰⁸ Flertalet förslag på alternativa metoder återfinns i doktrin och diskuteras i avsnitt 5.2.1

3.6 Insamling och användning av data

På senare tid har datainsamling kallats den nya oljan för den digitala ekonomin, och vikten av data på den digitala marknaden har diskuterats flitigt i doktrin.¹⁰⁹ En åsikt är att koncentration av data skapar nya konkurrensproblem och nya konkurrenstyper på marknaden. Genom att samla in stora mängder av data och dessutom ha möjlighet att analysera denna kan företag få detaljerad information om sina användare, skapa träffsäker marknadsföring, förbättra sina tjänster, och dessutom etablera sig på nya marknader. Företag kan också köpa data av tredje part för att få tillgång till användbar information.¹¹⁰

Det finns olika typer av data och de olika typerna är olika värdefulla för ett företag. Generell data är ofta mindre användbar för företagen än mer specifik data. Som exempel kan nämnas att en användares email-adress kanske inte är lika användbar för en plattform som användarens köpmönster eller geografiska plats.¹¹¹ Den data som främst diskuteras i förhållande till konkurrensrätt är s.k. personlig data, vilket är all data som kan hänföras till en fysisk person.¹¹²

De tyska och franska konkurrensmyndigheterna utgav år 2016 en gemensam rapport om hur data kan skapa problem för konkurrensen. I rapporten menar myndigheterna att data kan skapa inträdeshinder för nya potentiella konkurrenter på marknaden. Även om företag

¹⁰⁸ Mål T-699/14, Topps Europe Ltd mot EU-kommissionen, p. 82.

¹⁰⁹ The Economist, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

¹¹⁰ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, s. 9–12.

¹¹¹ Lerner, s. 24f.

¹¹² Lerner, s. 3.

kan köpa in data från tredje part har stora plattformar ett sådant försprång att nya företag inte kan nå upp till samma mängd data. De större plattformarna kan genom sin data-insamling bland annat förbättra algoritmer och skapa nya funktioner, vilket riskerar att leda till en dominerande ställning på marknaden. Företagen med mindre datainsamling har sämre möjlighet att utveckla sina tjänster. De attraherar av den anledningen färre konsumenter och får således in mindre data. Därmed blir de inte heller lika attraktiva för annonsörer. Företagen med mindre datainsamling konkurreras därför ut, alternativt kommer de inte in på marknaden från första början. Detta leder till obalans på marknaden.¹¹³

De tyska och franska konkurrensmyndigheterna anser att det uppkommer ett antal problem för koncentrationer i förhållande till data, bland annat vid förvärv av mindre företag som i traditionellt hänseende inte skulle anses ha konkurrenshämmande effekter. Förutsatt att det mindre företaget har en stor databas kan ett sådant förvärv leda till en koncentration av data på marknaden eller på nya marknader vid konglomeratkoncentration. Dessutom kan koncentrationer av företag med stort inflytande på separata marknader och med mycket data riskera att leda till utestängning av andra företag på marknaden. Myndigheterna menar dock att det enligt dagens konkurrensverktyg verkar finnas möjlighet att bedöma effekter relaterade till data. De hänvisar i rapporten till beslut så som Facebook/WhatsApp och Microsoft/Yahoo, vilka behandlas nedan.¹¹⁴

Det finns även åsikter om att datainsamling på den digitala marknaden gör att konkurrensrätten måste utökas och även värna om icke-ekonomiska värden. Framst diskuteras användares integritet som en eventuell bedömningsparameter i företagskoncentrationer. I en skiljaktig mening vid godkännandet av koncentrationen mellan Google och DoubleClick i USA diskuterades att nätverkseffekterna som skulle uppstå genom data-ackumuleringen riskerade att leda till färre valmöjligheter gällande integritet för konsumenterna, och att integritetsfrågor således borde tagits med i bedömningen av koncentrationen.¹¹⁵

Newman menar att datainsamling och företags kontroll över användardata kräver nya

¹¹³ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, s. 13

¹¹⁴ Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, s. 11–17.

¹¹⁵ Jones Harbour, s. 9–13.

skadeteorier. Teorin som föreslås är att användare genom snedvriden konkurrens godkänner datainsamling som de vid sund konkurrens inte hade godkänt. Genom godkännandet förlorar användarna makten över sina uppgifter och sin integritet.¹¹⁶

Samtidigt finns åsikten att data inte har så stor påverkan på konkurrensen som exempelvis de tyska och franska konkurrensmyndigheterna påstår. Lerner menar att det inte finns några faktiska bevis för att data skulle ge så pass stort marknadsinflytande att det kan snedvrیدا konkurrensen. Flera stora företag på den digitala marknaden har tidigare konkurrerats ut av mindre företag som erbjuder mer attraktiva produkter. Han ger som exempel Myspace, som under tidigt 2000-tal var den ledande plattformen för socialt nätverkande men som i nuläget har ersatts av Facebook som i sin tur utsätts för konkurrens av andra, mindre aktörer. Även Yahoo och liknande sökmotorer har mött stor konkurrens av Google, som till en början inte samlade in användardata. Data ger företag möjligheten att förbättra och anpassa sina tjänster, samtidigt som data möjliggör en nollprissättning av ena sidan av marknaden. Det finns med andra ord stora fördelar med datainsamling som enligt Lerner utelämnas vid diskussionen om datainsamling och konkurrens.¹¹⁷

3.7 Företag som digitala konglomerat

En trend som syns på den digitala marknaden är företagens expansion på andra marknader än den marknad de först var verksamma på. Ett bra exempel är Google, som förutom sin sökmotortjänst numera erbjuder ett 60-tal produkter för bland annat mailhantering, karttjänster, kalender, molnlagring, videogemenskap genom Youtube och operativsystem genom Android. Google har även börjat investera i hårdvara, såsom mobiler och Google Home-produkter.¹¹⁸ Därmed har Google byggt upp ett stort ”ekosystem” av kompletterande tjänster.

Även Amazon har skapat ett stort system genom ett stort antal dotterbolag, bland annat Amazon Prime, Twitch och Amazon Music.¹¹⁹ Inte sällan byggs dessa system ut genom utveckling av nya tjänster tillsammans med konglomeratkoncentrationer.¹²⁰

¹¹⁶ Newman, N., s. 441f.

¹¹⁷ Lerner, s. 16–18, s. 43–47.

¹¹⁸ Google, Helpful products for everyone, <https://about.google/products/>.

¹¹⁹ Amazon, Subsidiaries, https://www.amazon.jobs/en/business_categories/subsidiaries.

¹²⁰ OECD, 2020, s. 27f.

Det finns ett antal tidigare teorier om varför företag väljer att söka sig till orelaterade eller svagt relaterade marknader. Bland annat har företag ansetts vilja expandera till andra marknader för att indirekt öka sitt marknadsinflytande, för att ta del av nya resurser och tillgångar, eller för att skapa interna kapitalmarknader. I den digitala ekonomin menar Bourreau och de Streel att företag främst engagerar sig i konglomeratkoncentrationer för att stärka sitt marknadsinflytande och för att införskaffa mer resurser, till exempel data, som kanske vid tillfället för koncentrationen kan ses som överflödiga men som kan tillåta företaget att expandera i ett senare skede. Bourreau och de Streel menar också att två nya anledningar att engagera sig i konglomeratkoncentrationer uppstår för digitala företag. Dels får företag möjligheten att genom stordriftsfördelar kunna utveckla sin verksamhet på utbudssidan och dels kan företag ta del av konsumtionssynergier på konsumentensida vid skapandet av ekosystem.¹²¹

Genom att konsumtionssynergier skapas kan företag ta ut ett högre pris för sina tjänster. Konsumenter antas föredra ett ekosystem på grund av de fördelar som kommer med en ”one stop shop”. Bourreau och de Streel menar också att företag ofta köper upp små, innovativa företag för att kunna ta del av innovationen i stället för att utveckla den själva. En sådan koncentration kan också ske för att företagen vill hindra ett nytt innovativt företag från att komma in på en marknad där företaget självt håller på att utveckla en produkt (s.k. killer acquisitions).¹²² Samtidigt kan koncentrationer av liknande slag leda till en positiv effekt på konkurrensen genom effektivitetsvinster och genom att det uppköpande företaget kan investera mer pengar i innovationen än målbolaget.¹²³ Ovissheten i hur koncentrationer med innovativa företag kommer att påverka konkurrensen försvårar bedömningen av konglomeratkoncentrationer ytterligare.

Genom att företag med stort marknadsinflytande skapar ekosystem skapas också s.k. portföljeffekter. Portföljeffekter är de positiva eller negativa effekter för konkurrensen som uppstår genom att kompletterande produkter köps upp av företag som har visst marknadsinflytande.¹²⁴ Sådana uppköp kan skapa incitament till kopplingsförbehåll och kombinationserbjudanden. Konsumenter kan med anledning av koncentrationen få färre

¹²¹ Bourreau & de Streel, s. 7.

¹²² Bourreau & de Streel, s. 6–13, s. 22–33.

¹²³ De horisontella riktlinjerna, p. 77–78, Crémer m.fl., s. 117f.

¹²⁴ OECD, 2002, s. 59.

valmöjligheter. Samtidigt kan konsumenter få möjligheter till lägre priser, då företagen kan bli mer effektiva genom portföljeffekterna.¹²⁵

Crémer m.fl. menar att de accepterade och tillämpade skadeteorier som används vid konglomeratkoncentrationer är i behov av revidering. Den digitala marknaden karakteriseras av att företag konkurrerar om marknaden snarare än på marknaden. Framför allt uppstår problem när stora internetföretag, som skapat stora konglomerat där de åtnjuter fördelar av nätverkseffekter, enligt nuvarande reglering kan köpa upp små företag utan någon ordentlig marknadsandel men med stor användarbas. Konglomeraten som skapas utestänger inte nödvändigtvis konkurrenter men kan ändå snedvrída konkurrensen. Enligt rapporten bör bedömningen av konglomeratkoncentrationer ta hänsyn till huruvida plattformens eller ekosystemets dominans stärks. Förstärkningen kan ske genom att användare blir mer lojala mot plattformen eftersom det uppstår fler komplement till tjänsten de redan använder, eller genom att användare som inte tidigare använt plattformen byter till denna då den nya tjänsten kan vara ett partiellt substitut till andra tjänster på marknaden. Förslaget för att åtgärda detta är att lägga in horisontella element i skadeteorier för konglomeratkoncentrationer, vilket diskuteras vidare i avsnitt 5.2.2.2.¹²⁶

3.8 Reflektion

Många av den digitala marknads särdrag lär ha betydelse för hur stor en aktör kan bli på marknaden. Höga inträdes hinder samt möjligheter att åtnjuta stordrifts- och räckviddsfördelar gör att företag kan bli dominanta om de uppnår en viss storlek. De nätverkseffekter som uppstår på flersidiga marknader gör också att företag som blir dominanta på en av marknaderna har enklare för att bli dominanta på den länkade marknaden, då exempelvis annonsörer vill befinna sig på den plattform som användarna nyttjar. Samtidigt finns positiva sidor med särdragen, bland annat de effektivitetsvinster företag kan göra genom nätverkseffekter, datainsamling, stordriftsfördelar och räckviddsfördelar. Bedömningen av koncentrationer blir således mer komplex på grund av den digitala marknads särdrag.

¹²⁵ OECD, 2002, s. 60–65.

¹²⁶ Crémer m.fl., s. 11.

I den s.k. Stiglerrapporten diskuteras den digitala marknadens särdrag grundligt. Där påpekas att många av de särdrag som återfinns på den digitala marknaden ur ett ekonomiskt perspektiv inte skiljer sig nämnvärt från egenskaper på traditionella marknader. Det är först när de kombineras med varandra och dessutom återfinns i en väldigt stor skala som en unik situation uppstår.¹²⁷ Det är således viktigt att ha i åtanke att de flesta särdragen väldigt sällan är isolerade från varandra utan ska ses ur ett helhetsperspektiv.

¹²⁷ Stigler Committee on Digital Platforms, s. 7f.

4 EU-kommissionens praxis

4.1 Google/DoubleClick

4.1.1 Bakgrund

År 2007 anmälde Google ett förvärv av DoubleClick till EU-kommissionen. Google tillhandahöll enligt EU-kommissionen en internetsökmotor och onlineannonseringsutrymme för annonsörer. Dessutom hade Google vid tillfället köpt upp Youtube, och erbjöd således även videoinnehåll. DoubleClick tillhandahöll tjänster för annonsering på internet, såsom annonsservering¹²⁸ och annonshantering för utgivare av webbsidor, annonsörer och annonsagenturer. Dessutom hade DoubleClick nyligen lanserat en annonsförmedlingsplattform. Genom att förvärva samtliga aktier i DoubleClick skulle Google få full kontroll över företaget.¹²⁹

Google/DoubleClick har refererats i flera beslut som rör den digitala marknaden.¹³⁰ Många av de principer som fastställts i Google/DoubleClick, främst rörande marknadsdefinitionen, har använts även i senare beslut.

4.1.2 Marknadsdefinition

Både Google och DoubleClick beskrevs av EU-kommissionen som aktiva på onlineannonseringsmarknaden, en marknad som växte i hög hastighet. Företagen hade argumenterat för att all typ av annonseringsutrymme bör falla inom samma marknadsdefinition. EU-kommissionen menade dock att offline-annonsering och online-annonsering ska ses som olika marknader. Offline-annonsering sker ofta till ett fast pris och online-annonsering till pris per klick eller pris per nådd användare.¹³¹

EU-kommissionen diskuterade vidare om marknaden för tillhandahållande av online-annonseringsutrymme skulle segmenteras ner till marknader för sökannonser och icke-

¹²⁸ Annonsservering innebär att företag tillhandahåller programvara för att bland annat visa, analysera och optimera onlineannonser.

¹²⁹ COMP/M.4731 Google/DoubleClick, p. 1–6.

¹³⁰ Jfr Facebook/WhatsApp, Microsoft/Yahoo; M.8788 Apple/Shazam.

¹³¹ Google/DoubleClick, p. 44–47.

sökannonser samt för textannonser och grafiska annonser. EU-kommissionen kom fram till att sökannonser och icke-sökannonser till stor del ansågs utbytbara av annonsörer. För utgivare av annonser var det stora skillnader mellan sökannonser och icke-sökannonser vad gäller teknisk utformning och kundkrets. Det krävdes dock inga direkta slutsatser vad gällde vidare segmentering eftersom ingen av de alternativa marknadsdefinitionerna ledde till konkurrensproblem.¹³²

EU-kommissionen ansåg att det fanns en separat marknad för tillhandahållande av teknik-tjänster för servning av displayannonser¹³³ och en separat marknad i förhållande till text-annonser¹³⁴, eftersom det fanns stora skillnader på funktionalitet som erbjuds på de båda marknaderna. Många företag var aktiva endast på marknaden för displayannonser, medan tjänster för textannonser ofta erbjöds som en tillhörande tjänst genom annons-försäljningen.¹³⁵

Dessutom kunde marknaden i förhållande till displayannonser ytterligare segmenteras i en marknad riktad till annonsörer och en marknad riktad till annonsutgivare, eftersom de tjänster som erbjuds till de olika kundgrupperna har helt olika funktioner. Många konkurrenter agerade enbart mot en av kundgrupperna, vilket talade för en uppdelning i två olika marknader.¹³⁶

4.1.3 Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt

Google bedömdes vara den ledande aktören på marknaden för tillhandahållande av onlineannonseringsutrymme i EES, genom sina kanaler som utgivare av annonser genom AdWord, och som förmedlare av annonser genom AdSense. Google ansågs ha en marknadsandel på 20–30 % på marknaden. Om marknaden skulle bestå av sökannonser hade Google haft en marknadsandel på 60–70%. Konkurrenterna på marknaden ansågs främst vara Microsoft och Yahoo, med marknadsandelar på 0–10 % för respektive företag inom EES. Marknadsandelarna beräknades utifrån försäljningsintäkter.¹³⁷

¹³² Google/DoubleClick, p. 48–56.

¹³³ En displayannons är en annons i form av bild, text eller video som visas i reklamform.

¹³⁴ En textannons är en annons som endast utgörs av text.

¹³⁵ Google/DoubleClick, p. 74–81.

¹³⁶ Google/DoubleClick, p. 79–81.

¹³⁷ Google/DoubleClick, p. 96–112.

DoubleClick ansågs vara marknadsledande på marknaden för annonsserverings-tekniktjänster för annonsörer, och hade en marknadsandel på 30–40 %. Den största konkurrenten var Microsoft-ägda aQuantive/Atlas, som också hade marknadsandel på 30–40 %. DoubleClick var även marknadsledande på marknaden för annonsserverings-tekniktjänster på utgivarsidan, med en marknadsandel på 40–50 %. Trots sina höga marknadsandelar ansågs DoubleClicks marknadsinflytande litet, eftersom det fanns ett stort antal konkurrenter som konsumenterna kunde byta till vid en eventuell prisökning.¹³⁸

EU-kommissionen ansåg att koncentrationen inte skulle leda till några egentliga negativa horisontella effekter. DoubleClick tillhandahöll inte något annonseringsutrymme och Google tillhandahöll ingen annonsserveringstekniktjänst som var frikopplad från Googles övriga annonseringstjänster. Visserligen hade Google nyligen börjat utveckla en egen annonsserveringstekniktjänst, men hade inte implementerat denna vid tiden för koncentrationen. De två företagen ansågs således inte vara faktiska konkurrenter. Inte heller ansågs det potentiella konkurrenstryck som Google hade kunnat utöva genom sin nya tjänst leda till att en potentiell konkurrent skulle elimineras genom koncentrationen, eftersom det inte fanns några bevis för att Googles framtida produkt skulle ha några fördelar i förhållande till andra annonsserveringstekniktjänster på marknaden.¹³⁹

Det konstaterades att det fanns en möjlighet att DoubleClick kunde utvecklas till en konkurrent till Google på marknaden för tillhandahållande av onlineannonseringsutrymme. Det fanns dock tillräckligt många konkurrenter kvar efter koncentrationen för att den inte skulle anses hämma konkurrensen trots att DoubleClick försvann som potentiell konkurrent.¹⁴⁰

EU-kommissionen diskuterade de avskärmningseffekter som kunde uppstå genom DoubleClicks ställning på marknaden för annonsserveringsverktyg. Det skulle genom koncentrationen finnas en möjlighet för Google att höja priserna eller sänka kvaliteten för konkurrenter som vill använda DoubleClicks verktyg, möjligheten för Google att knyta DoubleClick till sin egen förmedlingstjänst AdSense samt att ändra DoubleClicks mekanismer så att dessa skulle agera till Googles fördel, samt möjligheten till input-

¹³⁸ Google/DoubleClick, p. 119–133.

¹³⁹ Google/DoubleClick, p. 192–221.

¹⁴⁰ Google/DoubleClick, p. 222–285.

avskärmning genom att konkurrenter vägras tillgång till annonsserveringstekniktjänsten. På grund av att DoubleClick hade ett stort antal konkurrenter ansågs effekterna oavsett inte påverka konkurrensen. Om Google och DoubleClick skulle utöva någon av de ovan nämnda strategierna kunde samtliga kundgrupper byta till en konkurrent. Det saknades vidare incitament för Google och DoubleClick att genomföra åtgärderna, eftersom samtliga åtgärder ansågs olönsamma. Dessutom konkurrerade enheten med flertalet andra företag som redan erbjöd samma produktkombination, såsom Microsoft och Yahoo.¹⁴¹

EU-kommissionen diskuterade vidare de avskärmningseffekter som kunde uppstå genom Googles starka ställning på marknaden för tillhandahållande av sökannonseringsutrymme och marknaden för förmedling av sökannonseringsutrymme. Teorin var att Google skulle kunna kräva att konsumenterna använder sig av DoubleClick när de använder sig av Googles produkter. Även här ansåg EU-kommissionen att det inte var en lönsam strategi. Dessutom verkade den sammanslagna enheten inte ha förmågan att utöva sådant tryck på konsumenterna. Oavsett om transaktionen skulle leda till ovan nämnda strategi skulle det inte ha negativ inverkan på konkurrensen eftersom det fanns starka konkurrenter som kunde utöva konkurrensstryck på marknaden.¹⁴²

Slutligen diskuterade EU-kommissionen om Googles och DoubleClicks samlade tillgångar skulle kunna skapa marknadsavskärmning. Teorin som framfördes var att Google och DoubleClick, genom att deras tillgångar av främst användardata kombinerades, skulle kunna få en så pass stark ställning att konkurrenterna inte skulle ha möjlighet att konkurrera med den sammanslagna enheten. Det visade sig dock att DoubleClick hade avtal med sina kunder som endast tillät DoubleClick att använda data till fördel för kunderna. Det fanns inga tecken på att DoubleClick skulle kunna tvinga sina kunder till att gå med på en ändring av avtalen. Dessutom fanns redan sådan kombination av data hos konkurrenterna, vilket gjorde teorin ogrundad.¹⁴³

EU-kommissionen valde att lämna koncentrationen utan åtgärd.¹⁴⁴

¹⁴¹ Google/DoubleClick, p. 289–329.

¹⁴² Google/DoubleClick, p. 330–358.

¹⁴³ Google//DoubleClick, p. 359–366.

¹⁴⁴ Google/DoubleClick, p. 367–368.

4.1.4 Kommentar

EU-kommissionen har i beslutet gjort en bedömning med stort fokus på marknadsandelar. SSNIP-testet har legat till grund för bedömningen av produktmarknad. Anledningen till att EU-kommissionen gjort en så pass ”klassisk bedömning” kan vara att de kunder som diskuterades – köpare av annonsserveringstekniktjänster och sökannonsering – är betalande kunder. Det gör att de traditionella verktygen såsom SSNIP-testet fungerade i Google/DoubleClick, vilket skiljer koncentrationen från de övriga som behandlas i uppsatsen.

I beslutet diskuterar EU-kommissionen data som input. Det sker ingen vidare diskussion om vilka fördelar eller ökat marknadsinflytande Google skulle få genom datainsamlingen. Användarna, vilka visserligen inte utgjorde någon direkt kundgrupp men vars data berördes av koncentrationen, diskuterades inte heller. Det kan ifrågasättas huruvida inte någon diskussion borde ha förts om hur användarna skulle påverkas av koncentrationen då de direkt påverkas av annonseringen. Eftersom användarna endast var indirekt berörda av koncentrationen är det dock min åsikt att ingen annorlunda argumentation hade förts även om beslutet tagits idag. Diskussioner om exempelvis avskärmning och kopplingsförbehåll återkommer även i senare beslut om konglomeratkoncentrationer, vilka behandlas nedan.

4.2 Microsoft/Yahoo

4.2.1 Bakgrund

År 2009 ingick Microsoft Corporation (Microsoft) och Yahoo! Inc. (Yahoo) ett licensavtal, varigenom Microsoft fick exklusiv licens att använda sig av Yahoos sökteknik. Dessutom fick Microsoft genom avtalet rätt att integrera Yahoos sökteknik i sina egna sökplattformar. Microsoft åtog sig genom avtalet att anställa 400 av Yahoos medarbetare. Yahoo åtog sig att endast använda Microsofts sökmotor (Bing) på sina webbsidor, samt att endast använda Microsoft som leverantör för sökannonser. Yahoo åtog sig även att inte bedriva någon sökplattform eller sökannonseringsplattform på åtminstone 10 år. Yahoos sökannonseringsplattform Panama skulle integreras i Microsoft plattform adCenter.¹⁴⁵

¹⁴⁵ COMP/M.5727 Microsoft/ Yahoo, p. 4–11.

4.2.2 Marknadsdefinition

EU-kommissionen konstaterade att transaktionen berörde söktjänster och sökannonserings-tjänster på internet. Söktjänster skiljdes från sökfunktioner begränsade till en specifik hem-sida, samt från vertikala söktjänster där sökning sker av en specifik vara eller tjänst. Sökannonseringstjänster innebar enligt EU-kommissionen försäljningen av annonsplatser på sökplattformen som företaget tillhandahåller. Det kunde röra sig om exempelvis sponsrade länkar, där sökresultaten innehåller såväl organiska resultat som sponsrade resultat. Sökord som leder till de sponsrade länkarna auktioneras ut på sökannonserings-plattformar som adCenter och Panama.¹⁴⁶

EU-kommissionen konstaterade att sökplattformar såsom Bing, Google och Yahoo agerade på flersidiga marknader eftersom de vände sig både till användare av sökplattformen i form av en gratistjänst samt till annonsörer som vill annonsera på sökplattformen i form av en betaltjänst.¹⁴⁷

Den relevanta produktmarknaden ansågs vara marknaden för onlineannonsering. Även om det fanns segment av marknaden för onlineannonsering som hade kunnat utgöra egna marknader gjordes ingen ytterligare marknadsuppdelning, eftersom koncentrationen inte hade gett upphov till problem med konkurrensen på någon segmenterad marknad.¹⁴⁸ EU-kommissionen följde således samma linje i Microsoft/Yahoo som i Google/DoubleClick.

4.2.3 Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt

I sin bedömning av koncentrationens eventuella konkurrensbegränsande effekter tog EU-kommissionen fasta på ett antal faktorer som får anses utmärkande för den digitala marknaden, bland annat flersidighet. För att bedöma flersidigheten undersöktes företagets position på marknaden utifrån deras förmåga att generera söktrafik samt genom deras förmåga att sälja söktrafiken till annonsörer. Dessutom diskuterade EU-kommissionen vikten av innovation och den höga kostnaden för inträde på marknaden. EU-kommissionen

¹⁴⁶ Microsoft/Yahoo, p. 30–46.

¹⁴⁷ Microsoft/Yahoo, p. 47–59.

¹⁴⁸ Microsoft/Yahoo, p. 60–87.

diskuterade även marknader med nollprissättning och fastslog att kvalitet blir en avgörande faktor för att bedöma konkurrens på sådana marknader.¹⁴⁹

EU-kommissionen lade fortsatt stor vikt vid marknadsandelar i beslutet. Både Microsoft och Yahoo hade små andelar på användarsidan, vilka uppgick till ca 0–5 % inom EES för vardera företag. De små marknadsandelarna ansågs påverka hur stor möjlighet Microsoft och Yahoo hade att skapa innovation.¹⁵⁰

På annonseringssidan hade Microsoft och Yahoo marknadsandelar på sammanlagt 10–20 % i Frankrike respektive Storbritannien, vilket således indikerade att påverkan på marknaden inte blev särskilt stor genom koncentrationen. Marknadsandelen gav också en indikation på att företagens konkurrenstryck var lågt. Det var mindre sannolikt att företagen skulle skapa innovation, vilket ansågs vara huvudfaktorn för konkurrens på den relevanta marknaden. Slutsatserna från den kontrafaktiska analysen var att Microsoft och Yahoo, med tanke på deras i nuläget minskande närvaro på sökmaknaden och sökannonseringsmarknaden, skulle ha svårt att konkurrera med Google som enskilda företag. Visserligen ledde koncentrationen till en högre koncentration på marknaden, men samtliga kundgrupper ansågs uppleva positiva effekter av koncentrationen. Det ökade konkurrenstrycket och möjligheten för koncentrationen att leda till högre innovation och bättre sökalgoritmer väjde dock upp den eventuellt konkurrenshämmande effekten. Dessutom fästes mycket vikt vid att Yahoo genom avtalet behöll mycket av sin självständighet. Således skulle kunder även efter koncentrationen kunna använda sig av många av Yahoos tjänster. Parterna skulle genom koncentrationen få större möjligheter att konkurrera med Google, vilket i sin tur skulle gynna konsumenterna.¹⁵¹

Mot bakgrund av ovanstående valde EU-kommissionen att lämna koncentrationen utan åtgärd.¹⁵²

¹⁴⁹ Microsoft/Yahoo, p. 99–111.

¹⁵⁰ Microsoft/Yahoo, p. 112–119.

¹⁵¹ Microsoft/Yahoo, p. 119–256.

¹⁵² Microsoft/Yahoo, p. 257.

4.2.4 Kommentar

Jag anser att beslutet visar på en utveckling i EU-kommissionens argumentation i jämförelse med Google/DoubleClick. I beslutet har EU-kommissionen fortsatt lagt stort fokus på marknadsandelar. Det märks dock en tydlig skillnad i diskussionen rörande flersidiga marknader och nätverkseffekter, där EU-kommissionen diskuterar särdragen mer ingående än i Google/DoubleClick. Skillnaden i diskussion kan bero på att Google/DoubleClick inte direkt berörde användare på samma sätt som Microsoft/Yahoo.

Anledningen till att EU-kommissionen diskuterar kvalitet som en parameter i beslutet, och där kom fram till att användarna bland annat skulle få ta del av bättre sökalgoritmer och större valmöjligheter samt mer innovation, är antagligen att koncentrationen gällde nollprismarknader. Detta visar att EU-kommissionen kan bedöma andra parametrar än slutpris för konsumenter genom koncentrationsregleringen. EU-kommissionen har dessutom grund för denna argumentation i artikel 2.1 i koncentrationsförordningen.

4.3 Microsoft/Skype

4.3.1 Bakgrund

År 2011 meddelades EU-kommissionen om att Microsoft planerade att köpa upp Skype. Koncentrationen berörde främst Microsofts meddelandetjänst Windows Live Messenger (WLM) för konsumenter och tjänsten Lync för företag. Microsoft tillhandahöll även bland annat operativsystem och Office-paketet. Skype tillhandahöll meddelandetjänster.¹⁵³

4.3.2 Marknadsdefinition

EU-kommissionen kom fram till att koncentrationen berörde två olika marknader – marknaden för kommunikationstjänster för företag och marknaden för kommunikationstjänster för konsumenter. Bland annat tog EU-kommissionen fasta på att företag betalar för Skype medan mer än 75 % av Skypes användare på nollprissidan hade bytt till en konkurrent om Skype hade börjat ta betalt för sin tjänst. Dessutom är företagstjänster ofta mer sofistikerade och välutvecklade än de tjänster som återfinns för konsumenter. Det

¹⁵³ COMP/M.6281 Microsoft/Skype, p. 1–6.

fanns inte heller många konkurrenter som erbjöd kommunikationstjänster både till företag och till konsumenter, vilket gjorde att marknaderna skulle anses vara uppdelade.¹⁵⁴

4.3.3 Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt

I bedömningen kom EU-kommissionen fram till att marknadsandelar inte var ett tillfredsställande sätt att bedöma marknadsinflytandet på marknaden för konsumentkommunikationsappar. EU-kommissionen kom fram till att marknadsandelar i volym, utifrån antalet unika användare per app, var ett bättre mätverktyg för marknadsinflytande än marknadsandelar utifrån försäljningsvärde. Dessutom identifierade EU-kommissionen att kvalitet är en viktig bedömningsparameter för konkurrens på en nollprissatt marknad.¹⁵⁵

Inträdeshindren för konsumentkommunikationsmarknaden ansågs vara låga. Det var enkelt för användare att ladda ner appar, och apparna var inte särskilt dyra att starta upp. Dessutom hade ett antal konkurrerande appar nyligen kommit in på marknaden, vilket talade för låga inträdeshinder.¹⁵⁶

Nätverkseffekter ansågs inte heller utgöra inträdeshinder. Visserligen menade ett antal tillfrågade parter i marknadsundersökningen att ju fler användare en kommunikationstjänst har, desto bättre chanser har tjänsten att locka användare. Det visade sig dock att de flesta användare endast interagerade med ett litet antal människor, vilket gjorde att nätverkseffekterna inte hade så stor betydelse för marknadsinträde. Dessutom tog EU-kommissionen fasta på att många användare utövar multihoming, vilket sänkte inträdeshindren ytterligare.¹⁵⁷

EU-kommissionen kom fram till att koncentrationen inte skulle anses leda till horisontella negativa effekter på konsumentkommunikationsmarknaden, varken i förhållande till snabbmeddelanden, röstsamtal eller videosamtal. Marknadsandelarna för den sammanlagda enheten skulle enligt parterna vara 30–40 % på marknaden för snabbmeddelanden, 80–90 % på marknaden för videosamtal samt runt 40–50 % på marknaden för röstsamtal.

¹⁵⁴ Microsoft/Skype, p. 10–68.

¹⁵⁵ Microsoft/Skype, p. 78–84.

¹⁵⁶ Microsoft/Skype, p. 85–90.

¹⁵⁷ Microsoft/Skype, p. 91–95.

Microsoft skulle, trots sina höga marknadsandelar på vissa av marknaderna, vara fortsatt utsatt för konkurrenstryck på samtliga marknader från exempelvis Google och Facebook. De låga inträdeshinder som ansågs föreligga på respektive marknad gjorde att koncentrationen inte ansågs ge upphov till negativa effekter på konkurrensen.¹⁵⁸

EU-kommissionen undersökte också om koncentrationen skulle leda till några konglomerateffekter på konsumentkommunikationsmarknaden. De tre aspekter som undersöktes var om Windows skulle kunna försämrade interoperabiliteten mellan Skype och konkurrerande operativsystem, om Windows skulle knyta Skype till Office eller Windows genom kopplingsförbehåll eller kombinationserbjudanden. EU-kommissionen kom fram till att Microsoft hade möjligheten att utföra samtliga åtgärder. Microsoft hade däremot inga incitament att utföra sådana åtgärder. Det var av vikt för Microsoft att tillåta Skype att operera på flera operativsystem, eftersom flertalet användare använde Skype även på exempelvis operativsystem som iOS. Det hade inte heller varit lönsamt för Microsoft att erbjuda Skype som en tilläggstjänst till Office eller Windows, eftersom Skype utgör en gratistjänst för användare. På grund av det konkurrenstryck som fanns på marknaden skulle ingen av de nämnda strategierna ge någon negativ effekt på marknaden även om de skulle implementeras.¹⁵⁹

EU-kommissionen undersökte också marknaden för kommunikationstjänster för företag. Microsoft ansågs vara en stark aktör på marknaden. Microsoft och Skype ansågs inte vara nära konkurrenter. Dessutom fanns det ett stort antal konkurrenter till båda företagen på marknaden. Därmed ansågs koncentrationen inte skapa några horisontella negativa effekter.¹⁶⁰

Koncentrationen ansågs inte heller leda till några konglomerateffekter på marknaden för kommunikationstjänster för företag, eftersom Microsoft genom att förvärva Skype varken hade möjlighet eller incitament för att utestänga konkurrenter på något sätt.¹⁶¹

EU-kommissionen valde således att lämna koncentrationen utan åtgärd.¹⁶²

¹⁵⁸ Microsoft/Skype, p. 96–132.

¹⁵⁹ Microsoft/Skype, p. 133–170.

¹⁶⁰ Microsoft/Skype, p. 177–202.

¹⁶¹ Microsoft/Skype, p. 203–222.

¹⁶² Microsoft/Skype, p. 223.

Det bör i sammanhanget påpekas att beslutet överklagades till Tribunalen av två konkurrenter. Sökandena ansåg att EU-kommissionen inte tagit hänsyn till de nätverks-effekter som uppstod på hemkommunikationsmarknaden. Dessutom ansåg sökandena att det höga HHI-värde som koncentrationen gav upphov till motiverade en mer utförlig undersökning från EU-kommissionens sida. Slutligen ansåg sökandena att EU-kommissionen gjort en felaktig bedömning av det konkurrenstryck som koncentrationen skulle kunna utsättas för.¹⁶³ Tribunalen menade dock att EU-kommissionen gjort en korrekt bedömning och ogillade därmed talan.¹⁶⁴ Tribunalens dom överklagades inte.

4.3.4 Kommentar

Beslutet är det enda av de behandlade koncentrationsbesluten som blivit prövat i högre instans. Avsaknaden av praxis på området gör att det är svårt att se några generella principer som ska gälla för koncentrationer på den digitala marknaden. Genom att Tribunalen delade EU-kommissionens uppfattning kan det sägas att EU-kommissionens argumentation vunnit viss legitimitet.¹⁶⁵

Även Microsoft/Skype visar på att EU-kommissionen är låst vid undersökningar om utestängning genom kopplingsförbehåll och kombinationserbudanden vid bedömningen av konglomeratkoncentrationer. Även i Microsoft/Skype syns dock argumentation som hänför sig till den digitala marknads särdrag. EU-kommissionen har tagit fasta på att det föreligger skillnader mellan betalmarknader och nollprismarknader. Dessutom har multihoming i förhållande till nätverkseffekter berörts i beslutet. En stor skillnad i förhållande till tidigare beslut är att EU-kommissionen beräknar marknadsandelar utifrån antalet unika användare på marknaden, samt nämnt att kvalitet är en viktig bedömningsparameter för koncentrationer på den digitala marknaden. Beslutet visar enligt mig på en tydlig utveckling i EU-kommissionens argumentation och bedömning av företagskoncentrationer på den digitala marknaden.

¹⁶³ Mål T-79/12 Cisco Systems och Messagenet mot Kommissionen, p. 1–2, p. 26–27.

¹⁶⁴ Mål T-79/12 Cisco Systems och Messagenet mot Kommissionen, p. 140.

¹⁶⁵ Det råder visserligen delade meningar om Tribunalens praxis som rättskälla, men detta är en av få gånger som en koncentration på den digitala marknaden överhuvudtaget överprövats.

4.4 Facebook/WhatsApp

4.4.1 Bakgrund

År 2014 meddelade Facebook att företaget planerade ett uppköp av WhatsApp. Facebook tillhandahöll vid tiden för beslutet webbsidor och appar för socialt nätverkande, främst genom Facebook, chatt-funktionen Messenger och foto- och videoplattformen Instagram. Dessutom sålde Facebook annonseringsplatser till annonsörer. WhatsApp tillhandahöll en app med chattfunktion, men sålde inte annonseringsplats till annonsörer.¹⁶⁶

På grund av att WhatsApp hade en liten årsomsättning ansågs inte koncentrationen ha en unionsdimension utifrån koncentrationsförordningen. På Facebooks begäran undersökte dock EU-kommissionen koncentrationen, vilket var möjligt eftersom koncentrationen var anmälningspliktig i mer än tre medlemsstater.¹⁶⁷

4.4.2 Marknadsdefinition

EU-kommissionen diskuterade flertalet marknader i beslutet. Facebook ansåg att den relevanta marknaden skulle innefatta alla kommunikationstjänster för konsumenter. EU-kommissionen menade dock att den relevanta marknaden endast skulle innefatta kommunikationsappar för konsumenter till smartphones, dock på alla operativsystem.¹⁶⁸

EU-kommissionen undersökte också marknaden för sociala medier. EU-kommissionen undersökte dock inte vidare om även kommunikationsappar för konsumenter skulle anses omfattas av den marknaden, då koncentrationen oavsett en sådan marknadsdefinition inte gav upphov till konkurrensproblem.¹⁶⁹

Dessutom undersöktes marknaden för marknadsföring, eftersom Facebook agerade på den marknaden. WhatsApp agerade dock inte på den marknaden eftersom de inte erbjöd annonseringsmöjligheter. EU-kommissionen kom fram till att onlinemarknadsföring är en egen marknad i förhållande till offlinemarknadsföring, men då koncentrationen inte skulle

¹⁶⁶ M.7217 Facebook/WhatsApp, p. 1–3.

¹⁶⁷ Facebook/WhatsApp, p. 9–12.

¹⁶⁸ Facebook/WhatsApp, p. 13–44.

¹⁶⁹ Facebook/WhatsApp, p. 45–68.

ge upphov till konkurrensproblem på onlinemarknadsföringsmarknaden analyserades inte den relevanta marknaden ytterligare.¹⁷⁰

4.4.3 Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt

EU-kommissionen fastslog att marknadsandelar inte är en optimal parameter för att bedöma marknadsinflytande på marknader som karakteriseras av snabba innovationscykler och frekventa inträden på marknaden. På sådana marknader är marknadsandelarna ofta kortlivade. Eftersom inga andra tillförlitliga parametrar ansågs kunna användas valde EU-kommissionen ändå att lägga stor vikt vid marknadsandelar i sin bedömning av koncentrationens konkurrenspåverkan, med reservationen att marknadsandelarna inte nödvändigtvis tydde på marknadsinflytande och snedvridning av konkurrensen.¹⁷¹

EU-kommissionen kom fram till att företagen inte var direkta konkurrenter på någon av marknaderna, utan att de snarare erbjöd kompletterande tjänster. Det baserades på att en stor del av användarna på Facebook även använde WhatsApp, och därmed utövade multi-homing. Dessutom skilde sig tjänsterna åt bland annat i användarupplevelse, integritetspolicy och kontaktförslag. Exempelvis använde WhatsApp telefonbokens kontakter medan Messenger utgick från användarnas Facebook-kontakter.¹⁷²

EU-kommissionen ansåg inte att koncentrationen skulle anses hämma konkurrensen på den inre marknaden. I bedömningen tog EU-kommissionen upp ett antal faktorer som är särskilda för den digitala marknaden. EU-kommissionen uppmärksammade att koncentrationen, genom företagets stora användarnätverk, kunde skapa inträdeshinder för nya företag. Det fastslogs dock att kommunikationsappar är relativt billiga och enkla att lansera. Marknaden karakteriserades av innovation där nya innovatörer ofta tar marknadsandelar, och där marknadsinflytanden ofta omfördelas. Dessutom använde konsumenter ofta flera kommunikationsappar parallellt, och kunde enkelt byta kommunikationsapp. Dessa faktorer innebar att det inte förelåg höga inträdeshinder på marknaden. Dessutom ansågs inte de redan förekommande nätverkseffekterna stärkas genom koncentrationen.¹⁷³

¹⁷⁰ Facebook/WhatsApp, p. 69–83.

¹⁷¹ Facebook/WhatsApp, p. 97–99.

¹⁷² Facebook/WhatsApp, p. 101–107.

¹⁷³ Facebook/WhatsApp, p. 107–152.

EU-kommissionen kom fram till att en eventuell integrering av WhatsApp i Facebook inte skulle skada konkurrensen eftersom 70–90 % av WhatsApps användare redan använde Facebook. Koncentrationen ansågs därför inte snedvrída konkurrensen på marknaden för sociala medier.¹⁷⁴ EU-kommissionen undersökte sedan om eventuell integration av data från WhatsApp hade stärkt Facebooks position på marknaden för onlineannonsering. Någon annan analys av datatillförseln gjordes inte då det ansågs ligga inom ramen för EU:s dataskyddsreglering och inte inom ramen för konkurrensrätten. EU-kommissionen kom fram till att koncentrationen inte skulle leda till att Facebooks datakapital ökade eftersom WhatsApp inte samlade in data. Däremot undersökte EU-kommissionen två eventuella skadeteorier: att Facebook skulle öka sitt marknadsinflytande på annonseringsmarknaden genom att införa annonsering på WhatsApp samt att Facebook skulle integrera data från WhatsApp för att förbättra sin egen riktade annonsering. På grund av tekniska svårigheter som ansågs hindra integration av plattformarna, och på grund av att WhatsApps affärsidé var att ha en reklamfri tjänst, ansågs skadeteorierna inte troliga. Även om det sammanlagda företaget skulle använda ovan nämnda strategier ansågs det finnas tillräckligt många konkurrenter för att koncentrationen inte skulle anses riskera hämma effektiv konkurrens på den inre marknaden. Således godkändes koncentrationen.¹⁷⁵

Efter att koncentrationen genomförts visade det sig att Facebook kunde integrera data från WhatsApp för att förbättra sin riktade annonsering. EU-kommissionen valde då att ge Facebook böter på 110 miljoner euro enligt artikel 14 i koncentrationsförordningen, eftersom Facebook gett vilseledande information till EU-kommissionen.¹⁷⁶

4.4.4 Kommentar

Beslutet visar att det finns vissa sanktioner mot företag som ger vilseledande information till EU-kommissionen. I beslutet fokuserar EU-kommissionen på data som input. EU-kommissionen har dock inte diskuterat dataskydd överhuvudtaget, då EU-kommissionen ansåg att det låg utanför dess behörighet. I övrigt har många av de särdrag som undersökts i uppsatsen diskuterats utförligt. Det tyder på att riktlinjerna till viss del kan anpassas efter

¹⁷⁴ Facebook/WhatsApp, p. 143–163.

¹⁷⁵ Facebook/WhatsApp, p. 180–191.

¹⁷⁶ EU-kommissionen, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369.

särdragen. Dessutom framhåller EU-kommissionen att marknadsandelar inte är en optimal parameter för den digitala marknaden, vilket öppnar för andra bedömningar av marknadsinflytande.

4.5 Apple/Shazam

4.5.1 Bakgrund

År 2018 meddelade Apple Inc (Apple) att företaget planerade att köpa upp Shazam Entertainment Ltd. (Shazam). Shazam tillhandahöll en musikigenkänningstjänst, där användare kan spela upp musiksekvenser för att sedan få information om musiken och en hyperlänk till musikstreamingtjänster som tillhandahåller musiken. Apple tillhandahöll en musikstreamingtjänst vid namn Apple Music. Anledningen till att företagen önskade genomföra koncentrationen var att kvaliteten på tjänsterna skulle öka till följd av att företagen sammanslog sin know-how.¹⁷⁷

Österrike tillsammans med flera andra medlemsstater anmälde koncentrationen till EU-kommissionen, varpå EU-kommissionen valde att inleda en utredning av koncentrationen.¹⁷⁸ I beslutet fokuserade EU-kommissionen mycket på data och integrering av data.

4.5.2 Marknadsdefinition

Ett stort antal relevanta produktmarknader diskuterades, om än ytligt, i beslutet. EU-kommissionen kom fram till att ingen exakt produktmarknad behövde definieras för varken marknaden för licensiering av musikdata, marknaden för onlineannonsering eller marknaden för mjukvaruplattformar, eftersom det inte uppstod problem för konkurrensen utifrån någon alternativ produktmarknad.¹⁷⁹

Dessutom diskuterades marknaden för digitala musikdistributionstjänster. EU-kommissionen valde att definiera marknaden snävt, varför musikdistributionstjänster

¹⁷⁷ M.8788 Apple/Shazam, p. 1–5.

¹⁷⁸ Apple/Shazam, p. 6–9.

¹⁷⁹ Apple/Shazam, p. 75–91; p. 119–128; p. 129–140.

segmenterades ytterligare. I bedömningen av koncentrationen inkluderades digitala musikstreamingtjänster på smarttelefoner, medan videostreaming uteslöts.¹⁸⁰

Marknaden för ACR-mjukvara¹⁸¹ (såsom musikigenkänning) diskuterades också. Eftersom Shazams marknadsställning väsentligen påverkades av produktmarknadsdefinitionen valde EU-kommissionen att segmentera ner marknaden till musikigenkänningsappar på smarttelefoner. Dessutom bestämdes fler möjliga marknader till ACR-mjukvara för PC, smarttelefoner, kroppsburen elektronik, smartklockor samt smart-TVs.¹⁸²

4.5.3 Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt

EU-kommissionen fastslog, precis som i Facebook/WhatsApp, att marknadsandelar inte är en bra variabel för marknader som karakteriseras av korta innovationscykler och att nya marknadsinträden ofta förekommer. Shazam ansågs dock vara en väletablerad aktör på marknaden och inte ett startup-företag, vilket kunde tala för att marknadsandelar ändå kan innebära marknadsinflytande. Det hade inte heller skett någon innovation eller något inträde på marknaden under den senaste tiden. Av den anledningen ansågs Shazams marknadsandelar vara större än vad parterna anmält. EU-kommissionen baserade marknadsandelen på andelen användare per månad och dag.¹⁸³

EU-kommissionen konstaterade att koncentrationen skulle ge upphov till såväl horisontella effekter som icke-horisontella effekter. Både Apple och Shazam var aktiva på marknaderna för musiklicensiering och onlineannonsering. Dessa marknader var dock inte företagens kärnmarknader, varför EU-kommissionen konstaterade att det fanns begränsad överlappning mellan företagens verksamheter.¹⁸⁴

Eftersom många andra företag erbjöd tjänster som liknade de tjänster som Apple och Shazam erbjöd ansågs det inte påverka konkurrensen negativt om Apple skulle stärka Shazam genom att dela användardata. Liknande data insamlades redan av konkurrerande företag, såsom Facebook och Google på marknaden för onlineannonsering.

¹⁸⁰ Apple/Shazam, p. 92–99.

¹⁸¹ Automatic Content Recognition, en teknologi som tillåter användare att få information om olika medier genom igenkänning.

¹⁸² Apple/Shazam, p. 105–114.

¹⁸³ Apple/Shazam, p. 162–165.

¹⁸⁴ Apple/Shazam, p. 144.

Koncentrationen innebar således inte att Apple och Shazam fick monopol över någon unik tillgång.¹⁸⁵

I bedömningen av icke-horisontella effekter såg EU-kommissionen främst till utestängningseffekter i enlighet med riktlinjerna för icke-horisontella koncentrationer. Främst diskuterades Apples och Shazams gemensamma användardata, samt om Apple genom koncentrationen skulle få tillgång till känslig information om sina konkurrenter. EU-kommissionen fastslog att Apple genom koncentrationen skulle få tillgång till konkurrenters kundinformation. Apple skulle därtill ha teknisk möjlighet att använda denna information. GDPR skapade dock rättsliga hinder för att använda informationen, eftersom det rörde sig om användares personliga data. Dessutom var det oklart om Apple hade incitament att använda informationen om konkurrenterna för att få en konkurrensfördel. EU-kommissionen kom fram till att det inte hade påverkat konkurrensen negativt även om Apple hade använt informationen, eftersom konkurrenterna hade tillgång till liknande information och därför hade kunnat agera på liknande sätt, samt eftersom konkurrensen på marknaden rörde helt nya kunder snarare än övertagande av konkurrenters kunder.¹⁸⁶

EU-kommissionen konstaterade även att koncentrationen inte skulle hämma konkurrensen för konkurrerande musikstreamingappar till följd av att Shazams marknadsposition stärktes. Shazam hade, trots sin marknadsandel på runt 30 %, inget egentligt marknadsinflytande. Det sammanslagna företaget hade visserligen både möjlighet och incitament att stänga ute konkurrenter genom att undanhålla dem från Shazams ”hyperlänksystem”, men ingen av konkurrenterna hade uttryckt att Shazam var särskilt viktig för dem i förhållande till andra musikigenkänningstjänster. Tvärtom var det få av konkurrenternas användare som hittade till dem genom Shazam.¹⁸⁷

Koncentrationen skulle inte heller stänga ute konkurrenter genom att dessa inte längre fick marknadsföra sig genom Shazam, eftersom Shazam hade en ytterst liten andel av marknaden för onlineannonsering¹⁸⁸ Därutöver skulle koncentrationen inte innebära en utestängning av konkurrenter till Apple Music genom integrering av Shazams teknologi,

¹⁸⁵ Apple/Shazam, p.170 –185.

¹⁸⁶ Apple/Shazam, p. 221–259.

¹⁸⁷ Apple/Shazam, p. 276–295

¹⁸⁸ Apple/Shazam, p. 296–307.

eftersom konkurrenterna redan hade tillgång till liknande teknologi genom konkurrerande musikigenkänningsappar.¹⁸⁹

I beslutet konstaterade EU-kommissionen dessutom att Shazams data inte var så pass unik eller känslig att den skulle kunna ge Apple en fördel i förhållande till sina konkurrenter om Apple skulle begära exklusivitet till datainsamlingen. Anledningen var att flera andra appar samlade in samma information som Shazam, bland annat andra musikigenkänningsappar och andra musikstreamingappar. Dessutom samlade Shazam in data i låg takt och Shazams data gav inga särskilda möjligheter att vidareutveckla musikstreamingappar.¹⁹⁰

EU-kommissionen diskuterade också om koncentrationen kunde få en utestängande effekt på marknaden för ACR-mjukvara. Sådan utestängning hade kunnat ske om Apple-produkter har Shazam förinstallerat, om Apple minskar kompatibiliteten mellan sina produkter och andra musikigenkänningsstjänster, eller på annat sätt integrerade Shazam i sina egna produkter. Kommissionen konstaterade dock att det fanns flera andra aktörer som erbjöd musikigenkännings teknik på marknaden. Dessutom hade Shazam redan tidigare delvis integrerats med Apple utan att någon utestängning av konkurrenter hade skett.¹⁹¹

EU-kommissionen valde att lämna koncentrationen utan åtgärd.¹⁹²

4.5.4 Kommentar

Apple/Shazam var en konglomeratkoncentration och diskuterades främst utifrån de klassiska skadeteorierna om konglomerat. Det fördes således ingen vidare diskussion om hur Apple/Shazam skulle kunna påverka konkurrensen utöver utestängningseffekter.

De marknader som fastställdes i beslutet följde tidigare beslut av relevant marknad, och således finns det inga nyheter i beslutet i förhållande till dessa. Det som skiljer beslutet från tidigare beslut såsom Facebook/WhatsApp är att EU-kommissionen i Apple/Shazam diskuterade GDPR mer djupgående som rättslig ram. Det tyder på ett ökat fokus på data i

¹⁸⁹ Apple/Shazam, p. 308–312.

¹⁹⁰ Apple/Shazam, p. 313–330.

¹⁹¹ Apple/Shazam, p. 331–348.

¹⁹² Apple/Shazam, p. 349.

jämförelse med tidigare beslut. Jag anser därför att beslutet innebär en öppning för bedömningar som är mer fokuserade på data och företags datainsamling samt data-analysering.

4.6 Google/Fitbit

4.6.1 Bakgrund

EU-kommissionen har undersökt koncentrationen mellan Google och Fitbit, ett företag som tillverkar smartklockor och annan kroppsburen elektronik samt mjukvara kopplad till produkterna. EU-kommissionen meddelades om koncentrationen mellan Google och Fitbit den 15 juni 2020. EU-kommissionen uttryckte efter den initiala undersökningen oro för att koncentrationen skulle kunna hämma konkurrensen på marknaden.¹⁹³

4.6.2 Marknadsdefinition

Ett stort antal relevanta marknader identifierades i beslutet. Koncentrationen berörde dels marknaden för digital hälsa och sjukvård och dels de marknader som Google agerar på, exempelvis marknaden för onlineannonsering, marknaden för tillhandahållande av onlinedisplayannonser samt marknaden för tillhandahållande av reklamtekniktjänster.¹⁹⁴ Även marknaderna för operativsystem, appbutiker, söktjänster och hälsoappar ansågs relevanta.¹⁹⁵ Dessutom bedömde EU-kommissionen marknaden för armburen utrustning.¹⁹⁶ Även i Google/Fitbit lämnades många eventuella marknadsdefinitioner öppna eftersom de eventuella marknadsdefinitionerna inte skulle påverka bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen.¹⁹⁷

¹⁹³ M.9660 Google/Fitbit, p. 1–19.

¹⁹⁴ Google/Fitbit, p. 74–79, p. 148–173.

¹⁹⁵ Google/Fitbit, p. 108–146, p. 174–186.

¹⁹⁶ Google/Fitbit, p. 66–79.

¹⁹⁷ Jfr Google/Fitbit, p. 79, p. 151–154, p. 201.

4.6.3 Bedömning av koncentrationen ur konkurrenssynpunkt

EU-kommissionen menade att Google redan hade en dominerande ställning eller stark marknadsposition på flertalet av de relevanta marknader som identifierats i undersökningen, och beskrev tre risker med koncentrationen.¹⁹⁸

Koncentrationen skulle kunna leda till att Google fick tillgång till användardata från Fitbits användare. Genom att få tillgång till Fitbits databank skulle Google få information om användarnas hälsa och träning och ytterligare kunna utveckla sin riktade annonsering. Det skulle därmed bli svårt för konkurrenter att ta sig in på marknaden och konkurrera med Google på marknaden för onlineannonsering. Google skulle få stärkt marknadsinflytande genom hela det annonseringstekniska ekosystemet. Annonsörer skulle, genom Googles stärkta marknadsställning, riskera att få betala högre priser och få färre valmöjligheter.¹⁹⁹

Dessutom riskerade koncentrationen att leda till att Google stängde ute konkurrenter från Fitbits applikationsprogrammeringsgränssnitt²⁰⁰ (API), vilket framför allt skulle hindra startup-företag från att kunna ta sig in på marknaden. I nuläget hade konkurrenter möjlighet att erbjuda Fitbits användare särskilda tjänster och i utbyte få användardata insamlad av Fitbit. Genom koncentrationen riskerade sådana möjligheter att försvinna, vilket skulle försvåra för faktiska och potentiella konkurrenter.²⁰¹

EU-kommissionen uttryckte också oro över att Google genom koncentrationen skulle kunna försämra konkurrenters interoperabilitet med Android och på så sätt stärka Fitbits ställning på marknaden.²⁰²

Med anledning av EU-kommissionens uttalanden föreslog Google vissa åtaganden för att EU-kommissionen skulle kunna godkänna koncentrationen. Bland annat åtog sig Google att inte använda Fitbits användardata till riktade annonser. Dessutom åtog sig Google att lagra Fitbits användardata i en ”data-silo” där den hölls separerad från annan Google-data. Google föreslog även att användarna skulle ges möjlighet att neka Google möjlighet att använda deras användardata för andra Google-tjänster som till exempel Google Maps,

¹⁹⁸ Jfr Google/Fitbit, p. 427–429, p. 452, p. 471–474.

¹⁹⁹ Google/Fitbit, p. 427–468.

²⁰⁰ Ett gränssnitt som ger applikationer möjlighet att knyta sig till annan mjukvara.

²⁰¹ Google/Fitbit, p. 511–531.

²⁰² Google/Fitbit, p. 730–817.

Google Search och Youtube. Dessutom skulle mjukvarutjänster få fortsatt tillgång till Fitbits API utan extra kostnad. Google skulle fortsatt ge konkurrenter och tillverkare av smartklockor full tillgång till grundfunktioner kopplade till Android. Dessutom åtog sig Google att inte heller på annat sätt göra Android mindre kompatibelt med tredje parts kroppsburna elektronik. Åtagandena förslags gälla i 10 år med möjlighet till förlängning.²⁰³

EU-kommissionen ansåg att de åtaganden som föreslagits var tillräckliga för att eliminera de risker som koncentrationen ansetts ge upphov till, varför koncentrationen med tillhörande åtaganden godkändes.²⁰⁴

4.6.4 Kommentar

Google/Fitbit är det enda av de beslut som behandlas där EU-kommissionen faktiskt uttryckte oro för koncentrationens konkurrenshämmande effekter. Google/Fitbit är också ett tydligt exempel på hur åtaganden kan användas för att hindra konkurrensproblem på marknaden. Tidigare föreställningar om att avyttring är bästa sättet att undvika konkurrensproblem kan efter beslutet komma att ifrågasättas för den digitala marknaden. De farhågor som uppstår i förhållande till den digitala marknaden rör bland annat användning av data, vilket syns tydligt i Google/Fitbit. Eftersom företagen ofta är konglomerat uppstår också farhågor kring integrering av konkurrenters produkter på vissa av konglomeratens tjänster. Sådana farhågor åtgärdas inte enkelt med hjälp av avyttring, utan lär bäst avhjälpas med strukturella åtaganden eller beteendeåtaganden.

4.7 Reflektion

EU-kommissionen har vid ett antal tillfällen bedömt koncentrationer på den digitala marknaden. EU-kommissionen har i sin bedömning kunnat undersöka olika faktorer som är särskilda för den digitala marknaden, så som insamling av data och innovation. Enligt min mening går det att urskilja en viss utveckling av argumentationen som rör den digitala marknadens särdrag i EU-kommissionens beslut. I Google/DoubleClick förde EU-

²⁰³ Google/Fitbit, p. 944–961.

²⁰⁴ Google/Fitbit, p. 1010–1014.

kommissionen en klassisk, ekonomisk argumentation där verktyg såsom SSNIP-testet användes som grund för beslutet. Efter Google/DoubleClick, vilket visserligen rörde två betalande kundgrupper, har EU-kommissionen fokuserat på andra parametrar än marknadsandelar baserade på försäljningssiffror i sina beslut. EU-kommissionen har också diskuterat data ur olika perspektiv. Även här syns en utveckling, då EU-kommissionen i Google/DoubleClick och Microsoft/Yahoo lagt liten vikt vid datainsamling. I senare beslut, främst Apple/Shazam och Google/Fitbit, har EU-kommissionen fört en mer djupgående argumentation rörande datainsamling och även diskuterat GDPR:s ställning i förhållande till konkurrensrätten. Dessutom har fokus flyttats från ”traditionella” konkurrensrättsliga överväganden såsom slutpriset för konsumenterna, till valmöjligheter för användare och innovationsmöjligheter på marknaden.

Ett problem som syns i besluten i förhållande till den digitala marknaden är det fokus som läggs på marknadsandelar. EU-kommissionen har i alla behandlade beslut lagt stort fokus på marknadsandelar, trots att den påpekat att det inte är en lämplig variabel för denna typ av koncentrationer. Det är enligt min mening svårt för EU-kommissionen att frånga en bedömning av marknadsandelar eftersom riktlinjerna föreskriver att EU-kommissionen ska göra en bedömning utifrån marknadsandelarna. Enligt min mening har EU-kommissionen dock gjort en nytänkande bedömning av marknadsandelar utifrån användarbas i Apple/Shazam och i Microsoft/Skype. En sådan bedömning av marknadsandelar lär fungera väl på nollprismarknader där försäljningssiffror saknas. Även om vägledningen föreskriver att EU-kommissionen får ta hänsyn till andra faktorer än pris utgör beräkning av marknadsandelar utifrån företagets användarbas ett undantag från huvudregeln att beräkning sker utifrån försäljningssiffrorna.

HHI-nivåer beräknas överhuvudtaget inte i de behandlade besluten. Vad detta beror på diskuteras inte i besluten. Med tanke på att HHI-index har beskrivits som missvisande för sådana situationer som i besluten är avsaknaden av HHI-bedömningar dock logisk. Detta talar för att HHI-index inte bör tillämpas på koncentrationer på den digitala marknaden.

5 Analys

5.1 Lämpar sig den nuvarande regleringen för en bedömning av företagskoncentrationer utifrån den digitala marknadens särdrag?

5.1.1 Flersidiga marknader med nätverkseffekter

5.1.1.1 Marknadsdefinition

Den digitala marknadens flersidighet får påverkan vid bedömningen av relevant marknad. Flersidigheten kan enligt min mening skapa problem eftersom de olika sidorna av marknaden ofta är beroende av varandra. Den relevanta produktmarknaden på den ena sidan av marknaden kan således påverkas av kunden som befinner sig på andra sidan av marknaden. Det innebär att EU-kommissionen redan vid en bedömning av marknadsdefinitionen behöver analysera nätverkseffekter.

Marknaders flersidighet nämns varken i koncentrationsregleringen eller i vägledningen för marknadsdefinition. Flersidighetens påverkan på den relevanta produktmarknaden har inte heller problematiserats särskilt i EU-kommissionens beslut. EU-kommissionen verkar bedöma var sida för sig, vilket visserligen har föreslagits av Collyer m.fl., men efter det görs ingen bedömning av nätverkseffekterna i marknadsdefinitionen, vilket gör att viktiga aspekter för marknadsbedömningen försvinner. Av den anledningen anser jag att regleringen behöver anpassas för att EU-kommissionen ska kunna ta hänsyn till marknadens flersidighet redan vid bedömningen av relevant marknad.

5.1.1.2 Konkurrensbedömning

Problem som härstammar från marknaders flersidighet kan också uppstå när konkurrensbedömningen ska göras. Påverkan på den ena marknaden får effekt på den andra marknaden genom indirekta nätverkseffekter, vilket gör bedömningen av konkurrenspåverkan mer komplex. Nätverkseffekter har också betydelse för hur stort marknadsinflytande ett företag ska anses ha och hur svårt det är att komma in på en marknad.

Nätverkseffekter nämns uttryckligen i EU-kommissionens riktlinjer som en parameter för bedömningen av hur lätt det är att ta sig in på en viss marknad. Utifrån min utredning framgår dessutom att EU-kommissionen i ett flertal beslut diskuterat nätverkseffekter som ett inträdeshinder. EU-kommissionen bedömer konkurrensen på alla relevanta marknader och har därför i nuläget möjlighet att bedöma samtliga relevanta sidor av marknaden i besluten. Främst syns detta i Microsoft/Yahoo, där EU-kommissionen diskuterat söktrafik och hur denna påverkar båda sidor av marknaden. Diskussionerna i besluten tyder på att EU-kommissionen i nuläget anser sig ha möjligheter att bedöma nätverkseffekter på flersidiga marknader, något som dessutom finner stöd i doktrin som behandlats i min utredning. Det verkar således som att bedömning av nätverkseffekter och marknaders flersidighet ryms inom dagens konkurrensreglering.

5.1.2 Multihoming

5.1.2.1 Marknadsdefinition

EU-kommissionen har diskuterat multihoming i ett antal fall, bland annat i Facebook/WhatsApp och Microsoft/Skype. Främst har EU-kommissionen berört multihoming i förhållande till konkurrensbedömningen. EU-kommissionen har dock inte diskuterat multihoming i förhållande till relevant marknad i något av besluten.

Det finns få förslag på hur multihoming kan och bör förändra bedömningen av relevant marknad i doktrin. Enligt en rapport skriven av Rasek och Wismer för OECD bör konkurrensmyndigheter, på marknader där multihoming förekommer, bedöma huruvida det finns olika anledningar för användare att använda olika plattformar simultant. På så sätt går det att bedöma om företagen är faktiska konkurrenter eller om användarna snarare ser dem som komplement till varandra.²⁰⁵ En sådan bedömning borde dock kunna rymmas inom diskussionen för produkters och tjänsters utbytbart utifrån dagens reglering för marknadsdefinition. Det krävs i sådana fall att EU-kommissionen undersöker andra faktorer än pris eftersom multihoming ofta hänför sig till andra parametrar, såsom funktioner eller möjligheten att nå fler användare genom annonsering. Vägledningen om marknadsdefinition riktar uttryckligen in sig på pris-

²⁰⁵ Rasek & Wismer, s. 10f.

förändring, men det finns enligt vägledningen även utrymme att ta hänsyn till produkters egenskaper.

För att kunna dra en slutsats krävs att fenomenet dels diskuteras i doktrin och dels benämns i beslut av EU-kommissionen samt av EU:s domstolar, vilket inte har gjorts i tillräcklig utsträckning. Jag anser därför att det i nuläget inte finns underlag för att avgöra huruvida multihoming kan bedömas utifrån dagens reglering för marknadsdefinition.

5.1.2.2 Konkurrensbedömning

Om en användare använder sig av två appar parallellt förlorar marknadsandelarna sin funktion eftersom användaren befinner sig på olika plattformar vid samma tidpunkt. Min åsikt är att multihoming skapar svårigheter att beräkna företagens marknadsandelar med produkter. Ska Facebook anses ha 100 % av marknadsandelarna om samtliga användare använder Facebook Messenger, men också använder sig av exempelvis Kik Messenger? Kan chatt-apparna anses vara konkurrenter om samtliga användare använder båda apparna?

Multihoming gör marknadsandelsbedömningen mer komplex än på traditionella marknader, vilket talar för att marknadsandelar inte är ett optimalt sätt att beräkna marknadsinflytande på den digitala marknaden. Detta har EU-kommissionen tagit fasta på i ett antal beslut, men då i förhållande till begrepp som innovation och korta inträdes-cykler. För att kunna bedöma effekten på konkurrensen av multihoming bör regleringen därför ändras i förhållande till marknadsandelsberäkningen, vilket diskuteras i avsnitt 5.2.2.1.

5.1.3 Höga inträdeshinder

5.1.3.1 Marknadsdefinition

Inträdeshinder diskuteras inte i första hand i förhållande till marknadsdefinitionen utan i förhållande till den efterkommande konkurrensbedömningen. Höga inträdeshinder kan göra att färre konkurrenter kommer in på marknaden, vilket leder till en högre marknadskoncentration. Hög marknadskoncentration kan dock redan bedömas utifrån

dagens reglering. Jag anser därför att höga inträdeshinder inte vållar någon problematik i förhållande till marknadsdefinitionen.

5.1.3.2 Konkurrensbedömning

Inträdeshinder nämns uttryckligen som ett mått på konkurrens i riktlinjerna. Visserligen föreligger ofta höga inträdeshinder på den digitala marknaden, men det är utifrån min utredning oklart om det alltid föreligger så pass höga inträdeshinder som uttryckts i doktrin. Det tycks snarare som att inträdeshindren anses vara låga på många marknader som EU-kommissionen diskuterat. Visserligen krävs det stora investeringar om ett företag vill investera i välutvecklade sökalgoritmer, men att starta en kommunikationsapp verkar utifrån undersökningen vara en relativt liten investering för företag. Det finns enligt min mening stort utrymme att bedöma inträdeshinder genom riktlinjerna, oavsett hur höga inträdeshindren är. EU-kommissionen har dessutom diskuterat inträdeshinder på den digitala marknaden utförligt i exempelvis Facebook/WhatsApp, vilket talar för att det redan i nuläget är möjligt att inkludera detta särdrag i koncentrationsbedömningen.

5.1.4 Stordriftsfördelar och räckviddsfördelar

5.1.4.1 Marknadsdefinition

Som nämnts ovan åtnjuter företag på den digitala marknaden ofta både stordriftsfördelar och räckviddsfördelar genom att användare och annonsörer samlas på plattformarna. Stordriftsfördelar och räckviddsfördelar diskuteras främst i förhållande till konkurrensbedömningen. Det har i min utredning inte framkommit några omständigheter som tyder på att stordrifts- och räckviddsfördelar skulle skapa någon bedömningsproblematik i förhållande till marknadsdefinitionen.

5.1.4.2 Konkurrensbedömning

Stordrifts- och räckviddsfördelar kan skapa inträdeshinder för konkurrenter på marknaden. Stordrifts- och räckviddsfördelar är således en parameter för att bedöma om ett företag kan anses ha stort marknadsinflytande och om det finns faktiska eller potentiella konkurrenter som kan konkurrera med företaget, givet marknadsinflytandet. Bedömningen av stordrifts- och räckviddsfördelar faller således inom ramen för SIEC-testet, som redan omfattas av konkurrensregleringen. Det är snarare särdragen som

ligger bakom stordrifts- och räckviddsfördelarna, exempelvis datainsamling och nätverkseffekter, som eventuellt är svårbedömda utifrån dagens reglering. Det har i min utredning inte framkommit information som tyder på att EU-kommissionen skulle ha svårigheter att bedöma stordrifts- och räckviddsfördelarna i sig.

5.1.5 Nollprissättning på marknader

5.1.5.1 Marknadsdefinition

EU-kommissionen har bedömt marknader som karakteriseras av nollprissättning i exempelvis Microsoft/Yahoo, Facebook/WhatsApp och Apple/Shazam. Det verkar således vara möjligt att bedöma nollprissättning utifrån dagens koncentrationsreglering. Det framgår dock av EU-kommissionens vägledning om marknadsdefinition att produktmarknaden ska vara inriktad på priser och utbytbarheten som kommer av förändrade priser. Dessutom framgår det att syftet med vägledningen är att skapa förutsebarhet för företag samt att ge information om hur EU-kommissionen bedömer relevant marknad. I de behandlade besluten där en nollprismarknad förekommer har EU-kommissionen inte tillämpat det tillvägagångssätt som beskrivs i vägledningen. I besluten behandlas nollprismarknader snarare som undantag från EU-kommissionens vägledning, vilket inte heller klargörs i besluten. Eftersom EU-kommissionen inte följer vägledningen och gör undantag i förhållande till nollprismarknader anser jag att syftet med vägledningen inte uppnås. Vidare riskerar företag att få en sämre inblick i hur deras tilltänkta koncentrationer skulle bedömas när EU-kommissionen inte förklarar sitt tillvägagångssätt. Förutsebarheten försämras ytterligare eftersom EU-kommissionen sällan väljer att slutligt bestämma marknaden.

Till följd av nollprismarknadens karaktär kan ett dominerande företag inte kontrollera priset på en produkt eller tjänst. Det är inte heller vanligt att ett företag som är dominant på en nollprismarknad utnyttjar marknadspositionen för att sätta ett pris på sin produkt eller tjänst.²⁰⁶ Det är således uppenbart att SSNIP-testet, i sin nuvarande utformning, inte kan användas på marknader med nollprissättning. Eftersom testet syftar till att bedöma huruvida konsumenter hade bytt till en konkurrerande produkt vid en prisökning, är det inte möjligt att använda det på nollprismarknader. Alternativa lösningar för att bedöma nollprismarknader presenteras därför nedan i avsnitt 5.2.

²⁰⁶ Newman, J.M., s. 71f.

5.1.5.2 Konkurrensbedömning

Det går att ifrågasätta om konsumenter kan lida skada på en nollprismarknad eftersom de inte kan lida någon ekonomisk förlust. En konsekvens av en sådan argumentation hade dock blivit att företag på nollprismarknader helt hade kunnat undvika konkurrensregleringen, eftersom deras agerande aldrig kunnat leda till skada för konsumenter. Eftersom företag på den digitala marknaden ofta agerar på flersidiga marknader finns det oftast en sida av marknaden med betalande kunder, till exempel annonsörer. Det är då möjligt att konstatera om det uppstår en skada hos den betalande kundgruppen.

I artikel 2.1 koncentrationsförordningen nämns uttryckligen leverantörers och konsumenters valmöjligheter samt konsumentintressen som faktorer som särskilt ska beaktas i konkurrensbedömningen. Skador bör således kunna uppstå för konsumenter på nollprismarknader till följd av minskade valmöjligheter och skada på konsumentintressen. Utifrån EU-kommissionens praxis kan det dessutom utläsas att leverantörers och konsumenters valmöjligheter kan spela en stor roll i konkurrensbedömningen. Detta konkretiseras exempelvis i Microsoft/Yahoo. Förutsatt att det går att räkna ut ett företags marknadsinflytande bör den skada som konsumenterna lider kunna bestämmas utan vidare ändringar i koncentrationsregleringen.

När beräkningen av marknadsandelar sker utifrån försäljningssiffror uppstår problem i förhållande till nollprismarknader. På en nollprismarknad finns sällan rättvisande försäljningssiffror eftersom företagen inte säljer en produkt eller tjänst utan erbjuder den utan kostnad. EU-kommissionen har tillämpat andra metoder på nollprismarknader i Microsoft/Skype, där marknadsandelarna i stället bestämdes utifrån antalet unika användare. Det tillvägagångssätt som EU-kommissionen valde i Microsoft/Skype anser jag dock utgöra ett undantag från huvudregeln.

5.1.6 Insamling och användning av data

5.1.6.1 Marknadsdefinition

Insamling och användning av data är en faktor som utifrån doktrin och EU-kommissionens beslut främst tycks beröra konkurrensbedömningen, inte marknads-

definitionen. Det faktum att företag samlar in stora mängder data och använder den gör i sig ingen skillnad för vilka marknader ett företag ska anses vara aktivt på. Data ses snarare som ett möjligt inträdeshinder i doktrin och i EU-kommissionens bedömningar. Datainsamling kan eventuellt leda till skada för konsumenter. Samtliga parametrar bedöms först i konkurrensbedömningen, varför jag anser att insamling och användning av data inte är relevant i bedömningen av marknadsdefinition.

5.1.6.2 Konkurrensbedömning

Som nämnts i framställningen ovan går åsikterna om datas betydelse för konkurrensen isär i doktrin. Åsikterna går också isär rörande huruvida datainsamling endast ska bedömas ur konkurrenssynpunkt eller om hänsyn även ska tas till användares integritet.

Avgörandet Facebook/WhatsApp är enligt mig ett bra exempel på att EU-kommissionen redan i nuläget anser sig ha möjlighet att ta hänsyn till data i sin bedömning av företagskoncentrationer. I bedömningen lades stor vikt vid om Facebook genom koncentrationen skulle kunna använda WhatsApps data för att stärka sin position på marknaden. Det fastslogs också att dataskyddshänseenden låg utanför EU-kommissionens kompetens. Även i beslutet Apple/Shazam återfinns en grundlig utläggning om data. Jag anser att EU-kommissionen korrekt utesluter dataskyddshänseenden ur konkurrensbedömningen. Användaren delar sin data med företag genom att acceptera företagets användarvillkor, varpå ett bindande avtal gällande vad användarens data får användas till uppstår. Det finns emellertid undersökningar som visar att konsumenter sällan läser användarvillkoren innan de accepterar dem, vilket skapar frågeställningar om hur frivilligt konsumenterna egentligen går med på användningen av data.²⁰⁷ Jag anser dock att dessa problem måste lösas genom konsumenträtt och integritetsskydd, inte genom konkurrensrätten. I dagsläget bör företag kunna räkna med att ett godkännande av användarvillkoren är bindande och enligt mig är det därför inte lämpligt att föra en argumentation om att användare kan åsamkas integritetsskada inom ramen för koncentrationsregleringen.

En fråga som uppstår är om det överhuvudtaget går att ta hänsyn till data ur annat än ett ekonomiskt perspektiv. Enligt primärrätten ska EU-kommissionens bedömningar ske i

²⁰⁷ Auxier m.fl., s. 10–23; Steinfeld, s. 993f.

enlighet med mänskliga rättigheter såsom demokrati och människans värdighet. Detta hade kunnat tala för en möjlighet att inkludera icke-ekonomiska parametrar, som till exempel integritet och dataskydd, inom ramen för koncentrationsbedömningar. Inkludering av icke-ekonomiska parametrar inom ramen för koncentrationsbedömningar finner dock inte stöd i EU-kommissionens beslut eller tillkännagivanden. Jag anser inte att sådana värden ska användas som faktiska parametrar inom ramen för koncentrationsbedömningar. I stället menar jag att principerna ska ses som ett styrmedel för EU-kommissionens implementering av regleringen.

Hänsyn till användares integritet är redan reglerat genom GDPR. Det innebär att företag redan är bundna av regler som rör dataskydd och skydd för personuppgifter. Om dataskyddsbedömningar hade utförts även i konkurrensrätten hade det riskerat att skapa en dubbelreglering av dataskydd. En sådan dubbelreglering hade kunnat resultera i oklarheter för företag och myndigheter, eftersom en koncentration i sådana fall hade kunnat hamna under två regelverk. Dessutom hade det kunnat uppstå situationer där företag hade agerat i enlighet med GDPR, men där koncentrationer inte beviljas eftersom det skulle finnas risker kopplade till användares integritet. Mot bakgrund av detta anser jag att konkurrensbedömningen av data endast bör styras utifrån ekonomiska aspekter.

Data används ofta som input av företag för att de ska kunna utveckla tjänster och konkurrera. Om ett företag som är dominant på grund av sin datainsamling missbrukar sin dominerande ställning finns det i artikel 102 FEUF ett regelverk som kan användas för att sanktionera sådant missbruk. Det faller således utanför koncentrationsregleringens ramar att åtgärda sådant beteende. Dessutom finns sanktioner för om företag skulle ge vilseledande information till EU-kommissionen i koncentrationsärenden, vilket aktualiserades efter Facebook/WhatsApp. Det finns alltså ett skyddssystem som hindrar att data används i ett konkurrenshämmande syfte, förutsatt att EU-kommissionen begärt information om användningen under koncentrationsärendet.

Sammanfattningsvis anser jag att det utifrån dagens reglering går att bedöma datainsamling ur ett ekonomiskt perspektiv och att regleringen inte bör utökas till att även omfatta andra perspektiv.

5.1.7 Företag som digitala konglomerat

5.1.7.1 Marknadsdefinition

Marknadsdefinitionens syfte är att avgöra om företag är faktiska eller potentiella konkurrenter. En konglomeratkoncentration karakteriseras av att företagen varken är direkta konkurrenter eller vertikalt sammanlänkade, utan att de är verksamma på olika relevanta marknader. Vid en sådan koncentration kommer skilda relevanta marknader att definieras för de sammangående företagen. Enligt min mening föranleder inte det faktum att företag på den digitala marknaden skapar digitala konglomerat någon annan bedömning av relevant marknad. Det går utifrån dagens reglering att bedöma en separat relevant marknad för respektive företag, för att sedan bedöma marknadsinflytandet för vardera företag på sin marknad. EU-kommissionen har exempelvis gjort sådana bedömningar i Google/Fitbit och Apple/Shazam.

Marknadsdefinitionen för digitala konglomerat har inte diskuterats nämnvärt i doktrin. I doktrin behandlas snarare motiven som kan ligga bakom skapandet av digitala konglomerat och problematiken kring det, vilket enligt min mening tyder på att marknadsbedömningen inte anses vara problematisk.

Bourreau och de Streel, som diskuterar marknadsdefinitionen i förhållande till digitala konglomerat, menar att dagens reglering är alldeles för statisk. Enligt dem bör EU-kommissionen i sin bedömning av marknadsdefinitionen fokusera mer på potentiella konkurrenter och inträdeshinder. De menar även att EU-kommissionen överlag bör göra mer dynamiska bedömningar av de relevanta marknaderna. Dessutom anser de att EU-kommissionen bör integrera en bedömning av marknadsinflytande i marknadsdefinitionen.²⁰⁸ I likhet med Bourreau och de Streel anser jag att tillkännagivandet om relevant marknad kan framstå som statiskt. Enligt min mening krävs dock ingen ändring av tillkännagivandet eftersom det i regleringen inte återfinns något krav på att bestämma en exakt marknad. EU-kommissionen har därmed redan en möjlighet att göra avvägningar anpassade till det enskilda fallet.

Jag anser att det redan finns möjlighet att bedöma potentiell konkurrens enligt riktlinjerna om horisontella koncentrationer. Det har uttryckligen fastställts att

²⁰⁸ Bourreau & de Streel, s. 27f.

bedömningen av potentiell konkurrens ska göras efter att marknaden har definierats. Detta anser jag vara logiskt eftersom potentiell konkurrens och marknadsinflytande kräver analys av flertalet parametrar som återfinns i riktlinjerna. EU-kommissionen har diskuterat potentiell konkurrens och marknadsinflytande i exempelvis Google/DoubleClick. Av denna anledning håller jag inte med Bourreau och de Streel, utan menar att ingen bedömning av potentiell konkurrens eller marknadsinflytande behövs redan vid marknadsdefinitionen.

Sammanfattningsvis anser jag att det finns möjlighet att bedöma digitala konglomerat utifrån dagens reglering om marknadsdefinition.

5.1.7.2 Konkurrensbedömning

Konglomeratkoncentrationer anses som tidigare nämnts ge upphov till färre konkurrensrättsliga problem än horisontella koncentrationer. När företag aktivt tar sig in på nya marknader kan den uppdelade synen på konglomeratkoncentrationer respektive horisontella koncentrationer behöva ändras. Ett problem som uppstår i förhållande till konglomeratkoncentrationer är att det endast finns en skadeteori kopplad till sådana koncentrationer. Skadeteorin rör utestängning av andra konkurrenter genom att företaget skapar en stark marknadsposition på två närliggande marknader. Detta möjliggör kopplingsförbehåll och kombinationserbjudanden, vilket kan skada konkurrensen. I EU-kommissionens beslut analyseras effekter av konglomeratkoncentrationer uteslutande utifrån den skadeteori som angivits i riktlinjerna, vilket enligt mig ger en stelbent och ensidig bild av sådana koncentrationer.

Bourreau och de Streel anser att dagens konkurrensreglering inte möjliggör en bedömning av minskad innovation till följd av konglomeratkoncentrationer. Dagens koncentrationsreglering tar inte hänsyn till eventuella företagsstrategier, utan är låst till en skadeteori.²⁰⁹

Den nuvarande skadeteorin utgår från att företagen agerar på närliggande marknader. Koncentrationer på den digitala marknaden involverar dock inte alltid närliggande marknader. Det är exempelvis svårt att se hur Android TV och Google Docs kan räknas

²⁰⁹ Bourreau & de Streel, s. 31f.

som närliggande marknader, samt hur Google skulle kunna skapa kopplingsförbehåll och kombinationserbjudanden mellan de två tjänsterna. Enligt min mening omfattas inte denna situation av dagens reglering. Situationen där företag köper upp målbolag som inte agerar på en närliggande marknad ryms inte inom skadeteorierna för konglomeratkoncentrationer. Skadeteorin för konglomeratkoncentrationer behöver av denna anledning revideras.

5.2 Hur skulle regleringen kunna anpassas för att underlätta bedömningar av företagskoncentrationer på den digitala marknaden?

5.2.1 Förändring av bedömningen av marknadsdefinition

Som ovan nämnts uppstår problem med bedömning av marknadsdefinition i förhållande till flersidiga marknader samt i förhållande till nollprismarknader. En trend som syns i EU-kommissionens beslut är att inte bestämma en eller flera definitiva marknader i koncentrationsärenden. Enligt min mening verkar marknadsdefinitionen inte få särskilt stor betydelse i koncentrationer mellan företag på den digitala marknaden. Marknadsdefinitionen förlorar dessutom sin roll då många koncentrationer på den digitala marknaden utförs av digitala konglomerat som agerar på många olika marknader. Eftersom marknadsdefinitionen utgör ramarna för bedömningen enligt nuvarande reglering kommer det dock inte föras någon diskussion om att helt frångå bedömningen av relevant marknad. I stället rör diskussionen i detta avsnitt om bedömningen av marknadsdefinition kan anpassas för den digitala marknaden.

Franck och Peitz har diskuterat ett antal förslag för bedömningen av marknadsdefinition. Författarna menar att SSNIP-testet enkelt kan modifieras för att passa flersidiga marknader genom att höja priset för en av de relevanta marknaderna och behålla priset för de andra. Om höjningen gör att kunder lämnar plattformen kommer kunder på den andra sidan marknaden också att lämna plattformen, förutsatt att det finns nätverkseffekter mellan kundgrupperna. Om det inte blir någon effekt på någon annan kundgrupp kan bedömningen isoleras till en enskild marknad. På så sätt kan SSNIP-testet anpassas för att passa flersidiga marknader.²¹⁰ Även Katz och Sallet står bakom en

²¹⁰ Franck & Peitz, s. 63f.

sådan modifiering.²¹¹ Jag menar att en sådan lösning inte gör någon avgörande skillnad i förhållande till den digitala marknaden, förutsatt att företagen agerar på icke-transaktionsmarknader. Om annonsörer lämnar en plattform på grund av en prisökning kommer det antagligen inte leda till någon reaktion från användarna, vilket är i enlighet med den föreslagna modifikationen. Eftersom användarna inte betalar för tjänsten fungerar det modifierade testet dock inte omvänt. Det krävs således ytterligare förändring för att regleringen ska lämpa sig för den digitala marknaden.

Ett förslag som ofta diskuteras i doktrin är att använda kvalitetminskning i stället för att använda prisökning som en parameter i SSNIP-testet. Då skulle ”decrease in quality” vara den gällande bedömningsparametern (ett s.k. SSNDQ-test).²¹² Förslaget grundar sig på hypotesen att en plattform skulle vara mindre benägen att sänka kvaliteten på en produkt om det fanns konkurrenter som bibehöll en viss kvalitet.²¹³ Kvalitet kan exempelvis mätas i användarvänlighet, säkerhet, hållbarhet, tillförlitlighet och prestanda. Ett sådant test hade gjort det möjligt att bedöma marknader med nollpris-sättning. En risk med ett sådant test är att det kan vara svårt att applicera i praktiken. Användare kan ha olika preferenser när det kommer till vissa av de mätkriterier som nämnts ovan. Det finns fall då ”decrease in quality” hade varit en objektivt mätbar term. Begreppet ”krympflation” innebär att ett företag minskar storleken eller kvaliteten på en produkt men behåller det ursprungliga priset.²¹⁴ Mätbarheten ligger dock fortfarande i pris-jämförelsen och fungerar således inte för nollprissatta marknader. Avsaknaden av objektiva parametrar hade kunnat leda till mer subjektiva bedömningar och avsaknad av förutsebarhet, vilket kritiserats i doktrin.²¹⁵

Som nämnts ovan är plattformar ofta konglomerat, vilket gör att användare söker sig till plattformen för att få en helhetslösning. Genom införandet av ett SSNDQ-test uppstår frågor om i vilken omfattning testet bör appliceras. Ska det röra sig om en allmän kvalitetssänkning för hela plattformen, och i sådana fall, vad ska en kvalitetssänkning anses innebära? Ska EU-kommissionen endast undersöka den del av plattformen som koncentrationen berör och inte hela konglomeratet? I sådana fall riskerar den helhetslösning som användarna värderar ges för liten betydelse.

²¹¹ Katz & Sallet, s.16f.

²¹² Jfr Franck & Peitz, s. 65f.

²¹³ Filistrucchi, s. 47f.; Crémer m.fl., s. 45.

²¹⁴ CFI, Shrinkflation, <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/economics/shrinkflation/>.

²¹⁵ Jfr Patakyová, s. 175f.

Trots kritiken ovan anser jag att ett SSNDQ-test hade kunnat vara positivt för EU:s koncentrationsreglering. Enligt mig har EU-kommissionen redan beaktat kvalitetsminskningar i förhållande till konkurrensbedömningen, som exempelvis försämring av interoperabilitet mellan operativsystem och appar i Google/Fitbit och Microsoft/Skype. Eftersom EU-kommissionen har möjlighet att bedöma kvalitet och en eventuell kvalitetssänkning i konkurrensbedömningen borde vara möjligt att använda ungefär samma bedömning för att bestämma relevant produktmarknad. En sådan bedömning hade även, utifrån diskussionerna i de nämnda besluten, gett större möjlighet att identifiera egenskaperna som följer av att företag är konglomerat.

Utifrån kritiken ovan anser jag att det hade varit svårt att skapa ett SSNDQ-test med lika kvantitativa parametrar som SSNIP. Det krävs dock alltid en bedömning i det enskilda fallet i beslut om företagskoncentrationer, och det skulle således vara upp till EU-kommissionen att utforma och applicera SSNDQ-testet. Om ett SSNDQ-test skulle användas hade EU-kommissionen fått utveckla särskilda kvalitetsparametrar för olika marknader, då en kvalitetsfaktor på sökmotormarknaden inte lär vara en kvalitetsfaktor på exempelvis marknader för sociala medier. Ett mer öppet SSNDQ-test, utformat som mer allmänna frågeställningar baserat på de övergripande marknader som bestämts, hade gett tydligare riktlinjer och således mer enhetlig tillämpning av koncentrationsförordningen. Genom införandet av ett SSNDQ-test hade bedömningen av flersidiga nollprissatta marknader kunnat göras utifrån vissa ramar, och inte endast genom undantag från den nuvarande regleringen. I förhållande till nuvarande ordning hade ett införande av ett SSNDQ-test i högre grad tydliggjort hur marknader ska identifieras. Om SSNDQ-testet används går det även att modifiera testet så att hänsyn kan tas till flersidiga marknader enligt metoden föreslagen av Franck och Peitz, där kvaliteten på en sida av marknaden ändras medan kvaliteten på övriga sidor består. Sammantaget anser jag att införandet av ett SSNDQ-test hade varit positivt för konkurrensregleringen i förhållande till den digitala marknaden.

5.2.2 Förändringar i bedömningen ur konkurrenssynpunkt

5.2.2.1 Marknadsandelar

Av min utredning framgår det att marknadsandelar inte är ett optimalt verktyg för att bedöma företags marknadsinflytande på den digitala marknaden. Problem uppstår när kundgrupper utövar multihoming och när bedömningarna ska göras på nollpris-marknader. Därutöver uppstår bedömningsproblem när hänsyn tas till innovation och de snabba inträden som förekommer på den digitala marknaden, vilket EU-kommissionen fastslagit i flera beslut.

Franck och Peitz har argumenterat för att marknadsandelarna bör räknas ut utifrån antalet unika användare på plattformen i förhållande till samtliga unika användare på den relevanta marknaden.²¹⁶ En sådan lösning hade varit förhållandevis enkel att genomföra, eftersom konkurrenterna på den relevanta marknaden troligtvis för statistik över antalet aktiva användare. Dessutom hade lösningen kunnat åtgärda det problem som uppstår i förhållande till multihoming. Eftersom de aktiva användarna på en plattform även är aktiva användare på andra plattformar blir marknadsandelen mindre för den första plattformen. Det hade således blivit en tydlig indikation på plattformens faktiska marknadsinflytande.

Förutsatt att marknadsandelar ska fortsätta användas bör EU-kommissionen således lägga till marknadsandelar utifrån antal unika användare som en bedömningsparameter i sina riktlinjer. EU-kommissionen har redan gjort liknande bedömningar i sina beslut, men för att skapa mer förutsebarhet för företag bör faktiska tillämpningsföreskrifter tas fram.

5.2.2.2 Konglomeratkoncentrationer

Utifrån undersökningen anser jag att de skadeteorier som finns för konglomeratkoncentrationer måste utökas och anpassas för att ge möjlighet till bedömning av företagsstrategier och anledningar till att genomföra sådana koncentrationer. Mitt förslag är att följande skadeteorier introduceras för konglomeratkoncentrationer:

²¹⁶ Franck & Peitz, s. 71f.

1. Koncentrationen leder till minskad innovation på marknaden till följd av att en innovatör köps upp.
2. Koncentrationen leder till skada hos konsumenterna (exempelvis genom ökat pris eller minskade valmöjligheter) på grund av det ekosystem som skapas, då konsumenterna anser sig bundna till ekosystemet.
3. Koncentrationen leder till snedvriden konkurrens genom att företaget får ensam tillgång till viktig input.

De presenterade skadeteorierna är baserade på de argument som återfunnits i doktrin och som presenterats i avsnitt 3.7.

Som ovan nämnts har Crémer m.fl. diskuterat konglomeratkoncentrationer, främst utifrån skadeteorin i punkt två ovan. Crémer m.fl. har gett förslag på ett konkurrenstest som kan användas för konglomeratkoncentrationer:

- (i) Åtnjuter förvärvaren fördelar genom inträdeshinder som kan kopplas till nätverkseffekter eller dataanvändning?
- (ii) Utövar målbolaget ett potentiellt eller faktiskt konkurrenstryck inom det relevanta teknologiska utrymmet, användarutrymmet eller ekosystemet?
- (iii) Ökar avlägsnandet av målbolaget marknadsinflytandet inom det relevanta utrymmet genom ökade inträdeshinder?
- (iv) Om så är fallet, kan koncentrationen rättfärdigas genom effektivitetsvinster?²¹⁷

Testet hade enligt Crémer m.fl. skapat bättre möjligheter att bedöma konglomeratkoncentrationer som leder till ökat marknadsinflytande genom exempelvis ökad lojalitet hos användare. Genom testet undersöks ”teknologiskt utrymme” och ”användarutrymme”, vilket gör att fokus flyttas från relevanta marknader till de strategier som kan ligga bakom ett förvärv. Om målet med en koncentration verkar vara att köpa upp ett startup-företag på grund av dess framtida konkurrensförmåga så har förvärvaren bevisbördan för att effektivitetsskäl talar för koncentrationen. Skadeteorin hade enligt Crémer m.fl. inte skapat någon presumtion mot förvärven, utan hade endast ökat möjligheten att minimera antalet falska negativa resultat. Jag anser att ett sådant test bör kunna

²¹⁷ Crémer m.fl., s. 11 (min översättning).

tillämpas på konglomeratkoncentrationer och hade gett en tydligare bild av hur konkurrensen ser ut för digitala konglomerat.

Crémer m.fl. diskuterar även huruvida EU-kommissionen bör tillämpa en bredare definition av potentiell konkurrens. De kom dock fram till att en sådan lösning hade lett till fler falska negativa resultat än nuvarande tillämpning, då marknadsandelen hade blivit mindre på företagets kärnmarknad med fler potentiella konkurrenter på marknaden.²¹⁸ Jag håller med om att en sådan bedömning inte hade varit önskvärd. Visserligen hade företag på närliggande marknader kunnat räknas som konkurrenter och därmed omfattas av fler skadeteorier, men en bredare marknad hade lett till lägre marknadsandelar för företagen. Detta hade kunnat skapa en felaktig bild av det faktiska konkurrenstrycket.

Shelanski har föreslagit ett test av DIP (downward innovation pressure). Ett sådant test tar i högre utsträckning hänsyn till koncentrationer som leder till att företag får mindre incitament att introducera innovation. Bourreau och de Streel har anslutit sig till Shelanskis förslag. Konkurrensmyndigheter bör undersöka om det finns något sätt som innovatören, genom sin innovation, skulle kunna ta sig in på det uppköpande företagets marknad. Om konkurrensmyndigheten kommer fram till att en innovatör skulle kunna ta sig in på det uppköpande företagets marknad genom innovation bör konkurrensmyndigheten undersöka vilka incitament det finns för det uppköpande företaget att innovera utan trycket från innovatören. Om det i undersökningen visar sig att företaget får mindre incitament att innovera utan konkurrenstryck från innovatören (vanligtvis om kostnaderna för att innovera blir högre än vinsterna), måste företaget visa att koncentrationen inte leder till skada för innovationen på marknaden. Företagen kan också föreslå korrigerande åtgärder för att koncentrationen ska anses förenlig med den digitala marknaden.²¹⁹ Ett DIP-test hade passat för skadeteorin i punkt 1 ovan. Det förutsätter dock ett stort antal fiktiva antaganden. Dessutom har testet ett snävt tillämpningsområde. Av dessa anledningar anser jag att DIP-testet i den föreslagna utformningen kan bli svårtillämpat för EU-kommissionen och därför inte lämpar sig för konkurrensbedömningen. Eftersom testet syftar till att undersöka en av de föreslagna

²¹⁸ Crémer m.fl., s. 118f.

²¹⁹ Shelanski, s. 1703–1705; Bourreau & de Streel, s. 32f.

skadeteorierna hade det dock varit fördelaktigt om en annorlunda utformning av testet kunde undersökas och utvecklas vidare.

5.2.3 Ökad användning av korrigerande åtgärder

I Google/Fitbit godkände EU-kommissionen koncentrationen efter att korrigerande åtgärder föreslagits av Google. Främst rörde förslagen s.k. beteendeåtaganden. Genom att öppna för fler korrigerande åtgärder kan EU-kommissionen enligt min mening bedöma företagskoncentrationer på ett mer dynamiskt och lättanpassligt sätt. Dessutom bör synen på beteendeåtaganden ändras. På den digitala marknaden, vilken bland annat karakteriseras av att företag och marknader utvecklas i snabb takt med hjälp av data och nätverkseffekter och där EU-kommissionen ofta måste göra en framtidsanalys, kan avyttring av företagsdelar och strukturella åtaganden snabbt förlora sin betydelse.

Beteendeåtaganden kan, vilket syns i Google/Fitbit, åtgärda de konkurrensproblem som hänförs till den digitala marknadens särdrag. Beteendeåtaganden hade dessutom kunnat förebygga de skador som hade kunnat bli aktuella utifrån de skadeteorier som föreslagits för konglomeratkoncentrationer. Företag hade till exempel kunnat åta sig att vidareutveckla det uppköpta företags innovation, att licensiera ett patent som finns för innovationen, eller att inte stänga ner målbolagets produktion. Genom att tillåta beteendeåtaganden i högre grad hade koncentrationer kunnat beviljas samtidigt som de eventuella följderna regleras. EU-kommissionen hade i sådana fall även haft möjlighet att sanktionera företag som inte följde beteendeåtagandena, i likhet med hur Facebook sanktionerades för att ingett felaktig information.

6 Slutsatser

Min utredning har visat att de flesta identifierade särdragen går att bedöma enligt nuvarande reglering. Inträdeshinder, stordriftsfördelar och datainsamling skapar inga större problem utifrån dagens reglering. De särdrag som skapar problem i förhållande till marknadsdefinitionen är marknadernas flersidighet samt att det marknaderna ofta är nollprissatta. Det förslag som jag anser vara mest lämpligt för att åtgärda problemet är att införa ett s.k. SSNDQ-test. För att SSNDQ-testet ska fungera krävs det att EU-kommissionen tar fram dynamiska parametrar och öppna frågeställningar som kan anpassas till det enskilda fallet. Dessutom krävs det att SSNDQ-testet kompletteras med en bedömning av hur övriga marknadens sidor påverkas av att kvaliteten försämras på en sida av marknaden, förutsatt att de övriga marknaderna behåller sin kvalitet.

Nollprissatta marknader skapar också problem för uträkningen av marknadsandelar. EU-kommissionen har i sina beslut gjort bedömningar av marknadsandelar utifrån antal unika användare på plattformen jämfört med samtliga unika användare på marknaden. Jag anser att bedömningen fungerar väl för nollprissatta marknader och även för multi-homing. Av denna anledning anser jag att EU-kommissionen bör uppdatera riktlinjerna så att marknadsandelar utifrån antalet unika användare blir inskriven som en accepterad metod och inte bara utgör ett undantag till huvudregeln om försäljningssiffror.

Ett annat särdrag som inte kan bedömas fullt ut utifrån dagens reglering är att företagen ofta är digitala konglomerat. Särdraget anses enligt mig inte ha stor betydelse för marknadsdefinitionen. Däremot krävs nya skadeteorier och nya metoder för att avgöra om en konglomeratkoncentration kommer att leda till skada för konkurrensen och konsumenter.

EU-kommissionen bör även öppna för att tillåta fler beteendeåtaganden från företag. Beteendeåtaganden gör det möjligt att bedöma koncentrationer och dess verkningar på ett mer flexibelt, dynamiskt och framåtblickande sätt. Eftersom den digitala marknaden

utvecklas i snabb takt och eftersom effekterna av koncentrationer i många fall är något oklara, krävs en mer flexibel och dynamisk reglering.²²⁰

EU:s koncentrationsreglering ger stor handlingsfrihet för EU-kommissionen. SIEC-testet är öppet formulerat och EU-kommissionen kan göra en bedömning av företagskoncentrationer från fall till fall. EU-kommissionens beslut ligger till grund för dess vägledningar och riktlinjer. EU-kommissionen är således inte bunden av vägledningarna och riktlinjerna i sin bedömning, vilket gör att de kan ta hänsyn till nya särdrag som uppkommer på olika marknader för att sedan kodifiera agerandet i uppdaterade versioner av riktlinjer och vägledningar.

Det faktum att systemet ger stor handlingsfrihet för EU-kommissionen är dock inte endast en fördel. För företag kan EU-kommissionens bedömningar leda till att regelverket blir oförutsebart och svåröverskådligt. Ett oförutsebart regelverk kan i sin tur leda till att företag upplever svårigheter att veta hur de ska etablera sig eller förvärva andra företag, vilket kan skada den inre marknaden. Utifrån min utredning anser jag att det har framkommit att EU-kommissionen i beslut som rör den digitala marknaden inte alltid följer de huvudregler som uppställts i riktlinjer och vägledningar. Som nämnt i avsnitt 2.6 återfinns inget krav för EU-kommissionen att följa riktlinjer och vägledningar i koncentrationsregleringen, men att frångå riktlinjerna kan leda till minskad förutsebarhet för företag. Det finns inte heller någon direkt domstolspraxis som ger vägledning i hur koncentrationer ska bedömas. Det kan leda till att olika konkurrensmyndigheter kan tolka riktlinjerna och vägledningarna olika när de applicerar dem på koncentrationer utan EU-dimension. Således riskerar EU:s konkurrensreglering att leda till skillnader i tillämpning mellan medlemsstaterna. Av dessa anledningar krävs att regleringen uppdateras så att den blir tydlig och förutsebar, även för aktörer på den digitala marknaden.

²²⁰ Facebook/WhatsApp är det tydligaste exemplet, där koncentrationen fick en annan utgång än väntat på grund av tekniska möjligheter.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck från EU-kommissionen

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

Riktlinjer för bedömning av horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2004/C 31/03)

Riktlinjer för bedömningen av icke-horisontella koncentrationer enligt rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer (2008/C 265/07)

Tillkännagivande från EU-kommissionen om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt rådets förordning (EEG) nr 139/2004 och EU-kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 (2008/C 267/01)

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)

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) COM/2020/842 final

Litteratur

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

Jones, Alison, Sufrin, Brenda & Dunne, Niamh, *Jones & Sufrin's EU competition law: text, cases, and materials*, 7 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2019

Kleineman, Jan, 'Rättsdogmatisk metod'. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 3. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, uppd. och omarb. 9 uppl., Iusté, Uppsala, 2016

Mäihäniemi, Beata, *Competition Law and Big Data: imposing access to information in digital markets*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2020

Reichel, Jane, 'EU-rättslig metod'. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 3. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018

Khemani, R. S. & Shapiro, D. M. (red.), *Glossary of industrial organisation economics and competition law.*, OECD, Paris, 1993

Westin, Jacob, *Europeisk konkurrensrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2007

Artiklar

Albæk, Svend, 'Consumer Welfare in EU Competition Policy', *DGS*, 2013, s. 67–88, https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/consumer_welfare_2013_en.pdf (besökt 2021-05-25)

Belleflamme, Paul & Peitz, Martin, 'Managing competition on a two-sided platform', *Journal of Economics and Management Strategies* 28(1), 2019, s. 5–22

Brekke, Kurt R., Measuring market power in multi-sided markets. I *Rethinking Antitrust Tools for Multi-sided Platforms*, OECD, 2018, s. 87–97, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (besökt 2021-05-25)

Clements, Matthew T., 'Direct and Indirect Network Effects: Are They Equivalent?', *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 22(5), 2004, s. 633–645

Collyer, Kate , Mullan, Hugh , Timan, Natalie, 'Measuring market power in multi-sided markets'. I *Rethinking Antitrust Tools for Multi-sided Platforms*, OECD, 2018, s. 71–86, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (besökt 2021-05-25)

Filistrucchi, Lapo, 'Market definition in multi-sided markets'. I *Rethinking Antitrust Tools for*

Multi-sided Platforms, OECD, 2018, s. 37–51, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (besökt 2021-05-25)

Filistrucchi, Lapo, Gerandin, Damien, van Damme, Eric & Affeldt, Pauline, Market ‘Definition in Two-sided Markets: Theory and Practice’, *Journal of Competition Law and Economics* 10(2), 2013, s. 293–339, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhu007> (besökt 2021-05-25)

Gautier, Axel & Lamesch, Joe, ‘Mergers in the Digital Economy’, *CESifo*, Working Paper No. 8056, 2020

Goldhar, Joel D. & Jelinek, Mariann, ‘Plan for economies of scope’, *Harvard Business Review*, 1983, s. 141–148, <https://hbr.org/1983/11/plan-for-economies-of-scope> (besökt 2021-05-25)

Katz, Michael L., & Sallet, Jonathan, ‘Multisided Platforms and Antitrust Enforcements’, *Yale Law Journal*, 2018, s. 2142–2175, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3131933 (besökt 2021-05-25)

Lerner, Andres V., ‘The Role of ‘Big Data’ in Online Platform Competition’, *SSRN*, 2014, <http://ssrn.com/abstract=2482780> (besökt 2021-05-25)

Miquel, Juan Carlos & Izquierdo-Castillo, Jessica, ‘Who will control the media? The impact of GAFAM on the media industries in the digital economy’, *Revista Latina de Comunicacion Social*, nr. 74, s. 803–821

Newman, John M., ‘Antitrust in zero-priced markets: Application’, *Washington University Law Review*, Vol. 94, Nr. 1, 2016, s. 49–111

Newman, Nathan, ‘Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data’, *Yale Journal on Regulation*, vol. 31, 2014, s. 402–454 <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol31/iss2/5> (besökt 2021-05-25)

OECD, 'Portfolio Effects in Conglomerate Mergers', *OECD Journal: Competition Law and Policy*, vol. 4/1, 2002, s. 59–151, <https://doi.org/10.1787/clp-v4-art2-en> (besökt 2021-05-25)

Patakyová, Mária T., Competition Law in Digital Era – How to Define the Relevant Market?, 2020, <https://doi.org/10.31410/EMAN.2020.171> (besökt 2021-05-25)

Rasek, Arno & Wismer, Sebastian, 'Market definition in multi-sided markets'. I *Rethinking Antitrust Tools for Multi-sided Platforms*, OECD, 2018, s. 55–67, www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm (besökt 2021-05-25)

Shelanski, Howard A., 'Information, Innovation and Competition Policy for the Internet', *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 161, Nr. 6, 2013, s. 1663-1705

Sousa Ferro, Miguel, "Ceci n'est pas un marché": Gratuity and competition law, *Concurrences* 2015(1), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493236 (besökt 2021-05-25)

Steinfeld, Nili, "I agree to the terms and conditions": (How) do users read privacy policies online? An eye-tracking experiment', *Computers in Human Behavior*, Volym 55 del B, s. 992-1000, 2016

Zila, Josef, 'Om rättssäkerhet', *SvJT* 1990, s. 284–305

Rapporter

Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (besökt 2021-05-25)

Auxier, Brooke, Rainie, Lee, Anderson, Monica, Kumar, Madhu, Perrin, Andrew & Turner, Erica, 'Americans and Privacy: Concerned, Confused and Feeling Lack of Control Over Their Personal Information', *Pew Research Center*, 2019

Bourreau, Marc & de Stree, Alexandre, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, 2019

Crémer, Jacques, de Montiove, Yves-Alexandre & Schweitzer, Heike, *Competition Policy for the Digital Era*, Directorate-General for Competition (European Commission), 2019

Digital Competition Expert Panel. *Unlocking digital competition*, 2019

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf (besökt 2021-05-25)

European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 2014, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf (besökt 2021-05-25)

Franck, Jens-Uwe & Peitz, Martin, *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*, Center on Regulation in Europe, 2019

OECD, *Maintaining competitive conditions in the era of digitalization*, 2018,

<https://www.oecd.org/g20/Maintaining-competitive-conditions-in-era-of-digitalisation-OECD.pdf> (besökt 2021-05-25)

OECD, 'Roundtable on Conglomerate Effects of Mergers - Background Note', 2020,

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/en/pdf) (besökt 2021-05-25)

Reimon, Michel, *Report on the annual Report on Competition Policy (2018/2102INI)*, Committee on Economic and Monetary Affairs, 2018

Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, 2019,

<https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report> (besökt 2021-05-25)

Övrigt

Amazon, Subsidiaries, https://www.amazon.jobs/en/business_categories/subsidiaries (besökt 2021-05-25)

CFI, 'Shrinkflation',
<https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/economics/shrinkflation/> (besökt 2021-05-25)

EU-kommissionen, 'A fair and competitive digital economy', <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/fair-and-competitive-digital-economy> (besökt 2021-05-25)

EU-kommissionen, 'Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover',
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369 (besökt 2021-05-25)

EU-kommissionen, 'Overview: making markets work better',
https://ec.europa.eu/competition/general/overview_en.html (besökt 2021-05-25)

EU-kommissionen, 'The Digital Services Act Package', <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package> (besökt 2021-05-25)

EU-kommissionen, 'Typen av EU-rättsakter', https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/types-eu-law_sv. (besökt 2021-05-25)

EU-parlamentet, 'History: Fall of the Santer Commission', 2010,
https://multimedia.europarl.europa.eu/en/history-fall-of-the-santer-commission_V001-0004_ev (besökt 2021-05-25)

Google, 'Helpful products for everyone', <https://about.google/products/> (besökt 2021-05-25)

Jones Harbour, Pamela, In the matter of Google/DoubleClick F.T.C. File No. 071-0170
DISSENTING STATEMENT OF COMMISSIONER PAMELA JONES HARBOUR,
https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf (besökt 2021-05-25)

Laitenberger, Johannes, 'EU competition law: relevance anchored in empiricism', 2018
https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2018_16_en.pdf (besökt 2021-05-25)

The Economist, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. (besökt 2021-05-25)

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Dom av den 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services Unlimited mot EU-kommissionen, förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610

Dom av den 17 februari 2011, Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB, C-52/09, EU:C:2011:83

Dom av den 7 februari 2013, Protimonopolný úrad Slovenskej republiky mot Slovenská sporiteľňa a.s., C-68/12, EU:C:2013:71

Dom av den 11 december 2013, Cisco Systems och Messagenet mot Kommissionen, T-79/12, EU:T:2013:635

Dom av den 11 januari 2017, Topps Europe Ltd mot EU-kommissionen, T-699/14, EU:T:2017:2

EU-kommissionens beslut

Kommissionens beslut av den 3 februari 1999 i mål IV/M.1221 – Rewe/Mein

Kommissionens beslut av den 27 juli 2001 i mål COMP/M.2337 – Nestlé/Ralston Purina

Kommissionens beslut av den 11 mars 2008 i mål COMP/M.4731 – Google/ DoubleClick

Kommissionens beslut av den 18 februari 2010 i mål COMP/M.5727 – Microsoft/ Yahoo! Search Business

Kommissionens beslut av den 7 november 2011 i mål COMP/M.6281 – Microsoft/Skype

Kommissionens beslut av den 3 november 2014 i mål M.7217 – Facebook/WhatsApp

Kommissionens beslut av den 6 september 2019 i mål M.8788 – Apple/Shazam

Kommissionens beslut av den 17 december 2020 i mål M.9660 – Google/Fitbit