

Till Svenskt Näringsliv (e-post)

Nytt konkurrensverktyg och förhandsreglering av digitala marknader

Sammanfattning

Den här rapporten innehåller en redogörelse för och en juridisk analys av EU-kommissionens förslag den 2 juni 2020 om att:

- inrätta ett nytt konkurrensverktyg vid sidan av de idag gällande konkurrensreglerna
- införa en förhandsreglering på digitala marknader inom ramen för EU:s digitala strategi.

Rapporten innehåller fakta och argument ur ett näringslivsperspektiv och beskriver på ett kritiskt granskande sätt kommissionens underlag, slutsatser och förslag. Den innehåller även alternativa förslag till hur målen skulle kunna uppnås. Analysen kan sammanfattas på följande sätt:

- Kommissionen vill åstadkomma en förbättring på ett brådskande och angeläget område där digitaliseringen förändrar och utvecklar marknaderna mycket snabbt. Givet att den teknologiska utvecklingen har givit upphov till nya typer av konkurrensproblem som existerande konkurrensregler inte är väl lämpade att hantera nu och i framtiden är förslaget om att inrätta nya och flexibla verktyg som tar sikte på om konkurrensen faktiskt riskerar att skadas snarare än formen för det förståeligt. Detta ligger väl i linje med trenden mot en mer ekonomisk tillämpning av konkurrensrätten. Samtidigt måste man beakta att ju bredare och mer ingripande verktyget är desto viktigare är det att i motsvarande mån tydliggöra förutsättningarna för att det kan tillämpas och formerna för hur en tillämpning kan prövas rättsligt.
- En förhandsreglering av digitala marknader kan vara en väg att gå, förutsatt att den sker på ett sådant sätt att den tar hand om alla problem som behöver hanteras vid en sådan reglering. Nya regleringar – såsom en förhandsreglering - måste dock leva upp till normala krav för en ingripande och ny offentlig reglering av näringsverksamhet. När det gäller marknader som kännetecknas av nätverkseffekter

är detta extra viktigt, eftersom det enligt ekonomisk forskning är särskilt svårt att lyckas med regleringar på sådana marknader. E-komregleringen inom EU (med förhandsreglering av företag med s.k. *Significant Market Power* (SMP) får i sammanhanget anses som lyckad, inte minst för konsumenterna. Det har underlättat roaming inom EU till lägre priser, nummerportabilitet, lägre samtrafikavgifter etc.

- Förslagen ger rätt till omfattande interventioner och ingripande begränsningar i företagens kommersiella agerande såväl på digitala marknader, men i någon del (konkurrensverktyg, alternativ 3) även för alla andra marknader inom samhällsekonomin. Detta riskerar att påverka näringslivsklimatet.
- Förslagen beaktar inte heller att stora digitala företag har helt olika affärsmodeller. Förslagen innebär att kommissionen kan fatta beslut om både beteendåtgärder och strukturella åtgärder. Strukturella åtgärder skulle t.ex. kunna innebära att krav kan ställas på att hela verksamhetsgrenar inom ett företag ska avyttras. Det är mycket ingripande, särskilt eftersom det inte ens förutsätter att företaget överträtt de konkurrensrättsliga förbuden. Särskilt mot den bakgrunden väcker det även frågan om företaget borde få rätt till ersättning för den skada företaget lider av en påtvingad försäljning.
- Dokumentationen och redovisningen av behovet av förslagen är knapphändig, även om det i intervjuer och i andra sammanhang har framkommit att inspirationen är hämtad från Storbritannien och konkurrensmyndigheten CMA:s befogenheter att göra marknadsundersökningar och baserat på dessa fatta olika typer av beslut. I kommissionens konsekvensanalys finns dock ingen övertygande beskrivning eller dokumentation av varför befintliga konkurrensrättsliga regler inte är tillämpbara, tillräckligt effektiva eller avskräckande. Hur bedömer t.ex. kommissionen de pågående tre mycket principiellt intressanta målen i Tribunalen där Google överklagat kommissionens beslut att bötfälla bolaget för dominansmissbruk med totalt över 80 miljarder kronor.
- Till det kommer att konkurrensverktygen ska kunna tillämpas utan att någon överträdelse har skett av företag, låt vara att sanktioner inte ska utgå för det beteende som kommissionen kan komma besluta måste ändras hos företaget. Det föreskrivs att ett test ska föregå ett beslut, men det framgår inte tydligt hur det testet ska utformas, hur det ska genomföras och vad testet syftar till.
- Förslagen – i sin nuvarande form - innebär en mycket stor rättsosäkerhet för företagen. Vanliga processuella rättigheter såsom rätt till försvar, rätt att överklaga och att därmed kunna få till stånd en judiciell prövning av kommissionens beslut saknas helt i beskrivningarna. Det bör dock rimligen kunna förutsättas att sedvanliga rättsgarantier tillgodoses fullt ut, trots att de inte beskrivs i konsekvensanalyserna.
- Det kan inte uteslutas att flera av förslagen leder till mer skada än nytta, trots ambitionen att förbättra konkurrensen och att få marknaderna att fungera bättre.

- Det rättsliga stödet för förslaget att inrätta ett nytt konkurrensverktyg är oklart och kan ifrågasättas EU-rättsligt. Det har sagts från kommissionärshåll att en skiftad bevisbörda (vilket föreslagits i några av rapporterna) inte föreslås, eftersom det skulle kräva lagstiftning. Det kan ifrågasättas om inte en så ingripande åtgärd som de föreslagna konkurrensverktygen (särskilt alternativ 3) också kräver lagstiftningsåtgärder på samma sätt som kontrollen av företagskoncentrationer gjorde det genom att man antog en särskild rådsförordning med stöd av bl.a. nuvarande artikel 103 FEUF.
- Kommissionens förslag saknar förslag om förändringar i förvärvskontrollreglerna, trots att samtliga de tre rapporterna (Stigler-, Furman- och kommissionsrapporterna) som kommissionen hänvisar till innehåller en utförlig analys av problemet med att de stora BIG TECH-bolagen (Google, Apple, Facebook och Amazon) köper upp andra företag. Dessa har strategiskt köpt upp flera hundra nya innovativa företag inom den digitala sektorn de senaste åren, utan att det har kunnat hindras enligt förvärvskontrollreglerna.
- SIEC-testet (*Significant Impediment of Effective Competition*) infördes 2004 genom EU:s nya koncentrationsförordning. Nyligen har Tribunalen (maj 2020) överprövat ett kommissionsbeslut från 2016 att förbjuda en företagskoncentration. Tribunalen fann att dokumentationen inte i tillräcklig grad styrkte kommissionens skadeteorier mot ett brittiskt telekomförvärv som innebar att antalet stora aktörer reducerades från fyra till tre på marknaden. Tribunalen undanröjde därför kommissions förbudsbeslut.¹ Det indikerar att det kan vara svårt för kommissionen med nuvarande bedömningsregler och krav på kommissionen att förbjuda BIG TECH-bolagens förvärv av nya innovativa företag.
- Såväl anmälningsreglerna som bedömningskriterierna för när en företagskoncentration kan stoppas skulle dock kunna justeras på EU-nivå för att motverka denna utveckling. Beträffande bedömningskriterierna skulle t.ex. ett annat test än SIEC-testet kunna införas med innebörden att förvärv av stora digitala plattformar av konkurrerande innovativa företag ska kunna förbjudas om det inte är sannolikt att det leder till konsumentnytta.
- Avsaknaden av förslag inom förvärvskontrollen är särskilt märklig eftersom förvärvskontrollreglerna är det regelverk som främst är riktat mot strukturomvandlingar i näringslivet, snarare än förbuden mot karteller och dominansmissbruk. Behovet av konkurrensverktygen motiverar kommissionen nämligen främst med att man utifrån tillsynserfarenheterna just identifierat strukturella konkurrensproblem. De strukturella konkurrensproblemen kan avhjälpas genom de nya verktygen anser kommissionen. Men en ökad koncentration, oligopolistiska marknadsstrukturer och att marknader tippat kan tyvärr redan ha underlättats av kommissionens passivitet i förvärvskontrollen.

¹ Tribunalen i mål T 399/16, CK Telecoms UK Ltd mot Kommissionen, 28 maj 2020.

Offentligt samråd om nytt konkurrensverktyg och plattformsspecifik förhandsreglering

EU-kommissionen offentliggjorde den 2 juni 2020 en inledande konsekvensbedömning samt ett öppet offentligt samråd för att få in synpunkter vad gäller att undersöka behovet av ett eventuellt nytt konkurrensverktyg som skulle göra det möjligt att hantera strukturella konkurrensproblem i tid och på ett effektivt sätt. Berörda parter kunde inkomma med synpunkter på den inledande konsekvensbedömningen till och med den 30 juni 2020 och kan nu delta i det öppna offentliga samrådet till och med den 8 september 2020.

Konkurrenskommissionären Margrethe Vestager uttalade i samband med offentliggörandet följande:

- Världen förändras snabbt och det är viktigt att konkurrensreglerna är redo för den förändringen. Våra regler har en inbyggd flexibilitet som gör det möjligt för oss att ta itu med en rad olika konkurrensbegränsande beteenden på olika marknader. – Vi ser nu dock att det finns vissa strukturella risker för konkurrensen, så som marknader som tappar, som inte tas upp i de nuvarande reglerna. Vi vill ha berörda parter synpunkter för att undersöka behovet av ett eventuellt nytt konkurrensverktyg som skulle göra det möjligt att ta sig an sådana strukturella konkurrensproblem i tid och på ett effektivt sätt, och som garanterar rättvisa och konkurrensutsatta marknader i hela ekonomin.

Kommissionens beskrivning

I underlaget skriver kommissionen att de tillsynserfarenheter som EU-kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna inom EU haft, liksom diskussionen kring gällande konkurrensreglers ändamålsenlighet, har bidragit till att identifiera vissa strukturella konkurrensproblem som EU:s konkurrensregler inte kan ta itu med eller inte kan hantera på det mest effektiva sättet.

Kommissionen har mot denna bakgrund dragit slutsatsen att utmaningsbara och rättvist fungerande marknader i hela ekonomin troligen kräver en holistisk och omfattande strategi, med betoning på tre pelare:

1. fortsatt kraftfull tillämpning av befintliga konkurrensregler genom att artiklarna 101 och 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (nedan kallat EUF-fördraget) utnyttjas till fullo, vid behov även interimistiska åtgärder och reparativa rättsmedel,
2. eventuell förhandsreglering för digitala plattformar, inbegripet eventuella ytterligare krav för dem som fungerar som grindvakter, och
3. ett eventuellt nytt konkurrensverktyg för att ta itu med strukturella konkurrensproblem på de olika marknaderna som inte kan hanteras på det mest effektiva sättet med nuvarande konkurrensregler (t.ex. för att förhindra marknaderna att tappa).

De strukturella problemen avser följande.

EU:s konkurrenslagstiftning förbjuder redan enligt artikel 101 FEUF konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfarande mellan företag och enligt artikel 102 FEUF ett företags missbruk av en dominerande ställning. En del strukturella konkurrensproblem ligger dock utanför räckvidden för EU:s konkurrensregler och kan inte hanteras på det mest effektiva sättet.

Strukturella konkurrensproblem kan uppstå på en rad olika sätt, men de kan grupperas i två kategorier beroende på om de är på väg att skada marknaden eller om de redan har skadat marknaden.

- Strukturella risker för konkurrensen: Vissa marknadsegenskaper (t.ex. nätverkseffekter och stordriftsfördelar, avsaknad av s.k. multihoming och inlåsnings effekter) i kombination med hur företagen som är aktiva på de marknaderna agerar kan skapa ett hot mot konkurrensen. Detta gäller särskilt marknader som riskerar att tippa. Risken finns att konkurrensen upphör genom att mäktiga marknadsaktörer skapas med en befäst marknads- och/eller grindvaktsposition. Detta skulle kunna förhindras genom att man ingriper på ett tidigt stadium. Andra scenarier i den här kategorin är till exempel icke-dominerande företags unilaterala strategier för att monopolisera en marknad genom konkurrensbegränsande metoder.
- En strukturell avsaknad av konkurrens: Vissa marknadsstrukturer leder inte till konkurrenspräglade förhållanden (dvs. ett strukturellt marknadsmisslyckande), även om företagen inte agerar konkurrensbegränsande. Till exempel kan marknader visa på systematiska misslyckanden till följd av vissa strukturella egenskaper, så som hög koncentrationsnivå och inträdeshinder, konsumenter som låses in, brist på tillgång till data eller dataackumulering. På samma sätt ökar oligopolistiska marknadsstrukturer risken för tyst samverkan, inbegripet marknader med ökad transparens till följd av algoritmbaserade tekniska lösningar, vilka blir allt mer vanliga i många sektorer.

Kommissionens tillsynserfarenheter när det gäller digitala och andra marknader, liksom kommissionens och de nationella myndigheternas diskussion kring de gällande konkurrensreglernas ändamålsenlighet, har bidragit till att kommissionen har kunnat identifiera vissa strukturella konkurrensproblem som de gällande reglerna inte kan ta itu med eller hantera på det mest effektiva sättet.

Det nya konkurrensverktyget skulle göra det möjligt för kommissionen att åtgärda brister i de gällande konkurrensreglerna och ingripa mot strukturella konkurrensproblem på olika marknader i tid och på ett effektivt sätt.

Efter att ett strukturellt konkurrensproblem har fastställts genom en noggrann marknadsundersökning, under vilken rätten till försvar respekteras till fullo, skulle det nya verktyget göra det möjligt för kommissionen att besluta om beteendemässiga, och vid behov, strukturella åtgärder. Om ingen överträdelse fastställs kommer företagen inte att åläggas några böter.

Konsekvensbedömningen för initiativet till ett eventuellt nytt konkurrensverktyg påverkar inte befintlig sektorsspecifik lagstiftning och de befintliga konkurrensverktyg som kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna i EU:s medlemsstater har tillgång till för närvarande. Den kompletterar också kommissionens parallella konsekvensbedömning avseende en plattformsspecifik förhandsreglering som är en del av paketet med rättsakten om digitala tjänster som presenterades i meddelandet "Att forma EU:s digitala framtid".

Syftet med kommissionens offentliga samråd är att samla in synpunkter från berörda parter om två aspekter.

För det första uppmanas berörda parter att lämna sina synpunkter på om det finns ett **behov** av ett nytt konkurrensverktyg för att säkerställa rättvisa och konkurrensutsatta marknader i syfte att ge europeiska konsumenter lägre priser och högre kvalitet samt mer valfrihet och innovation.

För det andra uppmanas berörda parter att bidra med synpunkter kring vilka **egenskaper** ett sådant nytt konkurrensverktyg bör ha för att kunna hantera strukturella konkurrensproblem i rätt tid och på ett effektivt sätt.

Samrådet om det nya konkurrensverktyget görs i samband med kommissionens nya initiativ om en plattformsspecifik förhandsreglering.²

Samrådet utgår ifrån kommissionens respektive inledande konsekvensanalys (inception impact assessment).

I **konsekvensanalys (1)** för ett nytt konkurrensverktyg (Ares (2020)2877634) menar kommissionen att nuvarande konkurrensregler inte på ett tillfredsställande sätt kan angripa vissa strukturella konkurrensproblem på marknaderna. Man menar vidare att vissa marknader har blivit mer koncentrerade och att det i sin tur ökar risken för otillbörlig samverkan mellan företagen, understött av de möjligheter som den digitala tekniken, och särskilt användandet av algoritmer, medför. För att möta detta har kommissionen presenterat följande alternativ till ett nytt konkurrensverktyg:

1. Ett dominansbaserat konkurrensverktyg med horisontell räckvidd
2. Ett dominansbaserat konkurrensverktyg med begränsad räckvidd
3. Ett marknadsstrukturbaserat konkurrensverktyg med horisontell räckvidd
4. Ett marknadsstrukturbaserat konkurrensverktyg med begränsad räckvidd

I **konsekvensanalys (2)** för ex ante-reglering (Ares (2020)2877647) menar kommissionen att ett begränsat antal stora onlineplattformar kan kontrollera allt viktigare plattformsekosystem i den digitala ekonomin, vilket i sin tur leder till många obalanser som påverkar konsumenter och konkurrens samt innovation. Kommissionen har därför presenterat följande alternativa policyförslag:

1. **Se över den övergripande ramen** i plattformsförordningen (EU) 2019/1150 om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster
2. **Anta en övergripande ram som ger tillsynsmyndigheterna möjlighet att samla in information från stora onlineplattformar som fungerar som grindvakter**
3. Anta ett nytt och flexibelt **förhandsregelverk** för stora onlineplattformar som fungerar som grindvakter

² Det är en del av paketet med den digitala inre marknaden som meddelades i kommunikationen "Att forma EU:s digitala framtid" i februari 2020.

3a. Förbud mot eller begränsning av vissa otillbörliga handelsmetoder av stora onlineplattformar som fungerar som grindvakter ("**svartlistade**" metoder)

3b. Antagande av **skräddarsydda åtgärder** som riktar sig till stora onlineplattformar som fungerar som grindvakter från fall till fall där det är nödvändigt och motiverat

Till konsekvensanalyserna återkommer vi nedan.

Uppdraget

Svenskt Näringsliv arbetar med ett ställningstagande och svar på förslagen från EU-kommissionen inom ramen för det offentliga samrådet kring ett nytt konkurrensverktyg samt förslagen på förhandsreglering av stora onlineplattformar inom ramen för the Digital Services Act.

Svenskt Näringsliv ska verka för goda villkor för företagande och för väl fungerande marknader där både stora och små företag kan konkurrera och växa utifrån egna meriter. Om brister i nuvarande regelverk förekommer som gör att marknaderna inte fungerar tillfredsställande kan ny reglering inte uteslutas. Samtidigt är det viktigt att eventuella nya regler inte är mer ingripande än nödvändigt, och att rättssäkerhet, förutsägbarhet och goda incitament till ett livskraftigt företagande värnas.

Svenskt Näringsliv har bett undertecknad om bistånd med en utökad juridisk analys av de föreliggande förslagen från kommissionen.

Uppdraget består av att ta fram en beskrivande och analyserande rapport innehållande fakta och argument ur ett näringslivsperspektiv i relation till de förslag på nya regler som kommissionen presenterat och som beskrivs ovan. I uppdraget ingår att resonera och argumentera kring kommissionens beskrivna problembild, de konkreta alternativ som kommissionen för fram och de konsekvenser som dessa alternativ kan leda till ur ett näringslivsperspektiv, samt eventuella andra alternativa lösningar och aspekter som inte kommissionen för fram.

I rapporten ska jämförelser med de befintliga konkurrensreglerna och relevant sektorreglering göras.

Rapporten bör inte utmynna i en samlad tydlig policyrekommendation, utan ska snarare visa på för- och nackdelar, möjligheter och risker med olika policyalternativ. Senast i detta skede bör de båda delarna (konkurrensverktyg och förhandsreglering) beskrivas och analyseras samlat.

Rapporterna

De tre särskilt utpekade rapporterna till stöd för det föreslagna paketet, främst för en förhandsreglering är:

- Furmanrapporten ”*Unlocking digital competition*” (mars 2019)
- Stiglerrapporten (juli 2019)
- Kommissionsrapporten ”*Competition policy for the digital era*” (2019)

Samtliga tre sägs vara det viktigaste underlaget och hänvisas även till av Konkurrensverket.

Furmanrapporten ”*unlocking digital competition*”³

Slutsatserna i rapporten är följande.

1. Digitala ekonomin skapar stora mervärden.
2. Tippade marknader ger en vinnare
3. Koncentrationen i digitala marknader kan leda till höga kostnader
4. Det kan krävas regleringar, eftersom marknaden inte klarar av detta själv
5. Regleringar har ändå sina begränsningar

Rapporten innehåller många förslag på olika nivåer. Här är ett axplock av några idéer.

- Att en enhet inrättas som utformar en *Code of conduct* inom området för att upprätthålla konkurrens på digitala plattformar som utgår från ett visst antal kärnprinciper. På så vis blir det mindre ad-hoc baserad rättstillämpning, eftersom domar rörande skadliga konkurrenseffekter är svåra att tillämpa utöver det specifika fallet.
- Större mobilitet av persondata och system för öppna standarder samt datadelning
- Mer förvärvskontrollingripanden och att policyn för förvärvskontrollen uppdateras. Förvärvskontrollen avseende digitala plattformar behöver förändras – potentiell skada för konsumentvälfärden eller hämmande innovation ska vara central för att förbjuda förvärv snarare än ett regelverk byggt på omsättningströsklar.
- Konkurrensmyndigheter ska genom lagändringar tillåtas göra en sannolikhetsbedömning av potentiella skador och balansera detta mot intresset av att låta marknaden styra sig själv. ”*The tools and frameworks within existing antitrust law are appropriate – and where they have limitations, a **pro competition approach will provide better solutions**. The key weaknesses of antitrust in digital markets are instead that it has **been used very infrequently and cases have moved too slowly**”*
- Existerande konkurrenstillämpningen är för långsam, besvärlig och oförutsägbar, vilket är särskilt problematiskt i snabbt förändrade marknader. Konkurrensmyndigheters verktyg ska uppdateras och effektiviseras så att de får en allt mer betydelsefull roll i att främja konkurrens bland digitala plattformar. Det kan enligt rapporten uppnås med att konkurrensmyndigheter får större befogenhet att fatta beslut på egen hand.⁴
- Mer tillämpning av interimistiska åtgärder vid överträdelser av förbudet mot dominansmissbruk.

³https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

⁴ Här kan noteras att det i en departementspromemoria, Ds 2020:3, nyligen föreslagits att Konkurrensverket ska få fatta beslut om konkurrensskadeavgift. Remisstiden har gått ut och förslaget bereds för närvarande i Regeringskansliet.

- Koordinerade åtgärder i länderna genom samverkan för att uppnå en enhetlig metod för hantering av konkurrensproblem på internationella digitala marknader. Konkurrensmyndigheter bör även samarbeta internationellt. (jfr Vestager och behovet av koordinering EU-USA sommaren 2020)

Stiglerreporten⁵

Stiglerreporten är en omfattande rapport som redogör för hur digitala plattformar påverkar det moderna samhället. En av kommitténs fyra underkommittéer undersökte just konkurrensfrågor avseende digitala plattformar.⁶ Här konstateras att dagens konkurrensregler är otidsenliga och bygger på en tidigare era av ekonomisk teori.

Rapporten ger därför exempel på konkreta åtgärder som bör göras avseende konkurrensrättens reglering av digitala plattformar för att kunna öka konkurrensen till gagn för konsumenterna. Här är några exempel:

- Formandet av en särskild digital myndighet (jfr Furmanrapporten ovan om en särskild "enhet"). Huvuduppgiften ska vara att samla in data avseende digitala transaktioner och interaktioner, främst med fokus på digitala plattformar med marknadsmakt (s.k. *bottleneck-power*), som forskare och lagstiftare kan använda för att utvärdera konkurrensförhållanden i den digitala sektorn. Myndigheten skulle också ha en parallell förvärvskontroll som är mer omfattande och ska möjliggöra förvärvskontroll av mindre transaktioner om de kan visa sig vara viktiga för konsumentintresset.
- En omvänd bevisbörda – koncentrationsparter ska visa att en koncentration gynnar konkurrensen för att den ska vara tillåten. Rapporten menar att en sådan omvänd bevisbörda bättre avspeglar moderna uppfattningar om marknadsbeteende. En omvänd bevisbörda effektiviserar förvärvskontrollprocessen eftersom koncentrationsparter har starka incitament att snabbt ta fram rätt information för att koncentrationen ska tillåtas.
- Behovet av en mer framåtsyftande reglering. En förhandsreglering behövs för att sänka inträdeshinder och för att skydda mot beteenden som verkar exkluderande på marknader för digitala plattformar.⁷
- Inrättandet av en särskild konkurrensdomstol för digitala ärenden. Det skulle stärka domarnas expertiskunskap inom området.

"Competition Policy for the digital era"⁸

Den rubricerade rapporten är en kommissionsrapport, ledd av EU-kommissionär Margarethe Vestager, med vinkeln att befintliga konkurrensregler primärt ska styra evolutionen av digitala plattformar. Här är några exempel på förslag i kommissionsrapporten:

- Företagsförvärv är problematiska om de leder till "*early elimination of potential rivals*".

⁵Stigler committe on digital platforms. <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>

⁶ Rapporten s. 23 ff.

⁷ Rapporten s. 114 f.

⁸ <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

- Plattformar som ägnar sig åt hävstångsstrategier och att ge egna produkter och tjänster fördelar (*self-preferencing*) bör analyseras för de kan vara skadliga

Bevisbördan och relevant marknad

I rapporten föreslås att man ska placera bevisbördan på plattformsdominanten för att en begränsning medför konsumentnytta

“Therefore, we believe that even where consumer harm cannot be precisely measured, strategies employed by dominant platforms aimed at reducing the competitive pressure they face should be forbidden in the absence of clearly documented consumer welfare gains.”

“We argue that, in digital markets, we should put less emphasis on analysis of market definition, and more emphasis on theories of harm and identification of anti-competitive strategies.”⁹

Bästa pris (MFN)

I rapporten sägs också att alla typer av klausuler med *Most favoured nation* (MFN) klausuler kan vara skadliga beroende på konkurrenstrycket¹⁰

However, because of very strong network externalities (especially in multi-sided platforms), incumbency advantage is important and strict scrutiny is appropriate. We believe that any practice aimed at protecting the investment of a dominant platform should be minimal and well targeted.

If competition between platforms is sufficiently vigorous, it could be sufficient to forbid clauses that prevent sellers on a platform from price differentiating between platforms (i.e. a ban of “wide” MFNs) while still allowing clauses preventing the seller from offering lower prices on its own website (“narrow” MFNs). If competition between platforms is weak, then pressure on the dominant platforms can only come from other sales channels (e.g. in the case of hotel booking platforms, direct sales by hotels on their own websites) and it would be appropriate to also prevent “narrow” MFNs.¹¹

Konkurrensrätt kontra offentliga regleringar

Konkurrenspolitiken innehåller fyra delar. Det är konkurrensrätt, offentliga regleringar (sektorsregleringar), statsstöd och offentlig upphandling.

I rapporten beskrivs konkurrensrättens förhållande till offentliga regleringar. Där sägs att konkurrensrätten först och främst har utformats för att kunna hantera marknader som genomgår konstant förändring.

Vidare ställs man inte nödvändigtvis inför ett val mellan konkurrenslagstiftning och marknadsreglering. De bör snarare ses som två kompletterande verktyg som kan stötta varandra.

⁹ Rapporten s. 3.

¹⁰ Jfr Patent- och marknadsöverdomstolen i Booking, Visita, dom den 9 maj 2019 i PMT 7779-18.

¹¹ Rapporten s. 5 och 57.

Sist men inte minst formar det konkurrensrättsliga regelverket, i synnerhet reglerna avseende missbruk av dominerande ställning i artikel 102, en användbar grund för annan reglering. En sådan typisk konkurrensrättslig analys som artikel 102 utgår ifrån, där marknadsundersökningar utgör grunden för den konkurrensrättsliga bedömningen, kan vara ett viktigt verktyg för att omstrukturera regleringen av den digitala ekonomin. Konkurrensrättens analysmetoder ger samtidigt nyttig vägledning för byråer, lagstiftaren själv och den offentliga debatten.

Förhandsreglering av digitala marknader

Lagstiftning ska vara generell till sin karaktär och inte inriktad mot ett specifikt företag. BIG TECH-bolagen är olika, har sin egen historik och helt olika affärsmodeller och verkar på olika marknader även om de också möts och delvis konkurrerar med varandra. Något bolag är till sin karaktär ett riktigt plattformsbolag och kan agera som grindvakt, medan andra hanterar data och kundinformation på ett sätt som kritiserats. Det utgör en svårighet vid en reglering av digitala plattformar att bolagens affärsmodeller ser olika ut, vilket gör att deras incitamentsstrukturer ser lite olika ut.¹² Kommissionen har inte tagit upp denna aspekt i sin konsekvensanalys av en förhandsreglering.

En reglering av digitala plattformar kan alltså behöva utformas olika beroende på vilken affärsmodell de använder sig av, eftersom det är avgörande för vilket "ekosystem" plattform kan kategoriseras inom. *Ad-funded platforms* (Youtube, Google etc.) skiljer sig mycket från *device-funded platforms* såsom t.ex. Apple där konsumenten betalar en avgift för en mobilenhet och sedan för att få tillgång till saker som appar. *Device-funded platforms* ger högre kvalitet på produkten, vilket innebär att ett högre pris kan tas ut på produkten (stark koppling mellan intäkter och kvalitet). *Ad-funded platforms* har inte lika stark koppling mellan intäkter och kvalitet på plattformen. Det sägs inte vara hållbart att utvinna intäkter till följd av högre kvalitet på plattformen med hjälp av utökad reklam på plattformen.¹³

Kommissionens tre kriterier för förhandsreglering¹⁴

Kommissionen har publicerat riktlinjer för förhandsregleringar av marknader inom elektronisk kommunikation. Det handlar om tre kriterier enligt kommissionen. Det gäller:

1. Förekomsten av stora och varaktiga hinder för marknadstillträde
2. En undersökning av konkurrenssituationen bakom hindret för marknadstillträdet har genomförts
3. Enbart tillämpning av konkurrenslagstiftning inte i tillräcklig grad skulle avhjälpa de aktuella bristerna på marknaden

¹² <https://voxeu.org/article/designing-regulation-digital-platforms>

¹³ <https://voxeu.org/article/designing-regulation-digital-platforms>

¹⁴ Kommissionens rekommendation av den 17 december 2007 om relevanta produkt- och tjänstemarknader inom området elektronisk kommunikation vilka kan komma i fråga för förhandsreglering enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster, skäl 5.

Regelutredningen¹⁵

Det finns inga entydiga svar på frågan om vilka marknader som lämpligen bör regleras men resultaten från ekonomisk forskning kan ge en uppfattning om riktningen eller åtminstone tala om vad som är mindre lämpliga sätt att reglera olika marknader på. Viktiga frågor som bör besvaras, och som diskuteras i det följande, är:

- Vilka avvägningar ska göras på kort och på lång sikt?
- Vilka delar av marknaden ska regleras och på vilket sätt?
- Bör det finnas sektorsspecifika regleringar eller tillgodoser generella konkurrensregler behovet?
- Bör det finnas inslag av båda?

Utgångspunkten för val av reglering är de mål som riksdag och regering fastställer för marknaden. På de olika marknaderna finns normalt sett flera olika **mål** som ska uppfyllas. Dessa kan dock delvis komma i konflikt med varandra. Det kan också finnas en avvägning mellan kortsiktig (statisk) och långsiktig (dynamisk) effektivitet:

- Hur kan man säkerställa ett effektivt nyttjande av existerande infrastruktur och tjänster (statisk effektivitet)?
- Hur kan man säkerställa optimala incitament att investera i ny infrastruktur och tjänsteutveckling (dynamisk effektivitet)?

Det finns en tendens att politiker ofta favoriserar kortsiktig effektivitet framför långsiktig effektivitet. Beslutet kan dock inte fattas oavhängigt, eftersom låga priser i dag och generösa villkor för tillträde till konkurrenters infrastruktur kan ge minskade incitament till framtida investeringar (det behöver dock inte vara så). Kortsiktiga ingripanden i syfte att skapa konkurrens kan således påverka den långsiktiga effektiviteten. Vidare tenderar kortsiktiga mål att hindra en effektiv konkurrens i infrastrukturen, ge rum för ineffektiva företag samt cementera marknadsstruktur och regleringsregim. Innovationstakten kan också påverkas negativt av en kortsiktig politik.

Regleringar av nätverksindustrier – speciella problem

Nätverksmarknader ställer speciella krav på regleringen som inte gäller på andra marknader. Nätverkseffekter i kombination med skalfördelar i produktionen leder till koncentrerade marknader med risk för att dominerande företag utövar marknadsmakt, inte minst när någon eller ett par av dem kontrollerar en flaskhals.

Även om konkurrenssnedvridande åtgärder från företagets sida saknas, tenderar förekomsten av nätverkseffekter att leda till koncentrerade marknader. Orsaken är att individer föredrar större nätverk framför mindre, eftersom det ger dem högre nytta. Förekomsten av nätverkseffekter leder således till en naturlig jämvikt där företagets marknadsandelar och vinster är ojämnt fördelade. Detta gäller speciellt om samma tjänst erbjuds genom olika och icke-kompatibla teknologier. I sådana fall bidrar tillkomsten av nya företag successivt allt mindre till förändringar i priser, kvantitet och vinster hos de dominerande företagen, liksom i konsumentöverskottet för konsumenterna.

¹⁵ SOU 2005:4 s. 665 ff.

Regleringar som syftar till att minska etableringshinder för att stimulera konkurrens från nya företag riskerar därmed att inte ha någon effekt. Det betyder däremot inte att konkurrens saknas. I detta fall kan det ses som att konkurrensen sker **om** marknaden ("winner takes it all") snarare än inom marknaden. Konkurrensen om marknaden kan vara väl så hård även om det resulterar i koncentrerade marknader. Det kan därför vara meningslöst att tvinga fram marknadsstrukturer där företagen har t.ex. lika stora marknadsandelar.

En effektiv resursallokering på nätverksmarknader kan i stället uppnås genom att uppmuntra till kompatibilitet och icke-propriära erbjudanden, eftersom detta bidrar till att nätverkseffekterna inte blir leverantörsavhängiga. Detta ökar konsumentöverskottet och den totala välfärden. Kompatibilitet ökar utrymmet för nya företag att etablera sig på marknaden och motverkar den naturliga jämvikten mot ojämnt fördelade marknadsandelar.

Marknader med nätverkseffekter tenderar att expandera mycket snabbare än andra marknader när den kritiska massan väl är nådd, vilket är en naturlig följd av nätverkseffekter. Tidiga åtgärder som syftar till att få igång marknader är således speciellt effektiva. Kombinationen av nätverkseffekter och snabb teknologisk utveckling medför å andra sidan att man bör vara särskilt försiktig med vilka ingrepp som görs på marknaden. Det är oftast mycket svårt att förutse framtidens teknik, och det är därför också vanskligt att veta hur marknaden skulle ha utvecklats utan ingrepp. I teknikintensiva branscher brukar dessutom omväxlingarna vara stora, där vissa produkter och företag ersätts av helt andra. Därför finns det mycket som talar för att ingrepp bör ske endast om effekterna av en konkurrensbegränsning med stor grad av säkerhet motverkas eller om det är lätt att förutse dess effekter.

Sektorsspecifika regleringar kontra generella konkurrensregler

En liberalisering innebär i de flesta fall att en sektorsspecifik lagstiftning avskaffas, förändras eller införs, vilket med andra ord innebär att det regelverk som är specifikt för branschen förändras. Därutöver finns den allmänna konkurrenslagstiftningen.

Konkurrenslagstiftningens syfte är att begränsa uppkomsten av skadlig marknadsakt och att motverka att den utövas på ett skadligt sätt. Dess huvuduppgift är i huvudsak att bevara konkurrens (inte skapa), t.ex. genom att förhindra förvärv som skulle begränsa konkurrensen. Lagen kan exempelvis inte användas för att skapa konkurrens genom att bryta upp existerande företag. Konkurrenslagen kan därför i vissa fall ses som ett komplement till den sektorsspecifika lagstiftningen, där den förstnämnda kan täppa igen kryphål i den senare.

I vissa speciella situationer kan konkurrenslagen användas för att ge konkurrenter tillträde till infrastruktur av flaskhalskaraktär och därmed direkt skapa konkurrens. Det gäller när dessa kan kategoriseras som s.k. oumbärliga resurser (*essential facilities*). Mer typiskt är att konkurrenslagen kan användas för att stävja underprissättning och andra åtgärder som ett dominerande företag kan vidta för att begränsa eller eliminera konkurrensen. Indirekt kan detta bidra till att skapa konkurrens genom att utmanare ges bättre förutsättningar att verka på marknaden. Det är svårt att se några direkta typfall där en digital plattform eller en ansamling data, eller *big data*, konkurrensrättsligt skulle nå upp till kraven på vad som utgör

en nödvändig nyttighet (jfr *Bronner*-kriterierna i EU-domstolspraxis).¹⁶ Därmed blir det svårt att på konkurrensrättslig grund påstå att det vore dominansmissbruk att inte dela med sig av data.

När det gäller missbruk av dominerande ställning verkar lagen *ex post*. Konkurrenslagen är också baserad på sanktioner. Av dessa skäl måste ärenden ofta avgöras i domstol, varför tillämpningen av lagen blir förhållandevis långsam. Exempelvis behöver en konkurrensrättslig process om missbruk fastställa att det föreligger dominans för företaget avseende den i fallet aktuella varorna eller tjänsterna. Särslagstiftning verkar däremot i större utsträckning *ex ante* och tillämpas på ett mer "mekaniserat" sätt. Tillämpningen av särslagstiftningen kan därför bli snabbare. I telekom-regleringen är motsvarigheten till dominans, SMP-status, fastställd på förhand.

En dominerande ställning kan växa fram av olika orsaker, exempelvis genom patent, tekniska framsteg, legala skäl eller av den orsaken att verksamheten är ett naturligt monopol. Konkurrenslagstiftningen baseras emellertid på en insikt att det finns ett växelspel mellan monopol och konkurrens. Man ingriper därför inte mot företag som erövrat en marknadsdominerande ställning, utan endast mot missbruk av en sådan.

Nedan följer en analys av hur dessa aspekter påverkar bedömningen av EU-kommissionens förslag.

¹⁶ <https://globalcompetitionreview.com/big-data-not-typical-essential-facility-ezrachi-says>

Ett nytt konkurrensverktyg

Denna schematiska skiss är inte fullständig men ger en bild av de fyra alternativa förslagen.

	Företag	Räckvidd	Målgrupp	Syfte
1	Dominerande	Horisontell räckvidd	Alla sektorer	Hindra utestängning av konkurrenter eller höjning av deras kostnader
2	Dominerande	Begränsad räckvidd	Problemsektorer Problem på digitaliserade marknader med hänvisning till rapporterna	
3	Alla	Horisontell räckvidd	Tippingmarknader och oligopolistiska marknader	Förhindra att marknader tippar
4	Alla	Begränsad räckvidd	Digitala tippingmarknader och oligopolistiska marknader	

Samtliga fyra alternativ gäller utan att man konstaterat någon överträdelse av artiklarna 101 eller 102 FEUF. Det ska heller inte utgå några böter eller andra sanktioner. De beskrivs som alternativ 1-4.

Alternativ 1 är ett dominansbaserat konkurrensverktyg med horisontell räckvidd.

Alternativ 2 är ett dominansbaserat konkurrensverktyg med begränsad räckvidd.

Alternativ 3 är ett marknadsstrukturbaserat konkurrensverktyg med horisontell räckvidd.

Det här verktyget skulle vara baserat på att testa eller en marknadsundersökning som kan motivera eventuella ingripanden från kommissionens håll. Detta skulle i hög utsträckning påminna om redan befintliga konkurrensverktyg av denna typ. Syftet med denna undersökning är att utreda huruvida det finns strukturella risker för sund konkurrens eller brist på sådan som inte överensstämmer med den inre marknadens ändamål. Verktöget skulle ge kommissionen befogenhet att införa åtgärder i syfte att förändra marknadsaktörers beteende och, vid allvarigare fall, strukturella åtgärder. Kommissionen ges vidare möjlighet att rekommendera lagstiftning på berörda marknader.

Alternativ 4 är ett marknadsstrukturbaserat konkurrensverktyg med begränsad räckvidd.

Detta alternativ skulle på ett liknande sätt ta sikte på strukturella konkurrensproblem. Detta konkurrensverktyg har dock ett mer begränsat användningsområde. Det skulle endast vara tillämpligt inom sektorer där strukturell konkurrensproblematik är som mest framträdande, t.ex. inom vissa typer av digitala marknader. Vilka sektorer som ska träffas av verktygets räckvidd kan identifieras genom de ovan nämnda rapporterna och genom användandet av typiska indikatorer för strukturella konkurrensproblem såsom en stark dominerande ställning, höga inträdeshinder m.m.

I fråga om syftet sägs även följande. Vid en konsekvensanalys av de ovan presenterade policyalternativen, kommer stor tyngd läggas vid huruvida verktyget kan förväntas tillföra

något nytt i kommissionens befintliga konkurrensrättsliga verktygslåda. Kommissionen kommer även använda sig av den närliggande konsekvensbedömning ledd av DG CNECT som refereras till i denna konsekvensanalys under rubriken "*Problem the initiative aims to tackle*". Detta sker för att skapa större synergieffekter med närliggande områden och säkerställa enhetlighet i de olika policyalternativen, framförallt vad gäller kommissionens möjligheter till ingripanden.

"Likely economic impact" (konsekvensanalysen)

Jämfört med hur det konkurrensrättsliga regelverket ser ut idag, skulle alla alternativ få ekonomiska konsekvenser, trots deras varierande förmåga att möta de olika identifierade problemen. Samtliga policyalternativen skulle i olika grad möta de negativa konsekvenserna på konkurrensen av högre priser, sämre valmöjligheter, försämringar i kvalitet och innovation.

Alternativ 1 och 2 är dominansbaserade verktyg och tar bara itu med dominanter. Ingripandeåtgärderna skulle därav främst fokusera på stora marknadsaktörers ansvar för att bibehålla en sund konkurrens i förhållande till deras storlek och att skapa bättre förutsättningar för mindre marknadsaktörer att växa och konkurrera på samma villkor som dominerande marknadsaktörer. Det medför att ett utredande av företagets dominerande ställning blir central. Det kan bli utmanande för kommissionen att fastställa vid de olika stegen för ingripandet.

Alternativ 3 och 4 är marknadsstrukturbaserade konkurrensverktyg och identifierar således strukturella konkurrensproblem. Verktuget blir inte knutet till dominans utan kan ändå tillämpas på marknader där det finns strukturella konkurrensproblem (t.ex. marknader som riskerar att "tippa" och oligopolmarknader). Möjligheten till ingripanden och åtgärder blir dock mycket lika oavsett alternativ, eftersom ingen av dem förutsätter en överträdelse eller ett bötesåläggande. Alla alternativ skulle vidare ge kommissionen möjlighet att införa särskilda skyldigheter för företag att följa åläggandet. En följd av detta blir naturligtvis ökade kostnader för företagen som får åtgärder riktade mot sig. Proportionaliteten för dessa kostnader försäkras av att åtgärderna måste begränsa sig till att åstadkomma en sund konkurrens under granskningsperioden. De konsument fördelar som kan härledas från dessa åtgärder bör vidare anses väga tyngre än de ökade kostnaderna för företagen.

Den begränsade räckvidden av ett nytt konkurrensverktyg som presenteras i alternativ 2 och 4 skulle begränsa kommissionens möjligheter till att ingripa marknadssektorer där strukturella konkurrensproblem är som mest framträdande. Även om de allra flesta strukturella konkurrensproblem förknippas med digitala marknader, bör även användningsområdet för verktyget övervägas även vid på andra marknader. Vid användandet av alternativ 2 och 4 (begränsad räckvidd) är det av stor vikt att på ett försiktigt och genomtänkt sätt begränsa verktygets användningsområde. Man bör framförallt ha i åtanke att i) hela ekonomisektorn blir allt mer digitaliserad och alla marknadstyper kommer om några år framöver vara till stor del digitala och ii) oavsett lösning bör den vara långsiktig, att introducera osäkerhet i tillämpningsområdet för ett verktyg som tar sikte på nyuppkomna problem i marknader som präglas av ständig utveckling bör därför undvikas.

Alternativ 1 och 3 tillämpningsområde skulle sträcka sig till alla marknader, på samma sätt som artiklarna 101 och 102 FEUF.

Google-ärendena

Var står vi idag i konkurrenstillämpningen i världen och inom EU? Tre mycket principiella mål pågår för närvarande i Tribunalen. Det gäller överprövning av tre kommissionsbeslut mot Google. Det gäller följande.

Google Shopping - 2017 utdömde kommissionen böter på 2,42 miljarder euro för missbruk av sin dominerande marknadsställning när det gäller sökmotorer. Google gav fördelar i jämförelserna åt sin egen shoppingtjänst så den kom högre upp i sökresultaten än konkurrenterna. Det förenades med att åläggande att upphöra med förfarandet inom 90 dagar.

Google Android - 2018 utdömde kommissionen böter på 4,34 miljarder euro för hur Google använde Android för att stärka Googles ställning. Det förenades också med att åläggande att upphöra med förfarandet.

Google Ad Sense – 2019 bötfällde EU-kommissionen Google med 1,49 miljarder euro för att ha minskat valmöjligheterna genom att hindra tredje parts webbsajter från att visa sökannonser från Googles konkurrenter.

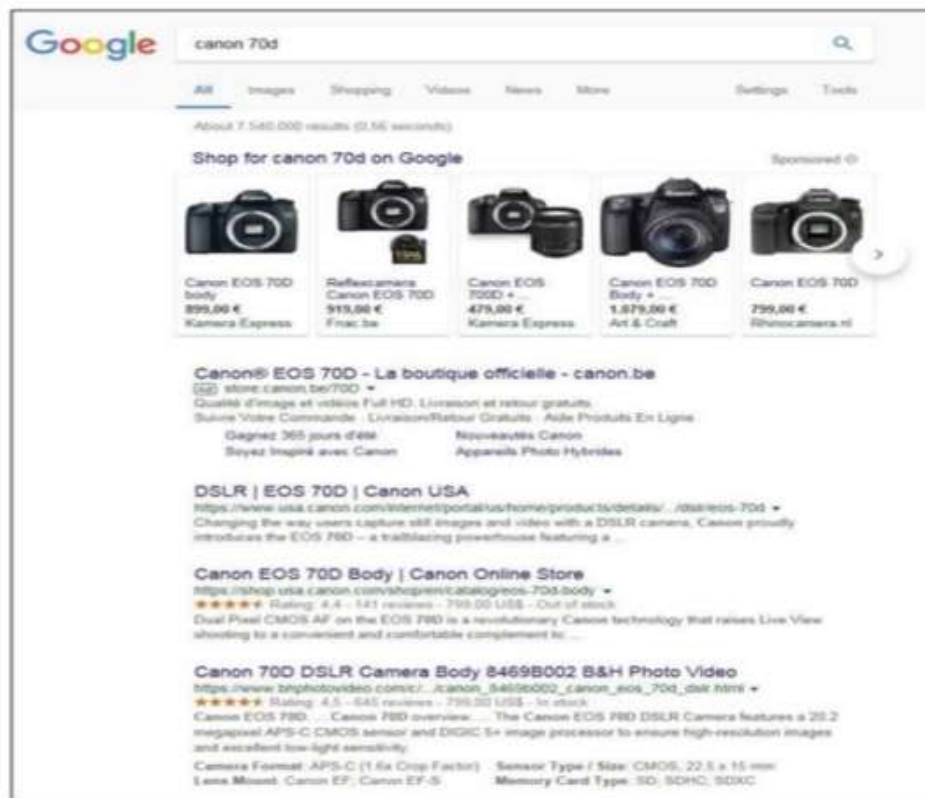
I tabellen nedan framgår att utredningarna var parallella och tog mycket lång tid.

Beslut kommissionen	Utredning startade	Statement of Objections	Böter Euro	Period överträdelse	Åläggande
Google Shopping 27 juni 2017 AT.39740	2010	April 2015 Juli 2016	2 424 495 000	Jan 2008 – till beslutet	Ja
Google Android 18 juli 2018 AT.40099	2015 (klagomål dock 2013)	April 2016	4 342 865 000	Jan 2011 – till beslutet	Ja
Google Adsense 20 mars 2019 AT.40411	2010	Juli 2016	1 494 459 000	2006 – juli 2016	Nej
Totalt			8 261 819 000		

Google Shopping

Här beskrivs kommissionens beslut angående Google Shopping lite utförligare. Google gynnade sin egen prisjämförelsetjänst genom att ge den en framträdande placering. När en konsument gjorde en sökning med Googles sökmotor, som Googles prisjämförelsetjänst vill visa resultat för, hamnade dessa resultat överst eller nära toppen på listan över träffar. Google nedprioriterade samtidigt konkurrerande prisjämförelsetjänster i sökresultaten. Konkurrerande prisjämförelsetjänster dök upp i Googles sökresultat på grundval av

företagets generiska sökalgoritmer. Google tog med ett antal kriterier i den algoritmen, som innebar att konkurrerande prisjämförelsetjänster nedprioriterades. Det kunde bevisas att till och med de högst rankade konkurrerande tjänsterna i allmänhet dök upp först på sidan fyra i Googles sökresultat, och andra ännu längre ned. Googles egen prisjämförelsetjänst omfattades inte av Googles generiska sökalgoritmer och inte heller av sådan nedprioritering.



Googles beteende hade en betydande påverkan på konkurrensen mellan Googles egen prisjämförelsetjänst och konkurrenterna. Googles prisjämförelsetjänst kunde kapa åt sig stora delar av trafiken på konkurrenternas bekostnad och till nackdel för EU:s konsumenter. Till följd av Googles agerande ökade trafiken kring Googles prisjämförelsetjänst avsevärt, medan konkurrenterna led stora, permanenta förluster i sin trafik. Sedan missbruket började hade trafiken på Googles prisjämförelsetjänst ökat 45 gånger i Storbritannien, 35 gånger i Tyskland, 19 gånger i Frankrike, 29 gånger i Nederländerna, 17 gånger i Spanien och 14 gånger i Italien.

Detta ansåg kommissionen utgöra dominansmissbruk genom s.k. *self-preferencing* och bötfällde bolaget.

Google har överklagat och yrkar nu i Tribunalen att Kommissionens beslut undanröjs, alternativt att böterna sätts ner och anser att det är fel att Google/s

- favoriserat Shopping genom att visa grupperade produktgrupper och produktannonser

- agerande lett till en omdirigering av söktrafiken och att det skulle vara sannolikt att det har konkurrenshämmande effekter. Agerandet innebar istället kvalitetsförbättringar som utgör pris- och prestationskonkurrens

Flera klagandebolag har intervenerat på kommissionens sida i domstolen. Muntlig förhandling hölls i tre dagar den 12-14 februari 2020. Besked saknas fortfarande från Tribunalen om när dom kommer att meddelas.

Kritik mot förslaget

Kritiker menar att de konkurrensproblem som kommissionen lyfter fram i själva verket inte är konkurrensproblem. ”*Tipping markets*” är, säger man, ett resultat av ökat värde som konsumenter orsakar p.g.a. nätverkseffekter (när nyttan ökar desto fler som använder produkten). Att förhindra sådana marknader menar man t.o.m. skulle vara till skada för konsumenterna. Man menar vidare på att ett strukturbaserat konkurrensverktyg inte är motiverat eftersom ett icke dominerande företag inte har tillräcklig marknadsandel för att skapa konkurrenshämmande effekter.¹⁷

Vissa påpekar att marknaden för applikationer blomstrar ekonomiskt och skapar miljontals arbetstillfällen och visar på hög konkurrens och hög efterfrågan som gynnar konsumenter. Det är därför viktigt med en genomtänkt bedömning av strukturella konkurrensproblem innan eventuella lösningar till dessa problem presenteras. Man delar i stort kommissionens målsättningar med initiativet men finner att fler undersökningar av huvudproblemen är ett måste. Man kritiserar starkt det föreslagna konkurrensverktyget. Att intervensera i en marknad utan ett krav på en överträdelse av artikel 102 kan skada redan konkurrenskraftiga marknader eller förhindra begynnande marknader från att forma ett framgångsrikt ekosystem, såsom t.ex. marknaden för appar.¹⁸

Google och Apple kritiserar kommissionens förslag och menar att det innehåller ett stort mått av godtycke. Facebook är helt emot förslaget och har en lång lista med frågetecken kring det nya konkurrensverktyget.

Chefen för Frankrikes konkurrensmyndighet (Isabelle De Silva) betonar att länder som har ett liknande konkurrensverktyg har visat att det kan bota viss konkurrensproblematik. Hon menar dock på att det krävs en ordentlig rättslig översikt kring vad regleringen skulle innebära utifrån ett maktfördelningsperspektiv och en generell avvägning mellan för och nackdelar med en sådan reglering. Hon förespråkar bl.a. en EU-autonom definition på vad som utgör en ”*tipped market*” för att skapa mer rättssäkerhet. Definitionen skulle t.ex. kunna baseras på en marknad där det finns få möjligheter att utmana en dominant marknadsaktör, höga inträdeshinder eller ett område med sämre fungerande konkurrens.¹⁹

¹⁷ CCIA, https://res.cloudinary.com/gcr-usa/image/upload/v1594049620/090166e5d0f37b24_1_stoojd.pdf

¹⁸ https://res.cloudinary.com/gcr-usa/image/upload/v1594049529/090166e5d0eca432_1_dge8vg.pdf

¹⁹ <https://app.parr-global.com/intelligence/view/prime-3053067>

Sammanfattande analys

Analys av förslaget om förhandsreglering

Några akademiker argumenterar för att procedur- och organisationsändringar inom nationella konkurrensmyndigheter och skiftande av bevisbördor inte kan lösa det faktum att konkurrensanalyser blir ad-hoc baserade. Kompletterande förhandsregleringar behövs därför för att i större grad kunna tillgodose ändamålen EU:s ändamål med den inre marknaden – en marknad präglad av rättvisa och utformad till fördel för konsumenterna.²⁰

Finska organisationen för näringsliv ställer sig generellt positiv till EU-kommissionens förslag kring åtgärderna kring digitala marknader men menar dock att en förhandsreglering kan få negativa konsekvenser och skada EU:s affärsrelationer med USA och Kina eftersom många av "digitaljättarna" som träffas av regleringen har sitt huvudkontor i dessa länder. Man menar även på regleringen kan medföra att EU-baserade plattformar får svårt att överleva till följd av den börda som regleringen kan komma att innebära (mer tid och resurser krävs hos företagen). På så vis kan förslaget kritiseras ur ett näringslivsperspektiv.²¹

För egen del anser jag att kommissionens förslag i sig är ett lovligt försök att åstadkomma en förbättring på ett brådskande och angeläget område där digitaliseringen förändrar och utvecklar marknaderna mycket snabbt. Långa utredningstider är problematiskt.

En förhandsreglering kan vara ett sätt om missbruksförbudet är otillräckligt i fråga om digitala plattformar som agerar som grindvakter. Det är viktigt att tydligt definiera vad som är en grindvakt, så företagen kan identifiera om de faller inom reglerna eller inte. Observera att det har publicerats en artikel som kritiserar användningen av termen plattformsbolag på de som egentligen ska anses vara aggregatorer och där slutsatsen dras att Google, Facebook och Amazon inte mer än delvis är plattformar utan istället s.k. aggregatorer²² (jfr Konkurrensverkets beslut den 7 juli 2020 där gymaggregatorn Bruce åtog sig att sluta tillämpa exklusivitetsklausuler mot träningsanläggningar²³).

En förhandsreglering av digitala marknader kan vara en väg att gå, förutsatt att den sker på ett sådant sätt att den tar hand om alla problem som behöver hanteras vid en sådan reglering. Nya regleringar – såsom en förhandsreglering - måste dock leva upp till normala krav för en ingripande och ny offentlig reglering av näringsverksamhet. När det gäller marknader som kännetecknas av nätverkseffekter är detta extra viktigt, eftersom det enligt ekonomisk forskning är särskilt svårt att lyckas med regleringar på sådana marknader.

Det kan också vara svårt att avgränsa digitala marknader, det gör sig inte så lätt t.ex. som andra marknader i SNI-koder.

²⁰ <https://theplatformlaw.blog/2020/05/07/why-is-ex-ante-regulation-of-systemic-online-platforms-needed-on-top-of-competition-law/>

²¹ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers/F525499>

²² Facebooks sociala nätverk och Amazons shoppingsajt är inte plattformar, medan Google Android och Facebooks affärsverktyg är det enligt artikeln. Se Journal of antitrust Law, <https://leconcurrentialiste.com/not-platforms/>

²³ Konkurrensverkets dnr 572/2019.

Kopplat till en förhandsreglering så kan t.ex. vissa beteenden svartlistas.

Man kan även notera att E-komregleringen inom EU (med förhandsreglering av företag med s.k. *Significant Market Power* (SMP) i sammanhanget får anses som lyckad, inte minst för konsumenterna. Det har underlättat roaming inom EU till lägre priser, nummerportabilitet, lägre samtrafikavgifter etc.

Analys av förslaget till nytt konkurrensverktyg

Kommissionen menar att plattformarna gynnar sig själva (t.ex. genom self-preferencing och hävstångsbeteende).

En grundläggande fråga är varför konkurrenslagstiftningen inte anses räcka till, när kommissionen bl.a. har utdömt höga böter mot Google i tre fall och i två av dessa tvingat Google att ändra sig. En möjlighet vore att avvakta domstolsprövningen i ärendet om Google Shopping. Målet handlar just om *self-preferencing*, som är ett utpekat problemområde. Kommissionens underliggande tanke förefaller primärt handla om att de klassiska förbuden inte räcker till. Det kan också ta flera år innan alla tre målen mot Google (Shopping, Android och AdSense) kommer vara slutligt avgjorda i EU-domstolen.

Man kan fråga sig varför inte kommissionen använder verktyget med interimistiska åtgärder oftare, eftersom det är tänkt att användas för att snabbt rätta till beteenden på marknaden. Förklaringen kan möjligen vara att det inte är fråga om tillräckligt tydliga överträdelse av förbudet mot missbruk av en dominerande ställning för att det ska hålla vid en domstolsprövning. Å andra sidan är förbudet inte utformat så att det innefattar en uttömmande lista på etablerade missbruk, utan är öppet för nya typer av missbruk än de redan etablerade formerna. Men utvecklingen av rättspraxis är långsam i sammanhanget och beviskraven mycket höga på kommissionens utredningar, inte minst vad gäller att företaget är dominerande på en relevant marknad. Detta bidrar till att utredningarna blir så omfattande och långa. Detsamma gäller i Sverige beträffande Konkurrensverkets utredningar.

Kommissionens förslag är omfattande och ingripande för alla digitala marknader, men i någon del (konkurrensverktyg, alternativ 3 framförallt) även för hela samhällsekonomin och näringslivsklimatet. Här finns inga begränsningar till digitala marknader. Förslagen som riktar sig mot digitala marknader beaktar inte heller att stora digitala företag har helt olika affärsmodeller. Förslagen innebär att kommissionen kan fatta beslut om både beteendeåtgärder och strukturella åtgärder. Strukturella åtgärder skulle t.ex. kunna innebära att krav kan ställas på att hela verksamhetsgrenar inom ett företag ska avyttras. Det är mycket ingripande, särskilt eftersom det inte ens förutsätter att företaget överträtt de konkurrensrättsliga förbuden.

Kommissionen pekar också på risken för att plattformarna koordinerar sig. Det aktualiserar kartellförbudet. Men det är svårt att förstå varför plattformarna skulle samordna sig utan att de redan nu träffas av kartellförbudet.

Kommissionen anser vidare att plattformsbolagen hotar konkurrensen på marknader med vissa marknadsegenskaper (t.ex. nätverkseffekter, stordriftsfördelar, avsaknad av *multihoming* och inläsningseffekter). Detta gäller särskilt marknader som riskerar att tippa.

Multihoming innebär att en användare kan använda sig av flera liknande tjänster samtidigt som t ex Hemnet och Blocket Bostad eller Booking och Expedia. Multihoming förhindras sällan avtalsrättsligt men kan ändå försvåras i praktiken pga. de starka nätverkseffekterna hos vissa plattformar. Rena inlåsningsbara borde man dock kunna komma åt redan med de klassiska konkurrensrättsförbud.

Kommissionens nya verktyg skulle också ge möjligheter att i sin yttersta form till och med bryta upp företag utan att de överträtt några förbud.

Idag anser sig kommissionen formellt kunna göra det om det skett en överträdelse, men det vore antagligen oproportionerligt, dessutom rymmer det politiska dimensioner, särskilt om det skulle vara riktat mot ett icke-EU-företag, såsom de amerikanska BIG TECH-bolagen.

Den radikalaste lösningen vore att t.ex. bryta upp Google om de förlorar nuvarande målen i EU-domstolen och fortsätter att överträda EU:s konkurrensregler, men det vore mycket interventionistiskt (uppbrytning har gjorts ett tiotal gånger i USA, t.ex. Standard Oil och AT&T med varierat utfall²⁴). Det finns regler om det, som kommissionen ansett tidigare kan tillämpas också för en uppbrytning. Men det förutsätter i vart fall en överträdelse. Kan man konkurrensrättsligt likställa Google med statliga monopolbolag? Ska det vara någon skillnad om ett bolag växt fram genom att ha en framgångsrik affärsidé (satsat riskkapital och gjort stora investeringar i en konkurrensutsatt miljö) jämfört med om det är ett statligt monopol, som av statsmakterna under decennier har skyddats från konkurrensutsättning. Man måste fråga sig hur det påverkar incitamenten till investeringar, forskning och utveckling i företagsamhet om man riskerar att ett lyckosamt företagsprojekt kan brytas upp i framtiden. Statliga bolag kan delas upp genom att ägarna, staten, delar upp bolagen. Det är en skillnad och väcker oftast inte samma betänkligheter. Tillgången till statligt ägd infrastruktur har historiskt även reglerats genom åtkomstregleringar av olika slag på konkurrensneutrala villkor.

Dokumentationen och redovisningen av behovet av förslagen är knapphändig, även om det i intervjuer och i andra sammanhang har framkommit att inspirationen är hämtad från Storbritannien och konkurrensmyndigheten CMA:s befogenheter att göra marknadsundersökningar och baserat på dessa fatta olika typer av beslut.

Brittiska CMA kan genomföra breda utredningar inom en viss sektor och fatta legalt bindande beslut med förelägganden mot företag om skador på konkurrensen finns, alternativt godta åtaganden från företaget. Undersökningen brukar föregås av en initial marknadsstudie. Det sägs att marknadsundersökningsverktyget som tillåter åtgärder mot strukturella konkurrensproblem är inspirerat av Storbritannien.²⁵ Kommissionen sägs alltid ha eftertraktat liknande utredningsåtgärder som CMA. Det är ett kraftfullt verktyg som innebär att ingripanden kan motiveras av att en marknad tros ha systematiska problem, utan

²⁴ Det finns en utredning om det av ekonomen Mattias Ganslandt, bilaga 2 till SOU 2001:94.

²⁵ Följande framgick av en presentation som kommissionsföreträdare gjorde i juni 2020.

UK CMA's market investigation references: whether a market feature (or combination thereof) prevents, restricts or distorts competition (so-called adverse-effect-on competition test)

- Market feature = market structure (or aspects thereof); conduct of firms and/or customers
- Använt inom bank, energi, flygplatser, cement och betalningstjänster.
- Liknande verktyg finns i andra europeiska länder såsom Grekland, Island och Rumänien, samt i t.ex. Sydafrika och Mexiko.

att behöva driva enskilda fall och hitta en ansvarig individuell marknadsaktör. Det sammanlänkar marknadsreglering med konkurrenslagstiftningen.²⁶ En fördel kunde vara att man inte behöver peka ut ett individuellt företag för att införa konkurrensfrämjande åtgärder. Det finns brittiska akademiker med kopplingar till CMA som anser att erfarenheterna därifrån är positiva och att instrumentet är ett bra komplement till den klassiska konkurrensrätten.²⁷ Tanken är inte att ett nytt konkurrensverktyg skulle vara begränsad till endast digitala marknader, även om det främst är där problem såsom *self-preferencing* finns.

I kommissionens konsekvensanalys finns dock ingen övertygande beskrivning eller dokumentation av varför befintliga konkurrensrättsliga regler inte är tillämpbara, tillräckligt effektiva eller avskräckande. Hur bedömer t.ex. kommissionen de pågående tre mycket principiellt intressanta målen i Tribunalen där Google överklagat kommissionens beslut att bötfälla bolaget för dominansmissbruk med totalt över 80 miljarder kronor.

Vissa ifrågasätter att ge så långtgående befogenheter till kommissionen och anser att det inte skulle vara förenligt EU:s övergripande regelverk. Detta eftersom skulle ge ett utredningsverktyg som går längre än vad kommissionens "sector inquiry powers" gör.

I artikel 17 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 sägs:

Utredning av branscher och avtalstyper

Om utvecklingen av handeln mellan medlemsstater, prisstelheter eller andra omständigheter tyder på att konkurrensen inom den gemensamma marknaden kan vara begränsad eller snedvriden, får kommissionen göra sin egen utredning av en särskild bransch eller av en särskild typ av avtal i olika branscher. Kommissionen får i samband därmed begära att de berörda företagen eller företagssammanslutningarna lämna upplysningar samt utföra de inspektioner som är nödvändiga för att ge verkan åt artiklarna 81 och 82 i fördraget (idag 101 och 102).

Det rättsliga stödet för förslaget att inrätta ett nytt konkurrensverktyg är oklart och kan ifrågasättas EU-rättsligt. Det har sagts från kommissionärshåll att en skiftad bevisbörda (vilket föreslagits i några av rapporterna) inte föreslås, eftersom det skulle kräva lagstiftning. Det kan ifrågasättas om inte en så ingripande åtgärd som de föreslagna konkurrensverktygen (särskilt alternativ 3) också kräver lagstiftningsåtgärder på samma sätt som kontrollen av företagskoncentrationer gjorde det genom att man antog en särskild rådsförordning med stöd av bl.a. nuvarande artikel 103 FEUF.

Till det kommer att konkurrensverktygen ska kunna tillämpas utan att någon överträdelse har skett av företag, låt vara att sanktioner inte ska utgå för det beteende som kommissionen kan komma besluta måste ändras hos företaget. Det föreskrivs också att ett test ska föregå ett beslut, men det framgår inte tydligt hur det testet ska gå till eller vad det syftar till.

²⁶ <https://globalcompetitionreview.com/market-investigations-would-give-eu-powerful-tool-lawyers-say>

²⁷ Amelia Fletcher, Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement? 6 August 2020 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3668289

Förslagen – i sin nuvarande form - innebär en mycket stor rättsosäkerhet för företagen. Vanliga processuella rättigheter såsom rätt till försvar, rätt att överklaga och att därmed kunna få till stånd en judiciell prövning av kommissionens beslut saknas helt i beskrivningarna. Det bör dock rimligen kunna förutsättas att sedvanliga rättsgarantier tillgodoses fullt ut, trots att de inte beskrivs i konsekvensanalyserna.

Om kommissionen ska kunna tvinga företag som inte begått en överträdelse av konkurrensreglerna att sälja delar av företaget väcker det även frågan om företaget borde få rätt till ersättning för den skada företaget lider av en sådan påtvingad försäljning.

Det kan avslutningsvis inte uteslutas att flera av förslagen leder till mer skada än nytta, trots ambitionen att förbättra konkurrensen och att få marknaderna att fungera bättre.

Förvärvskontroll

Kommissionens förslagspaket saknar helt förslag om förändringar i förvärvskontrollreglerna, trots att samtliga de tre rapporterna (Stigler-, Furman- och kommissionsrapporterna) som kommissionen hänvisar till innehåller en utförlig analys av problemet med att de stora BIG TECH-bolagen (Google, Apple, Facebook och Amazon) köper upp så många andra företag. Dessa har strategiskt köpt upp flera hundra nya innovativa företag inom den digitala sektorn de senaste åren, utan att det har kunnat hindras enligt förvärvskontrollreglerna. Det finns nu inte alls med i problembilden i paketet. Samtidigt är marknaderna koncentrerade sägs det.

Reglerna om koncentrationskontroll har redan tillämpats på flera av förvärven. Någon utredning om konsumentskada till följd av de godkända förvärven eller utredning om brist på tillräckligt skarpa regler finns inte. Tvärtom har frågan om europeiska champions och den europeiska industristrategin varit i förgrunden, vilket innefattat kritik mot en allt för hård koncentrationskontroll, främst efter att Siemens/Alstom-affären förbjöds av EU-kommissionen.

Det aktualiserar hur tillämpningen av förvärvskontrollreglerna fungerar i praktiken. I Tyskland och Österrike har införts regler som tvingar bolagen att anmäla ett förvärv när köpeskillingen för det förvärvade målbolaget är osedvanligt hög. Det har kommenterats i kommissionens rapport 2019. Rekommendationen är att på EU-nivå avvakta utfallet i de bägge medlemsstaterna. Ett ganska märkligt tillvägagångssätt. Även i Sverige har frågan väckts av Konkurrensverket.²⁸

När det gäller själva anmälningsplikten så finns särskilda regler vid s.k. successiva förvärv. Det berör dock inte själva effektbedömningen.

I förarbeten till den svenska förvärvskontrollen sägs att det även i mer sällsynta fall kan finnas skäl att pröva mindre förvärv utifrån de samhällsekonomiska och konsumentpolitiska intressena.²⁹

En sådan undantagssituation är successiva förvärv, där ett redan starkt företag har som strategi att undan för undan köpa upp mindre konkurrenter eller även utan en sådan strategi

²⁸ Se Konkurrensverkets rapport 2017:2 s. 143 ff.

²⁹ Prop. 1996/97:82.

rent faktiskt gör sådana förvärv vid olika tillfällen. På mer koncentrerade marknader, med marknadsdominans för ett eller flera företag tillsammans eller med fåtalskonkurrens, kan detta i vissa fall få särskilt negativa effekter från allmän synpunkt.

Varje sådant förvärv kan visserligen i sig vara av mindre betydelse, sett uteslutande ur synvinkeln att det förvärvade företaget har en liten omsättning. Förvärv av detta slag utsläcker dock konkurrenter som kan ha en potential för tillväxt som skulle ha kunnat höja konkurrenstrycket i ett kortare eller längre perspektiv. Samtidigt tillväxer förvärvaren i storlek, om än långsamt. Om marknaden är så koncentrerad att det vid sidan om företaget med marknadsdominans, eller i ett läge med duopol eller liknande, endast finns få små konkurrenter, kan ett visst förvärv av ett litet företag vara starkt negativt från konkurrenssynpunkt.

Ett annat exempel är att ett starkt företag på en mer koncentrerad marknad, med mycket få små företag, förvärvar en enstaka liten nyetablerare, för att hindra att denne i framtiden kan komma att utmana förvärvarens ställning. Detta kan inverka mycket negativt på andra presumtiva nyetablerares vilja att våga sig in på marknaden, vilket kan över tid allvarligt skada konkurrenstrycket.

Det är bakgrunden till att man sedan den 1 juli 1997 har anmälningsplikt för vissa typer av successiva förvärv. I vissa fall har även EU-kommissionen rätt att pröva ärenden efter hänskjutande från medlemsstaterna, såsom t.ex. skedde när Apple förvärvade musikplattformen Shazam.³⁰

Det verkar enligt rapporterna vara så att BIG TECH-bolagen har som strategi att köpa upp innovativa företag. Baserat på en framställning av Copenhagen Economics ges följande bild.

Plattformsbolag	Land	Grundat	Antal förvärv 2000-jan 2020
Google	USA	1998	230
Apple	USA	1976	99
Facebook	USA	2004	82
Amazon	USA	1994	86
Totalt			497

SIEC-testet (*Significant Impediment of Effective Competition*) infördes 2004.³¹ Nyligen har Tribunalen (maj 2020) överprövat ett kommissionsbeslut från år 2016 att förbjuda en företagskoncentration. Tribunalen fann att dokumentationen inte i tillräcklig grad styrkte kommissionens skadeteorier mot ett brittiskt telekomförvärv som innebar att antalet stora aktörer reducerades från fyra till tre på marknaden. Tribunalen undanröjde därför kommissions förbudsbeslut. Det indikerar att det kan vara svårt för kommissionen med nuvarande bedömningsregler och krav på kommissionen att förbjuda BIG TECH-bolagens förvärv av nya innovativa företag.³²

Såväl anmälningsreglerna som bedömningskriterierna för när en företagskoncentration kan förbudas skulle dock kunna justeras på EU-nivå för att motverka denna utveckling.

³⁰ Kommissionens koncentrationsärende M.8788 – Apple/Shazam.

³¹ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer.

³² Tribunalen i mål T 399/16, CK Telecoms UK Ltd mot Kommissionen, 28 maj 2020.

Beträffande bedömningskriterierna skulle t.ex. ett annat test än SIEC-testet kunna införas med innebörden att förvärv av stora digitala plattformar av konkurrerande innovativa företag ska kunna förbjudas om det inte är sannolikt att det leder till konsumentnytta.

Avsaknaden av förslag inom förvärvskontrollen är särskilt märklig eftersom förvärvskontrollreglerna är det regelverk som främst är riktat mot strukturomvandlingar i näringslivet, snarare än förbuden mot karteller och dominansmissbruk. Behovet av konkurrensverktygen motiverar kommissionen nämligen främst med att man utifrån tillsynserfarenheterna just identifierat strukturella konkurrensproblem. De strukturella konkurrensproblemen kan avhjälpas genom de nya verktygen anser kommissionen. Men en ökad koncentration, oligopolistiska marknadsstrukturer och att marknader tippat kan tyvärr redan ha underlättats av kommissionens passivitet i förvärvskontrollen.

Stockholm den 4 september 2020

Per Karlsson
Advokat/Partner