

Stockholm 20210126

Inledande kommentarer till förslag om en ny lag om digitala marknader (Digital Markets Act)

Svenskt Näringsliv har tagit del av kommissionens förslag den 15 december 2020 om en ny lag om digitala marknader (Digital Markets Act, i det följande "DMA"). Våra inledande kommentarer till förslaget är följande

- Vi välkomnar förslag om ett horisontellt regelverk som omfattar även plattformar som inte är etablerade i EU men som erbjuder tjänster som når den inre marknaden.
- Näringslivets behov av en så långt möjligt proportionerlig, principbaserad och teknikneutral lagstiftning som ger tillräcklig förutsägbarhet, innovationskraft och ett gott investeringsklimat tillgodoses endast delvis.
- Näringslivets behov av en ingående konsekvensanalys kan inte nog betonas.
- Bedömningen av vilka digitala plattformar som omfattas av DMA bör vara restriktiv.
- Krav på datadelning måste vara förenliga med nuvarande och kommande regelverk för dataskydd och upphovsrätt.
- För att möjliggöra effektiv regelefterlevnad krävs att förbuden utformas så att det blir tydligt för såväl de plattformar som omfattas och dess användare vad regleringen innebär.

Ovan ståndpunkter utvecklas i det följande.

.....

DMA riktar sig mot stora digitala plattformar som fungerar som grindvakter mellan företagsanvändare och slutanvändare och har en befäst och varaktig position (i det följande "grindvakter eller grindvaktsbolag").

Det är mycket välkommet med EU gemensamma regler inom den digitala sektorn som syftar till att undvika fragmentering av lagstiftningen och säkerställa konkurrensdrivna och rättvisa marknader. Detta gäller inte minst för sådana tjänster som erbjuds av plattformar med en grindvaktsfunktion och som verkar i flera medlemsländer.

Svenskt Näringsliv välkomnar att regelverket ska tillämpas på grindvaktsbolag vars tjänster tillhandahålls eller erbjuds till företagsanvändare som är etablerade inom EU eller slutanvändare som är etablerade eller vistas inom EU, oavsett grindvaktens etablerings-

eller lokaliseringsort och oavsett vilken lag som annars gäller för tillhandahållandet av tjänster

Näringslivets behov av en så långt möjligt proportionerlig, principbaserad och teknikneutral lagstiftning som ger tillräcklig förutsägbarhet, innovationskraft och ett gott investeringsklimat tillgodoses dock endast delvis med gällande förslag.

Det är med hänsyn till de långtgående krav som föreslås för grindvakter, viktigt att grindvaksdefinitionen är begränsad till sådana företag som har den allra största marknadsmakten och möjligheten att utöva en sådan makt på de digitala marknaderna. Kraven på dessa företag bör därtill vara proportionerliga så att man kan åstadkomma önskvärd effekt gentemot de mest problematiska beteendena, utan att för den skull förstöra möjligheterna och incitamenten till innovation och plattformarnas övergripande affärsmodeller med tanke på de positiva effekter de för med sig.

Nuvarande förslag föreslår att företag som haft 45 miljoner aktiva slutanvändare per månad och mer än 10 000 årsaktiva företagsanvändare under de senaste tre åren, och som haft en årlig EES-omsättning på minst 6,5 miljarder euro under de senaste tre åren (eller ett genomsnittligt börsvärde på minst 65 miljarder euro) och tillhandahåller en kärnplattformstjänst i minst tre medlemsländer ska omfattas av grindvaksdefinitionen. Förslaget ska kompletteras med delegerade akter för att specificera metodiken för att fastställa om tröskelvärdena är uppnådda.

Utan att ta ställning till de föreslagna tröskelvärdena som sådana, är det välkommet att de delegerade akterna regelmässigt kan anpassas till utvecklingen av marknadsförhållanden och teknologi. Likaså välkomnas att tröskelvärdena kan anpassas till marknadsutvecklingen och den tekniska utvecklingen.

Men, näringslivet kan inte nog påtala vikten av att regleringsarbetet föregås av en ingående konsekvensanalys. Även om DMA sannolikt i dagsläget bara omfattar ett begränsat antal stora digitala plattformar, kan den tekniska utvecklingen inom snart sagt alla sektorer medföra att tjänster som idag inte varit avsedda att omfattas av nuvarande regleringsförslag kan komma att omfattas i framtiden. Ett exempel är fordonssektorn, där utvecklingen mer och mer går mot ett globalt ekosystem för rörlighet och där tjänster och produkter på eftermarknader i hög grad väntas bli beroende av bland annat fordonsgenererad data. Ett annat exempel är de förmedlare av data som ingår i kommissionens förslag till ny dataförvaltningsakt (Eng: proposal for a European Data Governance Act) och som i framtiden kan bli grindvakter.

Tillgång till data

Bland de krav som föreslagits för att ta itu med de strukturella konkurrensproblem som EU:s konkurrensregler inte kan motverka eller inte kan hantera på det mest effektiva sättet nämns ökad tillgång till data. Stora digitala plattformar får, genom insamling av stora mängder data¹

¹ Exempel på de data som genereras av digitala plattformar kan vara information om deras företagsanvändare (såsom organisationsnummer och verksamhetsland), information om kunderna (såsom namn, ålder, kön, kontaktuppgifter, IP-adress eller e-post), uppgifter om enskilda transaktioner mellan enskilda och företag (såsom vad som köpts, pris, betalningsmetod, omdömen, vad kunden tittade på för varor innan köpet), statistisk information om alla de transaktioner som sker på plattformen samlade (såsom antalet transaktioner, prisförändringar, totala försäljningsvärdet, användartrafik), och information om kundernas beteenden på plattformen (såsom klick, webbhistorik, andra produkter kunden köpt på plattformen).

om sina användare samt kunder, tillgång till värdefulla insikter och konkurrensfördelar. All denna information är värdefull för leverantören av plattformen men även i högsta grad för de företag som säljer sina produkter via plattformen.

Många företagsanvändare har en önskan att få tillgång till mer data än vad de får i dagsläget.

Plattformarna motiverar sina restriktiva datadelningspolicyer med bland annat värnandet av kundens integritet, efterlevnad av dataskyddsregler, bristande kompetens, kommersiella överväganden och interoperabilitetsfrågor.

Att vara tvingad att dela med sig av data i kombination med det starka skyddet för personuppgifter ger upphov till många komplicerade frågeställningar och gränsdragningar. I de fall uppgifterna som ska delas innehåller personuppgifter kan dataskyddsförordningen sätta upp hinder mot delningen. I sådana situationer kan möjligen anonymisering vara en lösning, men dessa åtgärder är både tidskrävande, riskfyllda och kostsamma. Även upphovsrätten måste beaktas när data ska eller måste delas, främst beträffande vem som därmed måste samtycka till eventuell överlåtelse.

Om grindvakter tvingas dela med sig av sina insamlade data förminskas också den konkurrensfördel de får av att generera data för egen användning. Svenskt Näringsliv anser att ny reglering i första hand ska värna avtalsfrihet och frivillig delning av data från privata aktörer, vilket kan ske genom rättslig vägledning och tillgång till effektiva tekniska system för delning. Tvingad datadelning kan hämma grindvaktens incitament till datainsamling vilket inte nödvändigtvis gynnar den digitala utvecklingen.

Svenskt Näringsliv anser dock att grindvaktens dominerande ställning, omfattande inflytande och förmåga att ensidigt diktera avtalsvillkoren i förhållande till sina företagsanvändare talar emot förhoppningen att aktörerna ska komma överens om frivillig datadelning. För att borga för att grindvakter agerar rättvist på marknaden och för att underlätta för nya innovativa aktörer, är det motiverat att införa krav för grindvakter att tillgängliggöra sådana data som företagsanvändarna och deras kunder genererat på plattformen till företagsanvändaren i fråga. Krav att tillgängliggöra sådana data måste dock vara förenlig med annan gällande lagstiftning som nämnts ovan.

Hävstångsstrategier och MFN-klausuler

Svenskt Näringsliv välkomnar förslaget att förbjuda sådana hävstångsstrategier som innebär att grindvakter använder sin styrka på en marknad som hävstång för att växa på en annan. Svenskt Näringsliv stödjer också förslaget att förbjuda grindvakter att tillämpa multi favourable nation (MFN) klausuler som hindrar företagsanvändare att saluföra sina varor och tjänster med olika erbjudanden på olika marknader eller plattformar.

DMA avser att komplettera konkurrensrätten genom att ta itu med otillbörliga metoder som antingen faller utanför dess räckvidd eller inte tillåter tillräckligt effektiv hantering eftersom ett ingripande enligt konkurrensrätten endast kan ske i efterhand, från fall till fall, och vanligtvis först efter en lång utredning och inte sällan en ännu längre domstolsprocess.

Förslaget att förbjuda tillämpningen av hävstångsstrategier och MFN-klausuler bygger på de erfarenheter som upparbetats av konkurrensrättsliga ingripanden samt på resultaten av flera expertrapporter om tillämpningen av konkurrenslagstiftningen på digitala marknader.

Dessa strategier och klausuler kan dock ta sig olika uttryck på olika marknader och plattformar. Hävstångsstrategier kan t.ex. innebära att plattformar villkorar användandet av en av sina tjänster med användandet av en annan, eller att plattformar använder data från plattformen för att träda in på närliggande marknader eller att plattformar styr sina användare till det egna utbudet framför konkurrenters eller att plattformen försämrar konkurrenters utbud. MFN klausuler kan tillämpas både direkt men också indirekt i förhållande till dess företagsanvändare. Svenskt Näringsliv ser därför utmaningar i att utforma förbuden så att det blir tydligt för såväl grindvakterna som dess användare vad förbuden innebär.

Utgångspunkten måste dock vara den att det ska finnas en obalans mellan företagsanvändarnas rättigheter och skyldigheter samt att grindvakterna får en fördel av företagsanvändarna som inte står i proportion till tjänsten som erbjuds av grindvakten och att konkurrensdynamiken på marknaden är nedsatt på grund av grindvaktens förfarande.

Förslaget i artikel 5 och 6 i DMA innebär att förbuden kan tillämpas på grindvakter, utan att det behöver visas att de bryter mot EU:s eller nationella konkurrenslagor. De aktörer som DMA avser att reglera är få men olikartade och med helt olika affärsmodeller. De är dessutom verksamma på olika marknader, även om de delvis konkurrerar med varandra. För att DMA ska kunna tillämpas över tid krävs också att förbuden utformas generellt och inte riktar sig till ett eller ett fåtal specifika företag.