

Missbruk av dominerande ställning på marknaden för digitala sökmotorer – en fallstudie av Google Search

En komparativ studie av amerikansk antitrustlagstiftning
och europeisk konkurrensrätt

*Abuse of Dominance on the Market for Digital Search
Engines – A Case Study of Google Search
A Comparative Legal Study of American Antitrust Law
and European Competition Law*

Alma Blake Elmvall

Handledare: Elif Härkönen

Examinator: Anders Holm

Sammanfattning

Konkurrenslagstiftningarna i USA och EU är ledande på konkurrensområdet i världen idag. Förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF och monopolistisk maktposition i section 2 Sherman Act, utgör en central del av de konkurrensrättsliga regelverken i EU och USA. Reglerna delar många likheter, men de skiljer sig åt till viss del angående reglernas syfte, formulering samt hur de tillämpas av konkurrensmyndigheter och domstolar.

Den ökande digitaliseringen i samhället, i kombination med teknisk utveckling, har skapat en ny form av marknader, så kallade *new economy industries*, som skiljer sig åt från traditionella marknader. De nya digitala marknaderna saknar geografiska begränsningar och kännetecknas av innovation som konkurrensmässig drivkraft. Google är den mest använda digitala sökmotorn i EU och USA. Bolaget har varit under utredning av konkurrensmyndigheterna i båda rättsordningar sedan år 2010. Genom att främja sina egna tjänster i sökresultaten, anklagas Google för att hindra konkurrerande aktörer från att beträda marknaden och därmed hämma konkurrensen. Det är första gången som artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act tillämpas på en sökmotor.

De traditionella verktyg som konkurrensmyndigheterna använder sig av vid utredningar enligt artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act, går dock inte att applicera tillfredsställande på digitala marknader. De konkurrensrättsliga regelverken i EU och USA har inte anpassats efter de digitala marknadernas särskilda förutsättningar, vilket skapar en osäkerhet kring konkurrensrättens effektivitet. Skillnaderna mellan rättsordningarnas tillämpning av artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act på Googles agerande, grundar sig således främst på de digitala marknadernas särskilda förutsättningar och det osäkra rättsläget. En reformering av de konkurrensrättsliga regelverken i EU och USA är därför nödvändig, för att säkerställa att digitala marknader i framtiden kan regleras ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

Nyckelord: *missbruk av dominerande ställning, section 2 Sherman Act, Section 5 FTC Act, artikel 102 FEUF, Google Search, digitala sökmotorer, multisidiga plattformar.*

Förkortningar

ABA	American Bar Association
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
CEPS	Centre for European Policy Studies
DoJ	United States Department of Justice
ECLR	European Competition Law Review
ECN	European Competition Network
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EPRS	European Parliamentary Research Service
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Fla. L. Rev	Florida Law Review
FTC	United States Federal Trade Commission
G.C.L.R.	Global Competition Law Review
Harv. J.L. & Tech.	Harvard Journal of Law and Technology
J.L. & Econ.	Journal of Law & Economics
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
N.Y.L. Sch. L. Rev	New York Law School Law Review
NW. U. L. REV	New York University Law Review
U.S.	United States Supreme Court Report
U.S.C.	United States Code
USA	Förenta staterna

Innehållsförteckning

SAMMANFATTNING	I
FÖRKORTNINGAR	II
1 INLEDNING.....	1
1.1 PROBLEMBAKGRUND.....	1
1.2 PROBLEMFÖRMULERING.....	3
1.3 SYFTE.....	4
1.4 METOD & MATERIAL	4
1.4.1 Komparativ metod	4
1.4.2 Utförandet av en fallstudie	6
1.5 AVGRÄNSNINGAR.....	8
1.6 DISPOSITION.....	9
2 KONKURRENS - GRUNDEN TILL DET MODERNA SAMHÄLLET	10
2.1 INLEDNING	10
2.2 MARKNADSEKONOMIER OCH KONKURRENS	10
2.3 KONKURRENSRÄTTENS SYFTE	12
2.4 DEN AMERIKANSKA ANTITRUSTLAGSTIFTNINGEN	13
2.4.1 Bakgrund	13
2.4.2 Antitrustlagstiftningens syfte.....	14
2.4.2.1 Ett historiskt perspektiv	14
2.4.2.2 Ett modernt perspektiv.....	15
2.4.3 Section 2 Sherman Act	17
2.4.4 Section 5 FTC Act.....	19
2.5 EU:S KONKURRENSLAGSTIFTNING	21
2.5.1 Bakgrund	21
2.5.2 Konkurrenslagstiftningens syfte	22
2.5.3 Artikel 102 FEUF	24
2.6 KOORDINERAT SAMARBETE ÖVER GRÄNSERNA	25
2.7 JÄMFÖRELSE MELLAN USA OCH EU	26
2.7.1 Inledning.....	26
2.7.2 Konkurrensrättens syfte.....	27
2.7.3 Lagstiftning och processuellt förfarande	28
2.7.4 Koordinerat samarbete över gränserna	29
2.8 SAMMANFATTNING	30
3 DIGITALA PLATTFORMAR OCH SÖKMOTORER UR ETT KONKURRENSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV	31

3.1	DIGITALA MARKNADER	31
3.2	KÄNNETECKEN FÖR DIGITALA MARKNADER.....	32
3.2.1	Teknisk innovation och lägre produktionskostnader	32
3.2.1.1	<i>New Economy Industries</i>	32
3.2.1.2	<i>Marknadskoncentration på digitala marknader</i>	33
3.2.2	Nätverkseffekter, tvåsidiga marknader och multisidiga plattformar	34
3.2.2.1	<i>Direkta och indirekta nätverkseffekter</i>	34
3.2.2.2	<i>Tvåsidiga marknader och multisidiga plattformar</i>	35
3.3	FTC:S UTREDNING AV GOOGLE SEARCH	36
3.3.1	Grunder och parternas inställning.....	36
3.3.2	Utredningens avslutande.....	37
3.3.3	Kritik mot FTC:s beslut.....	38
3.3.4	Tiden efter utredningens avslutande.....	39
3.3.4.1	<i>Principen om sekretess och FTC:s utredning av Google Search</i>	39
3.3.4.2	<i>Uttalande av FTC:s ordförande</i>	41
3.3.4.3	<i>Kommentar från Google</i>	41
3.4	EUROPEISKA KOMMISSIONENS UTREDNING AV GOOGLE SEARCH.....	42
3.4.1	Utredningens första fas	42
3.4.1.1	<i>Grunder</i>	42
3.4.1.2	<i>Kommissionens inställning</i>	43
3.4.1.3	<i>Googles löfte om förändring</i>	43
3.4.2	Den pågående utredningen	44
3.4.2.1	<i>Kommissionens statement of objections</i>	44
3.4.2.2	<i>Google besvarar anklagelserna</i>	44
3.4.2.3	<i>Bakomliggande orsaker till kommissionens utredning</i>	45
3.4.2.4	<i>Vad har kommissionens statement of objections för konsekvenser?</i>	46
3.5	SAMMANFATTNING	47
4	TILLÄMPNINGEN AV ARTIKEL 102 FEUF OCH SECTION 2 SHERMAN ACT PÅ MARKNADEN FÖR SÖKMOTORER.....	48
4.1	INLEDNING	48
4.2	SUBJEKTET FÖR UTREDNINGEN.....	48
4.3	MARKNADSDEFINITION	49
4.3.1	Den relevanta marknaden	49
4.3.2	Produktmarknaden enligt traditionell bedömning	50
4.3.3	Den relevanta produktmarknaden för sökmotorer	51
4.3.3.1	<i>Marknadsandelar och kapacitet</i>	51
4.3.3.2	<i>Vertikala och horisontella sökmotorer</i>	52
4.3.3.3	<i>Multisidiga plattformar och nätverkseffekter</i>	53
4.3.3.4	<i>SSNIP-testet</i>	54
4.3.4	Geografisk marknad för traditionella marknader.....	55
4.3.5	Den geografiska marknaden för Google Search.....	56
4.4	MAKTPOSITION OCH DOMINERANDE STÄLLNING	58

4.4.1	Bedömningen för traditionella marknader	58
4.4.1.1	<i>Marknadsandelar</i>	58
4.4.1.2	<i>Inträdeshinder</i>	59
4.4.2	Googles ställning på marknaden för sökmotorer	61
4.4.2.1	<i>Marknadskoncentration</i>	61
4.4.2.2	<i>Marknadsandelarnas betydelse</i>	62
4.4.2.3	<i>Inträdeshinder för digitala plattformar</i>	63
4.5	KONKURRENSBEGRÄNSANDE ÅTGÄRDER	65
4.5.1	USA	65
4.5.2	EU	66
4.5.3	Hämmar Google Search konkurrensen?	66
4.6	SAMMANFATTNING	68
5	ANALYS	69
5.1	DET MODERNA SAMHÄLLET FÖRÄNDERLIGHET	69
5.2	MARKNADSDEFINITIONEN FÖR GOOGLE – RELEVANT ELLER MISSVISANDE?	70
5.2.1	Information som produkt	70
5.2.1.1	<i>Värderingsproblematik</i>	70
5.2.1.2	<i>Generella och specialiserade sökningar</i>	72
5.2.2	En obegränsad geografisk marknad	73
5.3	GOOGLE – ETT KONKURRENSRÄTTSLIGT PROBLEM?	74
5.4	KONSEKVENSER AV EN EVENTUELL FRAMTIDA FÄLLANDE DOM AV GOOGLE I EU	76
5.5	SLUTSATS	78
	KÄLLFÖRTECKNING	80
	LITTERATUR	80
	RÄTTSFALL	86
	OFFICIELLA DOKUMENT	87
	ANDRA DOKUMENT	88

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

“Google’s success despite strong competition is based on its persistent focus on satisfying consumers – getting them to the answers they want quickly and accurately. Keeping up requires constant investment and innovation, and if Google fails in this effort users can and will switch. The cost of going elsewhere is zero, and users can and do use other sources to find the information they want.”

- Eric Schmidt, Executive Chairman of Google Inc, 21 September 2011.¹

Google Inc. är ett amerikanskt publikt aktiebolag som grundades år 1998 genom lanseringen av sökmotorn Google Search, den mest använda sökmotorn på internet idag.² Bolaget är framgångsrikt och har etablerat sig över hela världen. På marknaden för sökmotorer i Europeiska unionen (EU³) innehar Google 92 % av marknadsandelarna,⁴ och 63,8 % på motsvarande marknad i Förenta staterna (USA).⁵ Google har under det senaste decenniet introducerat en ny algoritm för sökmotortjänsten, som bland annat innebär att Googles egna tjänster och samarbetspartners numera presenteras överst i sökresultatlistor.⁶ Google har av den orsaken varit föremål för utredningar av Europeiska kommissionen (kommissionen), den amerikanska konkurrensmyndigheten the Federal Trade Commission (FTC) samt konkurrerande bolag.⁷ Kritiken har avsett bolagets dominerande position på marknaden och huruvida Google genom sin sökmotortjänst snedvrider konkurrensen eller inte, och därmed missbrukar sin dominerande ställning.⁸

¹ *Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, 21 September 2011, s. 4.*

² Wessen & Laporte-Bisquit, *Google’s abuse of dominance*, G.C.L.R. 2015, 8(3), R51-53, 51 (2016).

³ Begreppet EU används även för tidsperioden från undertecknande av *Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen* fram till undertecknandet av *Fördraget om Europeiska Unionen*.

⁴ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 1.

⁵ ComScore, Inc., *comScore Releases December 2015 U.S. Desktop Search Engine Rankings*, published 20 Januari 2016, (hämtad 6 februari 2016).

⁶ Wessen & Laporte-Bisquit, *Google’s abuse of dominance*, G.C.L.R. 2015, 8(3), R51-53, 51 (2016).

⁷ Public Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices, matter nr: 111 0163, 3 January 2015; European Commission Press Release, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 april 2015.

⁸ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 2.

Konkurrensrätt är ett rättsområde med stor betydelse i världen. Framförallt USA:s antitrustlagstiftning⁹ och EU:s konkurrenslagstiftning¹⁰ är ledande på konkurrensområdet.¹¹ Lagstiftningen har liknande funktion i båda rättssystem, även om de till viss del skiljer sig åt.¹² Det grundläggande syftet med konkurrensrätten är att skydda konsumenter och upprätthålla en effektiv konkurrens genom att reglera marknaden och dess aktörer.¹³ En central del av konkurrensrätten är förbudet mot missbruk av dominerande ställning, som finns reglerad i artikel 102 FEUF¹⁴ och section 2 Sherman Act.¹⁵

Uppdateringen av Googles sökalgoritm har medfört att den tidigare neutrala sökmotortjänsten nu utgör en inflytelserik kommersiell kraft på den digitala marknaden.¹⁶ Konkurrensmyndigheterna har därför uttryckt en oro för att konsumenterna som använder Google Search inte kan fatta objektivt grundade beslut baserat på den sökresultatlista som presenteras. Konkurrerande bolag kan hindras från tillträde till marknaden, vilket hämmar konkurrensen.¹⁷ FTC genomförde en utredning av Googles sökmotortjänst under åren 2011 till 2013, men kom fram till att Google inte missbrukade sin dominerande ställning eller agerade konkurrensbegränsande.¹⁸ Kommissionen har sedan år 2010 utrett Google Search på samma grunder, men har hittills inte lyckats visa att Googles sökmotortjänst strider mot EU:s konkurrensrättsliga regelverk.¹⁹

I ett pressmeddelande²⁰ den 15 april år 2015 meddelade dock kommissionen att den har lämnat ett så kallat *statement of objections*, ett preliminärt ställningstagande, till

⁹ 15 U.S.C. §§ 1 – 7 (2013). Konkurrenslagstiftningen i USA benämns antitrustlagstiftning.

¹⁰ Art 101 – 109 FEUF, *Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen*, 2007, trädde i kraft 1 januari 2009.

¹¹ Cengiz, *Antitrust Federalism in the EU and the US*, 2012, s. 2.

¹² Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 3.

¹³ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s.18.

¹⁴ Fördragets officiella titel är *Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen*. Artikel 102 FEUF i Lissabonfördraget betecknades tidigare artikel 82 i EG-fördraget, och innan dess artikel 86 i EEG-fördraget. I uppsatsen används benämningen artikel 102 FEUF, oavsett om källan använder en äldre beteckning.

¹⁵ 15 U.S.C. §§ 1-7 (2013).

¹⁶ Wessen & Laporte-Bisquit, *Google's abuse of dominance*, G.C.L.R. 2015, 8(3), R51-53, 51 (2016).

¹⁷ Wessen & Laporte-Bisquit, *Google's abuse of dominance*, G.C.L.R. 2015, 8(3), R51-53, 52 (2016).

¹⁸ Public Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, matter nr: 111 0163, 3 January 2015.

¹⁹ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 3.

²⁰ European Commission Press Release, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 April 2015.

Google på två olika grunder. Den första grunden gäller att bolaget har utnyttjat sin dominerande ställning på marknaden för allmänna sökmotorer i EU, genom att systematiskt favorisera sina egna produkter på sökmotorns resultatsidor. Kommissionen anser att ett sådant förfarande bryter mot artikel 102 FEUF. Den andra grunden utgör en separat utredning av Googles agerande avseende det mobila operativsystemet Android.²¹

Google besvarade kommissionens anklagelser i augusti år 2015, men svaret har inte offentliggjorts. I ett blogginlägg på Googles officiella europeiska blogg,²² tydliggör dock Google sitt ställningstagande, att bolaget inte agerar konkurrensbegränsande eller missbrukar sin dominerande ställning på marknaden för sökmotorer. Konsumenterna har ett fritt val att använda andra sökmotorer än Googles egna enligt bolaget. De menar dessutom att Google snarare möjliggör ökad valfrihet för konsumenterna på den europeiska marknaden.²³

Kommissionens beslut att föra utredningen av Googles verksamhet vidare, kan öka de politiska motsättningarna mellan USA och EU.²⁴ Kommissionen har även uttalat att utredningen av Google Search inte påverkas av FTC:s beslut att lägga ner utredningen av Googles agerande på den amerikanska marknaden.²⁵ Sammantaget ger det här ett intryck av att FTC och kommissionen tolkar konkurrensreglerna olika för digitala marknader, trots att Sherman Act och artikel 102 FEUF har likartade funktioner och lydelse. Om så är fallet, vad blir konsekvenserna av att två av de största marknadsekonomierna i världen bedömer missbruk av dominerande ställning, på marknaden för digitala sökmotorer, på olika sätt?

1.2 Problemformulering

Skiljer sig tillämpningen och tolkningen av artikel 102 FEUF från tillämpningen och tolkningen av section 2 Sherman Act, avseende ett företags missbruk av dominerande ställning på marknaden för digitala sökmotorer, och vad beror

²¹ European Commission Press Release, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 april 2015.

²² Walker, *Improving quality isn't anti-competitive*, www.googlepolicyeurope.blogspot.be, published 27 August 2015, (hämtad 22 december 2015).

²³ Walker, *Improving quality isn't anti-competitive*, www.googlepolicyeurope.blogspot.be, published 27 August 2015, (hämtad 22 december 2015).

²⁴ Se vidare nedan under *avsnitt 3.5.2*.

²⁵ Moffett & Goodman, *EU says its Google case not affected by U.S. Ruling*, REUTERS, published 4 January 2013, (hämtad 22 januari 2016).

eventuella skillnader på? Är det möjligt att applicera de nuvarande konkurrensrättsliga regelverken tillfredsställande på digitala marknader?

1.3 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utreda hur två rättsordningar med liknande lagstiftning bedömer konkurrensbegränsande åtgärder och missbruk av dominerande ställning, avseende digitala sökmotorer. Syftet är även att utreda orsakerna till eventuella skillnader mellan rättssystemen, samt vilka konsekvenser som uppstår om samma företag bedöms olika beroende på vilken marknad som aktören agerar på. För att uppnå syftet ska en komparativ studie av aktuella konkurrensregler och praxis på området i EU och USA genomföras. En fallstudie av Google Search genomförs i syfte att analysera vilka faktorer som konkurrensmyndigheterna tar hänsyn till, vid utredningen av om ett bolag agerar konkurrensbegränsande och missbrukar sin maktposition på marknaden för digitala sökmotorer.

1.4 Metod & material

1.4.1 Komparativ metod

För att uppnå syftet med uppsatsen används en komparativ metod, vilket innebär att en jämförelse görs mellan jurisdiktioner i olika länder för att nå kunskap och förståelse för de skillnader och likheter som föreligger mellan systemen.²⁶ Den komparativa metoden kan även användas för att nå en bredare förståelse för hur ett visst specifikt rättssystem är uppbyggt. Genom att jämföra med ett liknande rättssystem kan rättssystemets principer tydliggöras, liksom hur dessa ska tolkas.²⁷ Därutöver kan metoden även användas för att skapa en överblick över världens rättssystem. Det är dock endast en teoretisk överblick, som inte ger svar på praktiska frågor.²⁸ För att en analys av de juridiska fakta som läggs fram ska bli fullständig med den komparativa metoden, fordras att hänsyn tas till sociala, ekonomiska och politiska faktorer, samt de traditioner och den kultur ett samhälle är uppbyggt av.²⁹

Komparativt material kan användas för att uppfylla olika syften beroende på vilket ändamål arbetet har, och det främmande materialet kan ha en härskande eller tjänande uppgift. Den tjänande uppgiften karakteriseras av att det främmande

²⁶ Strömholm, *Har den komparativa rätten en metod?*, SvJT 1972, s. 461.

²⁷ Korling & Zamboni, *Juridisk Metodlära*, 2013, s. 142.

²⁸ Strömholm, *Har den komparativa rätten en metod?*, SvJT 1972, s. 461.

²⁹ Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, 2007, s. 56 - 57.

rättssystemet används för att uppnå ett resultat som är karakteristiskt för traditionell positivrättslig forskning, kopplat till ett rättssystem. När komparationen har en självständig betydelse har det komparativa materialet istället en härskande uppgift, och de jämförda nationella systemen har en underordnad betydelse. Jämförelsen är i sig ändamålet och det härskande elementet i arbetet där den komparativa metoden används.³⁰ I uppsatsen är jämförelsen det huvudsakliga ändamålet. Den komparativa metoden används för att utreda skillnader och likheter mellan tillämpningen av de konkurrensrättsliga regelverken i USA och EU, avseende missbruk av dominerande ställning på marknaden för digitala sökmotorer. Det komparativa materialet har därför en härskande uppgift och utgör själva syftet med uppsatsen.

En grundläggande princip för den komparativa metoden är funktionalism, vilket innebär att de objekt som jämförs måste uppfylla samma funktion i det rättssystem som de tillhör.³¹ En komparativ metod kan alltså bara användas tillfredsställande genom att göra en jämförelse mellan rättssystem som har många likheter.³² Jämförelsen kan göras mellan två rättsordningar, så kallade bilaterala jämförelser, eller mellan fler än två rättsordningar, så kallade multilaterala jämförelser. Det kan också vara en jämförelse mellan antingen några få rättsregler eller hela rättsordningar.³³

EU är en sammanslutning av medlemsstater med egna nationella juridiska system, som har överlåtit en del av makten till den överstatliga organisationen EU.³⁴ USA är en federal stat uppdelad i delstater, med egna system och lagstiftning, men som styrs övergripande av den överstatliga makten.³⁵ Fördelningen mellan överstatlig nivå och delstatlig nivå har en liknande utformning i båda rättssystem, och principen om EU:s exklusiva kompetens³⁶ har en motsvarighet i den amerikanska federala lagstiftningen.³⁷ EU:s regelverk för konkurrens baseras dessutom till stor del på det amerikanska regelverket, konkurrenslagstiftningarna har därför en

³⁰ Strömholm, *Har den komparativa rätten en metod?*, SvJT 1972, s. 462.

³¹ Zweigert & Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 1998, s. 34.

³² Zweigert & Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 1998, s. 34.

³³ Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, 2007, s. 56 - 57.

³⁴ Artikel 5 FEU.

³⁵ U.S. Const. art. I, § 10.

³⁶ Artikel 3 FEUF.

³⁷ U.S. Const. art. I, § 10.

likartad funktion.³⁸ Den rättsliga processen för konkurrensutredningar baseras på gemensamma principer och utförs enligt liknande förfaranden.³⁹ Eftersom USA och EU är uppbyggda på liknande sätt och med liknande processuella förfaranden, blir en jämförelse mellan rättsordningarna givande.⁴⁰ I uppsatsen ska därför en bilateral mikrojämförelse genomföras av rättssystemens konkurrenslagstiftning, för att utreda hur de två rättsordningarna tolkar missbruk av dominerande ställning på marknaden för digitala sökmotorer.

1.4.2 Utförandet av en fallstudie

För att belysa skillnaderna mellan tillämpningen av konkurrenslagstiftningarna i EU och USA, avseende missbruk av dominerande ställning på marknaden för digitala sökmotorer, ska en fallstudie genomföras. Det innebär i en juridisk kontext att analysera ett eller flera praktiska juridiska fall för att illustrera juridiska principfrågor, i syfte att föra en djupare analys av det aktuella juridiska problemet. En fallstudie kan utföras genom att analysera ett antal rättsfall inom ett område, eller endast ett rättsfall som belyser problematiken särskilt ingående beroende på vilket syfte arbetet har. Fallstudien används för att möjliggöra en djupare förståelse för komplexa juridiska funktioner genom att studera ett verkligt fall som behandlar det teoretiska rättsområdet, och som därmed ger analysen en förankring i verkligheten.⁴¹ Vid en fallstudie är det av vikt att fastställa vad som ska undersökas och i vilken omfattning, innan genomförandet av studien. Det är även viktigt att utreda vad syftet med fallstudien är av det subjekt som undersöks, för att klargöra vad fallstudien ska bidra med till arbetet.⁴²

I uppsatsen ska en fallstudie genomföras av Google Inc. Bolaget har varit föremål för utredning av både FTC och kommissionen under flera år, angående sitt agerande på de europeiska och amerikanska marknaderna för sökmotorer och mobila operativsystem.⁴³ Kommissionen publicerade ett pressmeddelande den 15 april 2015,⁴⁴ där det framgick att utredningen av Google nu tas vidare till en rättsprocess,

³⁸ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 3.

³⁹ Cengiz, *Antitrust Federalism in the EU and the US*, 2012, s. 87.

⁴⁰ Cengiz, *Antitrust Federalism in the EU and the US*, 2012, s. 87.

⁴¹ Yin, *Case Study Research: Design and Methods*, 2014, s. 4.

⁴² Yin, *Case Study Research: Design and Methods*, 2014, s. 16.

⁴³ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 2.

⁴⁴ European Commission Press Release, Brussels, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 April 2015.

som väntas bli ett konkurrensrättsligt principiellt viktigt och tidskrävande fall.⁴⁵ FTC har tidigare kommit fram till att Google inte agerar konkurrensbegränsande eller missbrukar sin dominerande ställning, och gör därmed en annan tolkning av konkurrenslagstiftningen än kommissionen.⁴⁶

Den digitala tekniken och internet har revolutionerat handeln och ekonomin i hela världen, men förutsättningarna för aktörer på digitala marknader skiljer sig åt från traditionella marknader.⁴⁷ Det innebär att konkurrensrätten inte kan appliceras på samma sätt som tidigare, konkurrenslagstiftningarna infördes i en tid före internet och behöver därför anpassas till den nya världsordningen.⁴⁸ Google är ett tekniskt innovativt och framstående företag, verksamt på den digitala marknaden, som påverkar människors vardag världen över.⁴⁹ Digitala marknader påverkar ekonomin i samhället och Google Search är en viktig del av det. Den konkurrensrättsliga utredning som bolaget står inför kan komma att förändra hur Googles verksamhet bedrivs, och därmed även användarnas upplevelse av internet.⁵⁰ Sammantaget är Google ett intressant fall för att belysa problematiken kring konkurrensrätt och digitala marknader.

Fallstudien av Google utförs genom att studera utredningarna som FTC och kommissionen utfört. Utredningarna är dock sekretessbelagda, vilket innebär att endast det material som myndigheterna offentliggjort finns tillgängligt för granskning.⁵¹ Google Search är det första fallet där artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act tillämpas på marknaden för sökmotorer, av den anledningen finns det ingen praxis på området. För att utreda rättsläget gällande digitala sökmotorer ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, används därför även aktuella artiklar, doktrin samt lagstiftning.

⁴⁵ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 2.

⁴⁶ Public Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, matter nr: 111 0163, 3 January 2015.

⁴⁷ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?* DICE No 83, 2013, s. 2.

⁴⁸ Evans, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 NW. U. L. REV. COLLOQUY 285, 306 (2008).

⁴⁹ Wessen & Laporte-Bisquit, *Google's abuse of dominance*, G.C.L.R. 2015, 8(3), R51-53, 51 (2016).

⁵⁰ Surblyté, *Competition on the Internet*, 2015, s. 54.

⁵¹ 15 U.S.C. § 46 (f) (2013).

1.5 Avgränsningar

För att uppnå syftet med uppsatsen ska en komparativ studie genomföras av europeisk och amerikansk rätt, avseende missbruk av dominerande ställning på marknaden för digitala sökmotorer. Med anledning av det kommer uppsatsen beröra artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act som reglerar missbruk av dominerande ställning och monopolistisk maktposition.⁵² Även section 5 FTC Act berörs eftersom den har samma tillämpningsområde som section 2 Sherman Act,⁵³ och låg till grund för FTC:s utredning av Google.⁵⁴ När FTC och kommissionens utredningar av Google beskrivs, är det endast den del som rör sökmotortjänsten Google Search som berörs. Google är, och har varit, under utredning för sin verksamhet på en mängd olika områden och marknader, men det är inte av betydelse för uppsatsens syfte. Nationell konkurrenslagstiftning i EU:s medlemsstater kommer inte att beröras närmare eftersom lagstiftningen till stor del harmoniserats inom unionen och baseras på EU:s regelverk.⁵⁵ Det faktum att EU har ett civil law system och att USA har ett common law system behandlas inte heller i uppsatsen, eftersom det inte har relevans för syftet med uppsatsen och det finns en begränsad tidsram för arbetet.

När det amerikanska rättssystemet berörs i uppsatsen är det endast den federala antitrustlagstiftningen och praxis som avses. Anledningen är att delstaterna i USA till viss del har egna regleringar avseende konkurrens som endast gäller inom den egna delstaten.⁵⁶ Förhållandet mellan delstaternas konkurrenslagstiftning och den federala lagstiftningen berörs inte heller. De federala domstolarna har så kallad *diversity jurisdiction*,⁵⁷ vilket innebär att framgångsrika internationella bolag som Google faller under de federala domstolarnas behörighet, om det gäller tvister som berör överstatlig eller mellanstatlig handel.⁵⁸

⁵² Den amerikanska motsvarigheten till begreppet *dominerande ställning* i EU:s konkurrensrätt.

⁵³ FTC v. Brown Shoe Co., Inc., 384 U.S. 316, 322 (1966).

⁵⁴ Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 2.

⁵⁵ Artikel 288 FEUF.

⁵⁶ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 24.

⁵⁷ *Diversity jurisdiction* ger federala domstolar behörighet att pröva civilrättsliga fall där parterna har ursprung i olika stater, eller där en part har ursprung utanför USA:s gränser, om det aktuella beloppet i tvisten överstiger 75.000 USD; 28 U.S.C. § 1332 (2013).

⁵⁸ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 24.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med ett grundläggande avsnitt i kapitel 2 om konkurrens och konkurrensrätt. Konkurrensrättens syfte och ändamål utreds, samt hur det skiljer sig mellan EU och USA. Sedan följer en beskrivning av amerikansk antitrustlagstiftning utifrån syftet med regelverket, samt section 2 Sherman Act och section 5 FTC Act. Avslutningsvis beskrivs EU:s konkurrensrättsliga regelverk utifrån det bakomliggande syftet och artikel 102 FEUF.

I kapitel 3 beskrivs inledningsvis hur marknaden ser ut för digitala plattformar, vad som skiljer de moderna marknaderna från traditionella marknader samt vilka faktorer som kännetecknar marknaden för digitala sökmotorer. Sedan beskrivs de utredningar som FTC och kommission genomfört av Google Search, parternas inställningar samt hur konkurrensmyndigheterna i de två rättssystemen bedömt Googles agerande.

I kapitel 4 behandlas tillämpningen av artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act. Först utreds marknadsdefinitionen på konventionella marknader, därefter utreds den relevanta marknaden för Google Search. Sedan utreds maktpositionen, inledningsvis enligt traditionell bedömning och sedan specifikt för Google Search. Efter det beskrivs missbruksbedömningen enligt amerikansk och europeisk konkurrensrätt, och hur Googles agerande bedöms.

I kapitel 5 jämförs och analyseras de konkurrensrättsliga regelverken i USA och EU, gällande missbruk av dominerande ställning och monopolistisk maktposition. En diskussion kring hur regelverken tillämpas på digitala marknader framförs, vad som skiljer sig från en traditionell utredning av dominerande ställning, samt vilka problem som uppstår när digitala företag ska utredas enligt traditionella konkurrensrättsliga regler.

2 Konkurrens - grunden till det moderna samhället

2.1 Inledning

I det kommande avsnittet förklaras först begreppet konkurrens med utgångspunkt i en fri marknadsekonomi, samt vilket syfte konkurrensrätten har allmänt för att ge läsaren en förståelse av konkurrensrättens uppbyggnad och tillämpning. Därefter kommer syftet med USA:s antitrustlagstiftning, samt regleringen gällande en monopolistisk maktposition, utredas för att ge läsaren en förståelse för hur regelverket är utformat och varför. Avslutningsvis beskrivs syftet med EU:s konkurrensrättsliga regelverk, samt reglerna kring missbruk av dominerande ställning.

2.2 Marknadsekonomier och konkurrens

En öppen marknadsekonomi definieras av att fördelningen av resurser inte regleras av staten, utan efter tillgång och efterfrågan på marknaden.⁵⁹ Konkurrens är en central beståndsdel i en marknadsekonomi, som i sin tur anses vara det ekonomiska system som leder till störst samhällsnytta, effektivitet och välfärd.⁶⁰ Konkurrens är även en av de viktigaste förutsättningarna för ett välfungerande näringsliv.⁶¹ En marknad med fri konkurrens definieras av att säljares skilda produkter på en marknad uppfattas som likvärdiga av köparna och att alla aktörer har full information om köp och säljmöjligheter. Ytterligare rekvisit för fri konkurrens är att det inte finns avtal för hur aktörer ska bete sig på marknaden, samt att aktörerna är så många i antal att marknadspriset för en produkt inte påverkas av en enskild köparens efterfrågan.⁶²

Perfekt, fri konkurrens föreligger när det finns ett flertal relativt små aktörer, och ett flertal köpare, på en marknad för en viss produkt.⁶³ Aktörerna saknar kontroll över marknadspriset för produkten, priset bestäms istället efter företagets

⁵⁹ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 2

⁶⁰ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 2; se även Smith, *The Wealth of Nations*, 1776, (ed. by Skinner 1998), *Book IV*, s. 29 - 34.

⁶¹ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 65.

⁶² Lidgard, *Part I: Competition Classics. Materials & Cases on European Competition Law and Practice*, 2011, s. 13.

⁶³ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 65.

vinstmaximeringskalkyl. Det finns inga inträdeshinder på marknaden för nya aktörer om det föreligger perfekt konkurrens på en marknad, den styrs istället helt av utbud och efterfrågan.⁶⁴ Motsatsen till en marknad med perfekt, fri konkurrens är en marknad där en aktör har dominerande ställning enligt europeisk rätt, eller en så kallad monopolistisk maktposition enligt amerikansk rätt.⁶⁵ Det föreligger när det bara finns en enda aktör på marknaden, alternativt en marknad där en eller flera dominanta aktörer innehar en stor del av marknadsandelarna.⁶⁶ Den aktören, eller de aktörer som tillsammans innehar en dominerande ställning på marknaden, strävar efter maximal vinst för egen del och är inte bunden av ett marknadspris. Av den anledningen kan en sådan marknad aldrig leda till maximal konsumentvälfärd, eller en effektiv allokering av resurser i samhället.⁶⁷

I ett långsiktigt perspektiv reglerar marknaden sig själv efter utbud och efterfrågan, men eftersom andra faktorer också påverkar marknaden på kort sikt kan den inte lämnas helt oreglerad. En marknad med perfekt, fri konkurrens är därför en idealbild som sällan uppnås.⁶⁸ En marknadsekonomi bygger dock till viss del på självreglering, genom att mindre effektiva aktörer inte blir särskilt långvariga på marknaden. Konkurrensrätten syftar således inte till att skydda aktörerna, utan konsumenterna på marknaden.⁶⁹ Hur långt regleringen ska ske av olika sektorer skiljer sig åt mellan de stater som har en marknadsekonomi, och det finns ett antal teorier kring den ultimata lösningen.⁷⁰ Den reglering som staterna använder återspeglar vilken funktion konkurrenslagstiftningen har, och vilket skyddssyfte som eftersträvas med reglerna.⁷¹

⁶⁴ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 65-66.

⁶⁵ Odenbro, *USAs Antitrustlagstiftning – en sammanställning*, 1978, s. 10.

⁶⁶ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 66.

⁶⁷ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 67.

⁶⁸ Lidgard, *Part I: Competition Classics. Materials & Cases on European Competition Law and Practice*, 2011, s. 15.

⁶⁹ Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. REV. 191, 201 (2008).

⁷⁰ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 3.

⁷¹ Lidgard, *Part I: Competition Classics. Materials & Cases on European Competition Law and Practice*, 2011, s. 15.

2.3 Konkurrensrättens syfte

För att kunna förstå hur systemet är uppbyggt och hur rättsreglerna tillämpas i praktiken, behöver ändamålet med konkurrensrätten utredas.⁷² Varje konkurrensrättsligt system har olika mål som reglerna ska uppfylla, baserat på ekonomiska, sociala och politiska faktorer. Det kan även finnas särskilda ändamål specifikt för den region eller stat som tillämpar konkurrensrätten.⁷³ Det mest grundläggande syftet i konkurrensrätten är att skydda en effektiv konkurrens i en fri marknadsekonomi, vilket uppnås genom att begränsa konkurrensen genom reglering.⁷⁴ Det kan anses motsägelsefullt, men om marknaden istället lämnades oreglerad skulle troligtvis konsekvensen bli att marknadsekonomin grund blev ineffektiv. De företag som agerar på marknaden skulle troligtvis vidta åtgärder som var vinstgivande för det egna företaget, men som i ett vidare perspektiv skulle medföra en negativ påverkan på ekonomisk effektivitet och social välfärd i samhället.⁷⁵

Konkurrensrättens främsta syfte är i allmänhet att uppnå och bevara en effektiv konkurrens på marknaden till nytta för konsumenterna, samt att motverka åtgärder med syfte att försvåra eller hindra konkurrensen.⁷⁶ Konsumentskyddet är alltså en av de mest grundläggande principerna i all konkurrensrätt, och syftar främst på skyddet av konsumenternas intressen som prissättning, kvalitet, service och valfrihet.⁷⁷ Det finns dock nivåskillnader mellan rättssystemen vad gäller konsumentskyddet, om det i realiteten är det främsta målet eller om det snarare är ekonomisk effektivitet som utgör det bakomliggande syftet.⁷⁸

USA och EU är ledande i världen på det konkurrensrättsliga området idag.⁷⁹ EU:s regelverk är till stora delar baserat på det amerikanska systemet och konkurrensrätten har i grunden samma funktion i de båda rättsordningarna, men det finns vissa skillnader.⁸⁰ EU:s konkurrensrätt har traditionellt sett framförallt syftat

⁷² Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, 2011, s. 2.

⁷³ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 1.

⁷⁴ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 2.

⁷⁵ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 3.

⁷⁶ Bernitz, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*, 2015, s. 48.

⁷⁷ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 1.

⁷⁸ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, preface.

⁷⁹ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 19.

⁸⁰ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 17.

till att skydda den inre marknaden och den fria rörlighet inom unionen. Konsumentskyddet är en del av den fria rörligheten och principen om den inre marknaden, men utgör inte det huvudsakliga syftet.⁸¹ I den amerikanska antitrustlagstiftningen är konsumentskydd det väsentliga syftet. Ekonomiska faktorer har inte lika stor betydelse som i den europeiska konkurrenslagstiftningen.⁸² Det är av betydelse att utreda ändamålet till lagstiftningen i USA och EU för att förstå hur systemen är uppbyggda, samt varför lagstiftningen tolkats på ett visst sätt i praxis och av konkurrensmyndigheterna.⁸³ I det följande ska syftet med konkurrensrätten i de båda rättssystemen beskrivas.

2.4 Den amerikanska antitrustlagstiftningen

2.4.1 Bakgrund

Under slutet av 1800-talet i USA fanns en oro i den amerikanska kongressen för de truster och monopol som fanns på den amerikanska marknaden. En trust är en sammanslagning eller ett samarbete mellan företag i samma bransch, med syfte att kontrollera priserna och därmed hämma konkurrensen.⁸⁴ Företagen hade så stor makt att de kunde höja priserna, till skada för konsumenterna och den ekonomiska effektiviteten.⁸⁵ För att motverka utvecklingen infördes den så kallade antitrustlagstiftningen genom *The Sherman Antitrust Act* (Sherman Act),⁸⁶ i syfte att reglera den ekonomiska marknaden och skydda den fria konkurrensen.⁸⁷ Antitrustlagstiftningen blev därefter en viktig del av det amerikanska rättssystemet och har influerat konkurrenslagstiftningar i länder över hela världen.⁸⁸ Lagen hade till syfte att skydda marknaden mot otillåtna handelshinder, monopol och att bevara en fri, effektiv konkurrens.⁸⁹ År 1914 kompletterades Sherman Act med ytterligare två betydelsefulla lagar, som tillsammans utgör grunden inom den amerikanska

⁸¹ Artikel 3 FEU.

⁸² Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 16.

⁸³ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 3.

⁸⁴ Vilket är anledningen till att konkurrensrätten i USA benämns antitrustlagstiftning.

⁸⁵ Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 201 (2008).

⁸⁶ 15 U.S.C. §§ 1 – 7 (2013).

⁸⁷ Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 2012 (2008).

⁸⁸ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 15.

⁸⁹ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 15.

antitrustlagstiftningen, *the Clayton Antitrust Act* (Clayton Act)⁹⁰ och *the Federal Trade Commission Act* (FTC Act).⁹¹

Det amerikanska systemet är uppbyggt i en tredelad struktur, med en lagstiftande, en dömande och en verkställande makt. Den amerikanska kongressen stiftar lagar, och har upprättat Sherman Act och de övriga konkurrenslagarna.⁹² Tillsynsmyndigheterna *the Department of Justice* (DoJ) och FTC har verkställande makt, vilket innebär en befogenhet att säkerställa att lagen efterföljs och genomföra åtgärder mot företag som bryter mot antitrustlagstiftningen.⁹³ Den dömande makten ligger hos domstolarna, som har exklusiv tolkningsrätt av lagstiftningen och en yttersta verkställningsmakt.⁹⁴ USA är ett common law-rättssystem, vilket innebär att domstolarna även stiftar lag genom sina beslut. De principiella frågor som prövas i domstolarna blir prejudikat med bindande verkan för andra domstolar i samma instans eller underinstanserna, och blir därmed en del av gällande rätt.⁹⁵ Den amerikanska antitrustlagstiftningen kompletteras därför av omfattande praxis, där domstolarna har tolkat den närmare innebörden av Sherman Act och de andra lagarna.⁹⁶

2.4.2 Antitrustlagstiftningens syfte

2.4.2.1 Ett historiskt perspektiv

De federala domstolarna har inte definierat ett konsekvent syfte bakom konkurrensrätten. En mängd teorier tillkom under 1900-talet som framhåller olika, till viss del motstående syften som det främsta ändamålet med lagstiftningen.⁹⁷ Vid tiden för Sherman Act:s upprättande var ett av ändamålen med reglerna att kontrollera utflödet av kapital, som övergången från ett jordbrukssamhälle till industrialismen genererade, tillbaka in i samhället.⁹⁸ Det var dock inte enbart strävan efter ekonomisk effektivitet som låg bakom införandet av konkurrenslagstiftningen, även sociala och politiska faktorer spelade in. Avsikten

⁹⁰ 15 U.S.C. §§ 12-27 (2013).

⁹¹ 15 U.S.C. §§ 41-58 (2013).

⁹² U.S. Const. art. I, § 8.

⁹³ Section 1 FTC Act, 28 U.S.C. § 516 (2013).

⁹⁴ U.S. Const. art. III, § 1-3.

⁹⁵ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 18.

⁹⁶ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 17

⁹⁷ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 17.

⁹⁸ Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. REV. 191, 202 (2008).

var att skydda den fria och effektiva marknadsekonomin, att värna om demokratin genom att begränsa de ekonomiska aktörernas makt på marknaden och till sist att upprätthålla ett socialt dynamiskt samhälle⁹⁹. Alla faktorer, inte bara ekonomiska, har påverkat den fortsatta utvecklingen av det amerikanska konkurrensrättsliga systemet och den praxis som vuxit fram under åren.¹⁰⁰

Under 70- och 80- talet fick den så kallade Chicago skolan¹⁰¹ stort genomslag för sin teori att det enda legitima syftet bakom konkurrensrätten bör vara maximering av ekonomisk effektivitet. Utgångspunkten var teoretiska ekonomiska analyser om hur konsumenter påverkas av affärsverksamheter.¹⁰² Konsumentvälfärd definierades i sammanhanget utifrån konsumenternas ekonomiska intressen.¹⁰³ Chicago-skolans förespråkare ansåg att marknaden var självreglerad, och att statlig reglering endast resulterade i att konkurrensen hämmades, eller skadade konsumenterna. Konkurrensmyndigheternas fokus ansågs därför endast vara att skydda konsumenterna från ineffektiva aktörer, och främja de aktörer som försökte maximera sin vinst.¹⁰⁴ Teorin fick genomslag i doktrinen och domstolarna följde till en början resonemanget. Efterhand motbevisades den dock från flera håll, för att det i praktiken inte var hållbart att enbart fokusera på ekonomisk effektivitet utifrån teoretiska analyser.¹⁰⁵ Konsumentintresset har dessutom visats innebära mer än enbart låga priser och ekonomisk välfärd, även andra faktorer som kvalitet, trygghet och variation ingår i begreppet.¹⁰⁶ Idag har teorin inte samma tyngd, även om den till viss del fortfarande tillämpas.¹⁰⁷

2.4.2.2 Ett modernt perspektiv

Vissa federala myndigheter, ekonomer, konservativa forskare och verksamma jurister i USA anser istället numera att antitrustlagstiftningen infördes i syfte att

⁹⁹ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 16.

¹⁰⁰ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 16.

¹⁰¹ Se bl.a.: Bork, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 J.L. & ECON. 7, 44 (1966).

¹⁰² Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 17.

¹⁰³ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 29.

¹⁰⁴ Hovenkamp, *The reckoning of post-Chicago antitrust*, in: Cucinotta m. fl. (ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 2002, s.3.

¹⁰⁵ Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis - EU competition law and US antitrust law*, 2004, s. 58.

¹⁰⁶ Lande, *Proving the Obvious: The Antitrust Laws Were Passed to Protect Consumers (Not Just to Increase Efficiency)*, 50 Hastings Law Journal 959, 962 (1999).

¹⁰⁷ Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 207 (2008).

främja en effektiv ekonomi.¹⁰⁸ Skillnaden från Chicago-skolans resonemang, angående ekonomisk effektivitet, är att det idag finns en verklighetsförankring i analysen.¹⁰⁹ Alla aktörer på marknaden har inte som mål att maximera sin vinst, något som förespråkare av Chicago-skolan tvärtom förutsatte. Dessutom är det numera även klarlagt att det finns en koppling mellan marknadsstrukturer och aktörers beteende.¹¹⁰

De amerikanska domstolarna har tydliggjort att målet med konkurrensrätten är att skydda konsumenterna, snarare än att gynna effektivitet.¹¹¹ Samhällets totala välfärd och ekonomiska effektivitet har nämligen visat sig stå under konsumentskyddet, när domstolarna prövat konkurrensrättsliga fall och det har förelegat en konflikt av skyddsintressen.¹¹² Domstolarnas bedömning indikerar att regelverkets främsta syfte är att förbättra konsumenternas position på marknaden, genom lägre priser, bättre produkter och mer valmöjlighet.¹¹³ För att uppnå målet regleras konkurrensen på marknaden, så att konsumenterna skyddas från konkurrensbegränsande verksamheter och företag med maktpositioner som vill utnyttja deras svagare ställning.¹¹⁴

Ytterligare skyddssyften har berörts i doktrinen och i domstolarna. I rättsfallet *Chicago Board of Trade*¹¹⁵ uttalade domstolen att skyddet för enskilda näringsidkare och entreprenörer även ska tas i beaktning vid tillämpningen av antitrustlagstiftningen. Vissa forskare har även argumenterat för att skyddet för enskilda näringsidkare och små företag är det främsta syftet med antitrustlagstiftningen, inte ett renodlat konsumentskydd eller ekonomisk effektivitet.¹¹⁶ Dessa ytterliga skyddssyften kan dock, enligt andra forskare, kopplas

¹⁰⁸ Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 192 (2008).

¹⁰⁹ Hovenkamp, *The reckoning of post-Chicago antitrust*, in: Cucinotta m. fl. (ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 2002, s. 5.

¹¹⁰ Baker, *A Preface to Post-Chicago Antitrust*, in: Cucinotta m. fl. (ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 2002, s. 88.

¹¹¹ Ginsburg, *Bork's "Legislative Intent" and the other courts*, 79 Antitrust Law Journal No. 3, pp. 941 - 951, 949 (2014).

¹¹² Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 192 (2008).

¹¹³ Kirkwood & Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, 192 (2008).

¹¹⁴ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 73.

¹¹⁵ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

¹¹⁶ Hovenkamp, *Antitrust's Protected Classes*, 88 MICH. L. REV. 1, 24 (1989).

till konsumentskyddet genom argumentet att de svagare parterna i samhället ska skyddas av konkurrensrätten, dit enskilda näringsidkare, mindre företag och konsumenterna alla kan räknas in.¹¹⁷

Det råder nu en gemensam uppfattning bland verksamma jurister och domstolar i USA, att antitrustlagstiftningen syftar till att uppnå en effektiv marknadsekonomi och främja konsumentvälfärden.¹¹⁸ Antitrustlagstiftningen syftar inte till att skydda konkurrenterna på en marknad, däremot att reglera konkurrenternas förehavanden så att den svagare parten, konsumenten, inte blir utsatt för missförhållanden.¹¹⁹ De federala domstolarna har även de senaste åren fokuserat mer på ekonomiska faktorer vid antitrustutredningar, som kombineras med konsumentskydd.¹²⁰ Det amerikanska systemet baseras således framförallt på en målsättning att skydda konsumenterna och den fria, effektiva marknaden.

2.4.3 Section 2 Sherman Act

För att uppnå skyddsintresset infördes i section 1 Sherman Act¹²¹ ett straffsanktionerat förbud mot företagskoncentrationer och i section 2 Sherman Act¹²² ett straffsanktionerat förbud mot monopolisering och trustar. Paragraferna är medvetet vagt formulerade, kongressen lämnade tolkningen till domstolarna och det finns ingen klar definition i lagen av förbudens innebörd. Den amerikanska antitrustlagstiftningen är därför till stor del baserad på praxis.¹²³ Enligt section 2 Sherman Act ska:

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”¹²⁴

¹¹⁷ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 22.

¹¹⁸ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 2.

¹¹⁹ Kirkwood, *Consumers, Economics and Antitrust*, *Antitrust Law and Economics* Vol.21, 1-62, pp. 941 - 951, 949 (2004).

¹²⁰ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 16.

¹²¹ 15 U.S.C. § 1 (2013).

¹²² 15 U.S.C. § 2 (2013).

¹²³ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 26.

¹²⁴ 15 U.S.C. § 2 (2013).

Monopolisering, eller monopolistisk maktposition, är den amerikanska motsvarigheten till begreppet dominerande ställning i EU:s konkurrensrätt. Definitionen av en monopolistisk maktposition är enligt U.S. Supreme Court makten att kontrollera priser och utestänga konkurrenter.¹²⁵ Det har även definierats som förmågan att kunna höja priserna över det marknadspris som skulle föreligga på en marknad med fri konkurrens.¹²⁶ För att inneha en monopolistisk maktposition krävs dels en maktposition på marknaden, dels att företaget medvetet försökt erhålla, skaffat sig eller bibehållit den positionen för egen vinning.¹²⁷

En dominerande ställning på marknaden är i sig är inte förbjudet, och det finns en del monopolistiska positioner som är tillåtna. Vissa marknader är för små för att fler än en aktör ska kunna agera på den, och innovativa produkter kan skapa en ny marknad där det utvecklande företaget erhåller en monopolistisk maktposition.¹²⁸ Därutöver är en sådan maktposition, som erhållits genom att erbjuda en produkt eller tjänst som är överlägsen konkurrerande produkter eller tjänster, inte förbjuden enligt lag.¹²⁹ Domstolarna anser att en dominerande ställning är belöningen för framgång och därför en stark drivkraft för konkurrensen på marknaden.¹³⁰ Syftet med section 2 Sherman Act är således inte att straffa de företag som når framgång genom rättvisa medel, endast de som missbrukar sin maktposition eller erhåller den genom att medvetet hämma konkurrensen.¹³¹

Sherman Act är endast tillämplig på mellanstatlig handel varför det, utöver innehavet av en monopolistisk maktposition, även krävs att företaget genom sitt agerande påverkat handeln mellan delstaterna.¹³² För att kunna fastställa om företaget har en monopolistisk maktposition krävs dessutom att den relevanta marknaden definieras.¹³³ Påverkas den mellanstatliga handeln, i kombination med

¹²⁵ *United States v. du Pont & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956).

¹²⁶ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 73.

¹²⁷ *United States v. Grinell Corp.*, 348 U.S. 563, 570 - 571 (1966).

¹²⁸ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 36.

¹²⁹ *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F. 2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

¹³⁰ *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F. 2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

¹³¹ Se bl.a.: *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

¹³² *United States v. Fischbach and Moore, Inc.*, 750 F.2d 1183, 1192 (1984).

¹³³ *Bacchus Industries, Inc., v Arvin Industries, Inc.*, 939 F 2d 887 (10th Cir 1991). Utredningen av den relevanta marknaden utreds närmare nedan, under avsnitt 2.5.

att företaget har en monopolistisk maktposition på den relevanta marknaden, är Sherman Act tillämplig.¹³⁴

2.4.4 Section 5 FTC Act

FTC Act¹³⁵ infördes år 1914 för att komplettera och fylla ut vissa juridiska luckor som fanns i Sherman Act och Clayton Act. Lagen syftar till att förebygga och avhjälpa skada på konkurrensen och konsumenterna.¹³⁶ Genom FTC Act upprättades FTC, en självständig konkurrensmyndighet med till viss del dömande och verkställande makt, samt med åklagarfunktion.¹³⁷ Fem kommissionärer, som nomineras av USA:s president, leder arbetet i FTC.¹³⁸ Myndigheten är uppdelad i två delar, the Bureau of Competition¹³⁹ som utreder konkurrensbegränsande åtgärder, och the Bureau of Consumer Protection¹⁴⁰ som utreder bedrägligt beteende. FTC har ensam befogenhet att ta upp fall till prövning under FTC Act, men saknar befogenhet att tillämpa Sherman Act.¹⁴¹ FTC kan dock i praktiken pröva fall på samma grunder som enligt Sherman Act, eftersom U.S. Supreme Court har uttalat att alla överträdelse av Sherman Act också utgör en överträdelse mot FTC Act.¹⁴² Lagen efterföljs genom administrativa förfaranden i FTC, eller genom att FTC tar upp ett fall till prövning i en *District Court*.¹⁴³ All information som FTC erhåller vid en utredning är sekretessbelagd, om det rör företagshemligheter.¹⁴⁴ Section 5 FTC Act reglerar:

“...unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce are hereby declared unlawful”.¹⁴⁵

Paragrafen anger FTC:s befogenheter gällande antitrust och konsumentskydd. Regeln tillämpas på illojala konkurrensmetoder och handlingar som strider mot god

¹³⁴ 15 U.S.C. § 2 (2013).

¹³⁵ 15 U.S.C. §§ 41 - 58 (2013).

¹³⁶ Kovaviv & Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 Antitrust L.J. pp. 929 - 950, 931 (2009-2010).

¹³⁷ American Bar Association, *FTC Practice and Procedure Manual* (2007), chap. 1, preface.

¹³⁸ 15 U.S.C. §§ 41 (2013).

¹³⁹ American Bar Association, *FTC Practice and Procedure Manual* (2007), chap. III, p. 73.

¹⁴⁰ American Bar Association, *FTC Practice and Procedure Manual* (2007), chap. III, p. 79.

¹⁴¹ Hovenkamp, *The Federal Trade Commission and the Sherman Act*, 62 Fla. L. Rev. (2010) p. 2.

¹⁴² *FTC v. Brown Shoe Co., Inc.*, 384 U.S. 316, 322 (1966).

¹⁴³ 15 U.S.C. § 57b (2013). En *District Court* motsvarar de svenska tingsrätterna, och är den lägsta instansen i den amerikanska rättsordningen.

¹⁴⁴ 15 U.S.C. § 57b (c) (2013).

¹⁴⁵ 15 U.S.C. § 45 (2013).

affärssed.¹⁴⁶ FTC:s befogenhet begränsas av allmänna krav för handel och allmänhetens intressen, samt skyddsbehovet för konsumenter och konkurrens.¹⁴⁷ FTC har dock genom section 5 en vidsträckt kompetens att tillämpa antitrustlagstiftningen och konsumentskyddslagstiftningen. Det har fastslagits i praxis att section 5 FTC Act till och med har ett bredare tillämpningsområde än Sherman Act.¹⁴⁸ Lagen reglerar även vissa beteenden som skadar konkurrensen, men som inte faller in under de kategorier som Sherman Act reglerar.¹⁴⁹ Domstolar i USA har med anledning av section 5 FTC Act utökade tillämpningsområde och FTC:s utvidgade befogenheter varit kritiska till systemet. Av den anledningen har section 5 inte fått det genomslag i rättstillämpningen som var tänkt när den infördes i antitrustlagstiftningen.¹⁵⁰ Kritiken har främst gällt att FTC har tolkat innebörden av section 5 till att även omfatta rättsområden som täcks av section 2 Sherman Act, och därmed tilldelar sig själv en kompetens som myndigheten i realiteten saknar.¹⁵¹

Vid överträdelse av section 5 FTC Act har FTC befogenhet att vidta alla åtgärder som krävs för att hindra en fortsatt överträdelse.¹⁵² Åtgärderna är inte menade som kompensation eller straff, det rör det sig snarare om rättsmedel i förebyggande syfte.¹⁵³ Endast DoJ kan inleda straffrättsliga förfaranden med påföljderna böter eller fängelse.¹⁵⁴ FTC inleder en utredning på föranledning av andra myndigheter, konsumenter, konkurrerande bolag, eller på eget initiativ.¹⁵⁵ Om FTC genom utredningen finner att antitrustlagstiftningen överträtts, utfärdar de ett *statement of objections* till det aktuella företaget. Företaget får möjlighet att besvara klagomålet, innan FTC tar upp fallet till prövning.¹⁵⁶ FTC kan även inleda ett administrativt förfarande med befogenhet att förelägga den eller de som är utsatta för utredningen att avbryta eller upphöra med det beteendet som skadar konkurrensen, en så kallad

¹⁴⁶ Odenbro, *USAs Antitrustlagstiftning – en sammanställning*, 1978, s. 10.

¹⁴⁷ American Bar Association, *FTC Practice and Procedure Manual*, 2007, kap. I, fotnot 6.

¹⁴⁸ *FTC v. Brown Shoe Co., Inc.*, 384 U.S. 316 (1966).

¹⁴⁹ Federal Trade Commission, *The Antitrust Laws*, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>, (hämtad 27 januari 2016).

¹⁵⁰ Kovaviv & Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 *Antitrust L.J.* pp. 929 - 950, 933 - 936 (2009-2010).

¹⁵¹ Kovaviv & Winerman, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 *Antitrust L.J.* pp. 929 - 950, 935 (2009-2010).

¹⁵² 15 U.S.C. § 45 (b) (2013).

¹⁵³ Hovenkamp, *The Federal Trade Commission and the Sherman Act*, 62 *Fla. L. Rev.* (2010), s. 3.

¹⁵⁴ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 60.

¹⁵⁵ American Bar Association, *FTC Practice and Procedure Manual* (2007), chap. V, p. 153 - 155.

¹⁵⁶ 15 U.S.C. § 45 (b) (2013).

cease and desist order.¹⁵⁷ En utredning kan också avslutas genom en överenskommelse, en så kallad *consent agreement*,¹⁵⁸ eller genom att FTC tar upp fallet till prövning i en federal domstol.¹⁵⁹

2.5 EU:s konkurrenslagstiftning

2.5.1 Bakgrund

Vid bildandet av den Europeiska kol- och stålgemenskapen (EKSG), genom undertecknandet av Parisfördraget¹⁶⁰ år 1951, infördes de första konkurrensreglerna i Europa.¹⁶¹ De ursprungliga reglerna baserades på den amerikanska modellen, konkurrensrätten har därför liknande funktion i båda rättssystem även om de till viss del skiljer sig åt.¹⁶² Utförligare regler trädde sedan i kraft år 1957 genom Romfördraget,¹⁶³ varvid den Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) bildades. EEG var början till unionssamarbetet som utvecklats till dagens EU, och därmed också utgör grunden till EU:s konkurrensrättsliga regelverk.¹⁶⁴ EEG var en ekonomisk tullunion mellan de ursprungliga sex medlemsstaterna¹⁶⁵ som upprättades för att bevara freden i Europa efter andra världskriget.¹⁶⁶

Syftet med EEG var, och är, framförallt att skapa en gemensam marknad och underlätta gränsöverskridande handel mellan medlemsländerna. Den fria marknaden utan inre gränser inom EU:s territorium är en av de mest fundamentala principerna för EU-samarbetet. Artikel 26 FEUF reglerar fri rörlighet inom EU för de fyra friheterna; kapital, tjänster, varor och personer. Den inre marknaden och EU:s konkurrensrättsliga regelverk är även nära sammankopplade. Fördraget anger att EU ska baseras på en marknadsekonomi med hög konkurrenskraft,¹⁶⁷ samt att medlemsstaterna och unionen ska agera enligt principen om en öppen marknadsekonomi och fri konkurrens, för att främja effektiv resursfördelning på

¹⁵⁷ 15 U.S.C. § 45 (b) (2013).

¹⁵⁸ 15 U.S.C. § 45 (b) (2013).

¹⁵⁹ 15 U.S.C. § 45 (b) (2013).

¹⁶⁰ Artikel 65 – 66, *Fördraget om upprättandet av Europeiska Kol- och stålgemenskapen* (1951).

¹⁶¹ Jones & Sufirin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 34.

¹⁶² Jones & Sufirin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 3.

¹⁶³ *Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen* (1957).

¹⁶⁴ Jones & Sufirin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 34.

¹⁶⁵ Belgien, Frankrike, Italien, Luxemburg, Nederländerna och dåvarande Västtyskland.

¹⁶⁶ Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, 2011, s. 114.

¹⁶⁷ Artikel 3.3 FEU.

den fria marknaden.¹⁶⁸ Konkurrensrätt var således inte ett av EU:s grundläggande mål vid samarbetets bildande, men fri konkurrens är en förutsättning för att den inre marknaden ska upprätthållas.¹⁶⁹ Inom EU förs alltså en gemensam ekonomisk politik som förespråkar en öppen marknadsekonomi och fri konkurrens, med målsättningen att nå EU:s grundläggande mål och upprätthålla den inre marknaden.¹⁷⁰

2.5.2 Konkurrenslagstiftningens syfte

Artikel 102 FEUF förbjuder missbruk av dominerande ställning på den inre marknaden i EU. Förbudet är en viktig del av det EU-rättsliga regelverket, men det bakomliggande syftet med regeln är inte preciserat.¹⁷¹ Att utreda ändamålet till konkurrenslagstiftningen är av betydelse för att förstå varför kommissionen och EU-domstolen tolkat lagstiftningen på ett visst sätt i praxis och i sina utgivna rekommendationer.¹⁷² Tolkningen av de bakomliggande ändamålen med konkurrensrätten är emellertid ett juridiskt komplicerat område. Av den anledningen har EU-domstolen inte fastställt vad syftet är med det konkurrensrättsliga regelverket. Istället har EU-domstolen endast hänvisat till fördragstexten eller använt vaga formuleringar. Rättsläget är därför till viss del oklart, eftersom syftet med artiklarna inte tolkats enhetligt i de rättsfall som domstolen prövat.¹⁷³

EU-domstolen uttalade i *TeliaSonera*¹⁷⁴ att artikel 102 FEUF har till syfte att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids, vilket i sin tur anspelar på att följa de grundläggande målen enligt fördragen.¹⁷⁵ I rättsfallet *Hoechst AG*¹⁷⁶ uttalade EU-domstolen att syftet med konkurrensrätten är att hindra att konkurrensen snedvrids till nackdel för allmänintresset, de enskilda företagen och konsumenterna. Reglerna

¹⁶⁸ Artikel 120 FEUF.

¹⁶⁹ Jones & Sufirin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 18.

¹⁷⁰ Artikel 3 FEU.

¹⁷¹ Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, 2011, s. 1.

¹⁷² Jones & Sufirin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 3.

¹⁷³ Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, 2011, s. 1.

¹⁷⁴ Mål C-52/09 *Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB* (REG 2011), p. 20 - 22.

¹⁷⁵ Artikel 26.2 FEUF.

¹⁷⁶ Mål 46/87 och 227/88 *Hoechst AG mot kommissionen* (REG 1989), p. 25.

ska skapa en fri konkurrens på marknaden under det att alla aktörer har samma möjlighet att konkurrera, vilket bidrar till en välfungerande europeisk marknad.¹⁷⁷

År 2009 gav kommissionen ut rekommendationer angående artikel 102 FEUF,¹⁷⁸ som fastslog vilka faktorer kommissionen tar hänsyn till vid sina utredningar beträffande missbruk av dominerande ställning. Rekommendationen tydliggör att kommissionen arbetar för att skydda konsumenterna från skada.¹⁷⁹ Det övergripande syftet är dock enligt kommissionen att skydda en effektiv konkurrens på den inre marknaden, och konsumentskyddet är endast en del av det övergripande målet.¹⁸⁰ Dessa rekommendationer har en generell formulering och specificerar inte vad artikel 102 FEUF egentligen syftar till att uppnå, förutom i vaga ordalag. Kommissionen prövar dessutom missbruk av dominerande ställning från fall till fall,¹⁸¹ vilket innebär att det till viss del går att anpassa tolkningen efter situation.¹⁸²

Det har ifrågasatts om kommissionens angivna syfte bakom artikel 102 FEUF är det reella syftet med konkurrenslagstiftningen. Vissa argumenterar för att ändamålet snarare är att skapa en långsiktig social välfärd inom EU, än att skydda konsumenterna eller den inre marknaden.¹⁸³ Som en del i det övergripande målet anses även skyddet för den fria konkurrensen, rättvisa, konsumentskydd och ekonomisk frihet ingå, trots att de var för sig inte kan anses vara syftet bakom regeln.¹⁸⁴ Andra teorier har tagit upp ekonomiska incitament som det grundläggande syftet bakom artikel 102 FEUF. Ett företag anses missbruka sin dominerande ställning endast om det ger en negativ ekonomisk effekt på

¹⁷⁷ Europeiska kommissionen, Generaldirektoratet för konkurrens (GD Konkurrens), Publikation: *Konkurrens – bättre marknader*, 2014, s. 3, (http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_sv.htm), (hämtad 31 januari 2016).

¹⁷⁸ *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)*.

¹⁷⁹ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 5.

¹⁸⁰ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 6.

¹⁸¹ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 8.

¹⁸² Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, 2011, s. 1.

¹⁸³ Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, 2011, s. 49.

¹⁸⁴ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 52.

marknaden, snarare än att det har negativ effekt på konsumenternas intressen eller den sociala välfärden i sig.¹⁸⁵

2.5.3 Artikel 102 FEUF

Vid en analys av artikel 102 FEUF finns det fyra frågeställningar som är centrala för att missbruk av dominerande ställning ska föreligga. Artikel 102 reglerar att:

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

Sådant missbruk kan särskilt bestå i att

- a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,*
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,*
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,*
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”¹⁸⁶*

Frågorna som måste besvaras är alltså om det rör sig om ett företag med dominerande ställning, eller en grupp av företag med dominerande ställning? Har företaget eller företagen en dominerande ställning inom EU:s inre marknad, eller av en väsentlig del av denna? Missbrukas den dominerande ställningen? Kan missbruket av den dominerande ställningen påverka handel mellan medlemsstaterna? Om dessa fyra frågeställningar besvaras jakande, föreligger missbruk av dominerande ställning.¹⁸⁷ Det finns dock en möjlighet för det företag som missbrukat sin ställning att undvika påföljder på två grunder. Företaget måste objektivt kunna försvara agerandet, eller visa att agerandet medfört en samhällsnytta som väger över de konkurrensbegränsningar som missbruket medfört.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Ezrachi, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2014, s. 190.

¹⁸⁶ Artikel 102 FEUF.

¹⁸⁷ Ezrachi, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2014, s. 182.

¹⁸⁸ Ezrachi, *EU Competition Law - An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2014, s. 181.

Kommissionens riktlinjer¹⁸⁹ tydliggör hur artikel 102 FEUF ska tolkas. Där framgår även hur kommissionen bedriver sin utredning av dominerande ställning, samt hur de definierar olika beteenden på marknaden.¹⁹⁰ Kommissionen har ingen befogenhet att reglera konkurrens i sig, endast i den utsträckning som krävs för att upprätthålla den inre marknaden.¹⁹¹ Dominerande ställning definieras som en marknadsposition av ekonomisk styrka, som ger företaget möjlighet att agera oberoende av konkurrenter, konsumenter och kunder, och därmed hämmar en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden.¹⁹² För att kunna fastslå om ett företag har en sådan maktposition, krävs därmed att den relevanta marknaden definieras, som uppdelas i en produkt- och en geografisk marknad.¹⁹³ När marknaden har fastställts utreds om företaget i fråga har en dominerande ställning på den aktuella marknaden.¹⁹⁴

2.6 Koordinerat samarbete över gränserna

Det finns en målsättning från konkurrensmyndigheternas sida att konkurrensrätten i USA och EU ska bli mer samstämmig, trots att det föreligger vissa skillnader mellan systemen.¹⁹⁵ USA och EU har i över 25 år samarbetat på området för konkurrensrätt.¹⁹⁶ Parterna har upprättat bilaterala avtal som reglerar samarbetet mellan FTC, DoJ och kommissionen angående tillämpningen av de konkurrensrättsliga regelverken.¹⁹⁷ Dessutom har konkurrensmyndigheterna regelbundna möten för att dela med sig av information angående pågående utredningar, diskutera konkurrensrättsliga principer samt andra delade intressen på

¹⁸⁹ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 9 - 18.

¹⁹⁰ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 6.

¹⁹¹ Artikel 102 FEUF.

¹⁹² Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen* (REG 1978) p. 65; mål 85/76, *Hoffman-La Roche & Co mot kommissionen* (REG 1979), p. 39.

¹⁹³ Den relevanta marknaden berörs vidare nedan under avsnitt 4.3.1.

¹⁹⁴ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 13.

¹⁹⁵ Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis - EU competition law and US antitrust law*, 2004, s. 13.

¹⁹⁶ European Commission Press Release, *Competition: EU and US celebrate 20 years of cooperation; agree to advance cooperation further*, IP/11/1194, Brussels, 14-10-2011.

¹⁹⁷ Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws, OJ L 95/45 (1995), as corrected by OJ L 131/38 (1995); Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws, OJ L173/26 (1998).

konkurrensområdet.¹⁹⁸ Parterna har en plikt att informera varandra när en konkurrensutredning påverkar den andra partens intressen.¹⁹⁹ De samarbetar även vid utredningar för att säkerställa att effektiva sanktioner används mot konkurrensbegränsande aktörer.²⁰⁰

USA och EU samverkar sedan tidigare även på andra områden, inte minst vad gäller handel. Ett nytt bilateralt frihandelsavtal mellan USA och EU, det så kallade TTIP-avtalet,²⁰¹ är bland annat under utredning. En del av avtalet ska reglera konkurrens med syfte att underlätta handel, import och export. TTIP-avtalet kommer påverka konkurrensrätten i båda länder om det träder i kraft, och samtidigt öka det redan nu omfattande samarbetet mellan USA och EU.²⁰²

Det finns flera anledningar till det ökande samarbetet mellan EU och USA. Globaliseringen är en viktig faktor, som i sin tur leder till en ökad internationell konkurrens på marknaderna. Samarbetet medför positiva effekter för konsumenter och företag i båda rättssystem, och främjar ökad handel över atlanten. Idag finns dessutom mer kunskap om lagstiftningens påverkan på ekonomin, som i kombination med teknisk och digital innovation kräver ett ökat internationellt juridiskt samarbete över gränserna.²⁰³

2.7 Jämförelse mellan USA och EU

2.7.1 Inledning

Amerikansk och europeisk konkurrensrätt skiljer sig åt en hel del, trots att de baseras på samma grundvärden. Lagstiftningens innehåll är till viss del olika i de två rättssystemen, den största skillnaden är att konkurrensrätten i EU reglerar

¹⁹⁸ Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws, OJ L 95/45 (1995), as corrected by OJ L 131/38 (1995).

¹⁹⁹ Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws, OJ L 95/45 (1995), as corrected by OJ L 131/38 (1995), article II.

²⁰⁰ Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws, OJ L 95/45 (1995), as corrected by OJ L 131/38 (1995), article IV-VI.

²⁰¹ The Transatlantic Trade Investment Partnership (TTIP), (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/>), (hämtad 16 februari 2016).

²⁰² *Competition Policy in TTIP*, (<http://www.transatlantictrade.org/issues/competition-policy/>), (hämtad 16 februari 2016).

²⁰³ Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis - EU competition law and US antitrust law*, 2004, s. 13.

statsstöd vilket saknar motsvarighet i den amerikanska antitrustlagstiftningen.²⁰⁴ Utöver det finns det ytterligare faktorer som är av betydelse när amerikansk antitrustlagstiftning och praxis studeras i en komparativ studie.

2.7.2 Konkurrensrättens syfte

Syftet med konkurrensrätten hör till de mer märkbara skillnaderna mellan rättsordningarna. USA har en tradition av att det främsta ändamålet är skydd för konsumenter, som efter Chicago-skolans inträde i debatten numera även kombineras med ekonomiska analyser. Ekonomisk effektivitet kan dock medföra negativa konsekvenser för konsumenter. Det har visats att en tillämpning av antitrustlagstiftningen som gynnar ekonomisk effektivitet inte alltid främjar konsumentvälfärden, vilket kan medföra att konsumentskyddet inte upprätthålls i praktiken.²⁰⁵ Det har dock fastslagits i USA att ekonomiska faktorer är en viktig del vid beräkningen av hur konsumenter påverkas av företagets agerande, samtidigt som konsumentvälfärd är en del av ekonomisk effektivitet i samhället. Antitrustlagstiftningens syfte anses därför numera vara en kombination av ekonomisk effektivitet och konsumentvälfärd, där hänsyn även tas till andra faktorer än ekonomiska.

EU var från början ett ekonomiskt samarbete med fokus på handel mellan medlemsstaterna. Konkurrensrätt var inte ett av EU:s grundläggande mål vid samarbetets bildande men fri konkurrens är en förutsättning för att den inre marknaden ska upprätthållas, en av EU:s viktigaste funktioner. Anledningen till att det konkurrensrättsliga regelverket infördes var således främst för att skydda den inre marknaden. EU-domstolen har även fastslagit att konkurrensrätten främst syftar till att säkerställa att den inre marknaden upprätthålls.²⁰⁶ Konsumentskydd är dock en viktig del av det övergripande skyddet för den inre marknaden, och enligt EU-rättslig praxis tar kommissionen och EU-domstolen hänsyn till båda faktorer.

Den europeiska konkurrensrätten är harmoniserad inom EU och har som mål att främja och skydda den inre marknaden mellan medlemsstaterna, varav konsumentskydd är en viktig del. Antitrustlagstiftningen däremot har inte till syfte att skapa gränsöverskridande integration mellan delstaterna, lagstiftningen

²⁰⁴ Artikel 107 - 108 FEUF.

²⁰⁵ Buttigieg, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest*, 2009, s. 381.

²⁰⁶ Mål C-52/09 *Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB* (REG 2011), p. 20 - 21.

tillämpas på fall som rör den federala jurisdiktionen. Ekonomisk effektivitet och allmän social välfärd är grundläggande mål i båda rättsordningar, men amerikansk praxis visar att konsumentskyddet har prioriteras främst, när en intressekonflikt uppstår. USA har traditionellt sett fokuserat på ekonomiska värden och analyser vid sin tillämpning av konkurrenslagstiftningen, även om EU på senare tid visat tendenser på en mer ekonomisk inriktning. I båda rättsordningar har ett flertal andra bakomliggande syften nämnts i doktrin och praxis, dock kan de anses utgöra en del av de övergripande ändamålen som nämnts här. USA och EU har följaktligen något skilda ändamål med konkurrensrätten, även om syftet också till viss del överlappar. Det påverkar i sin tur hur lagstiftningarna tolkas och tillämpas i praktiken.

2.7.3 Lagstiftning och processuellt förfarande

Lagstiftningarna är uppbyggda på olika sätt i EU och USA. Varierande formuleringar och begrepp används för att beskriva liknande förhållanden, vilket skapar vissa tolkningsproblem mellan rättsordningarna. Enligt artikel 102 FEUF är en så kallad *undertaking* subjektet för missbruk av dominerande ställning, motsvarande begrepp finns inte i antitrustlagstiftningen. Förbudet i section 2 Sherman Act anger försök till monopolisering eller monopolistisk maktposition, i artikel 102 FEUF används istället missbruk av dominerande ställning. Ett konkurrensbegränsande agerande varigenom en maktposition kan förvärfvas, utgör därmed en överträdelse av antitrustlagstiftningen. Enligt EU:s konkurrensrättsliga regelverk krävs däremot en konstaterad dominerande ställning på marknaden för att artikel 102 FEUF ska bli tillämplig.

Ytterligare en skillnad mellan rättsordningarna föreligger avseende konkurrensmyndigheternas befogenhet att ta upp ett fall till prövning och fatta beslut.²⁰⁷ Enligt det amerikanska systemet har DoJ och FTC delad verkställningsmakt. Uppdelningen mellan myndigheterna baseras på deras respektive tidigare erfarenhet och kunskap av specifika marknader, för att möjliggöra en så korrekt och effektiv utredning som möjligt.²⁰⁸ Myndigheterna fattar inte direkta beslut, även om både DoJ och FTC influerar tillämpningen av lagstiftningen genom att bland annat utfärda riktlinjer och förhandla fram

²⁰⁷ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 20.

²⁰⁸ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 60.

förlikningar.²⁰⁹ Istället tar myndigheterna upp fallen till prövning i federala domstolar, som ska tolka lagstiftningen och är den dömande makten. En stor andel av utredningarna avslutas dock genom förlikning innan de når så långt.²¹⁰

Det står i kontrast till den befogenhet kommissionen har, den europeiska motsvarigheten till FTC. Kommissionen agerar både som åklagare och domare i konkurrensrättsliga mål och har befogenhet att fatta bindande beslut för berörda företag. Även medlemsstaternas nationella konkurrensmyndigheter tillämpar EU:s regelverk och kan ta upp fall till prövning, något som USA:s delstater saknar befogenhet att göra enligt den federala lagstiftningen.²¹¹

Ytterligare en faktor som skiljer är den institutionella prövningen av konkurrensrättsliga mål. Civila tvistemål som tas upp i federala domstolar av FTC är vanligast i USA, även om vissa inomstatliga fall tas upp i delstatliga domstolar.²¹² EU domstolen prövar främst mål på uppdrag av kommissionen som anmäler överträdelser av fördragen, eller på begäran av medlemsstaterna genom ett så kallat förhandsavgörande angående tolkningen av lagstiftningen.²¹³ Konsekvensen av att de två rättsordningarna har olika sätt att hantera det processuella arbetet är att den amerikanska konkurrensrätten utvecklats genom omfattande praxis, där domstolarna prövat varje enskilt fall.²¹⁴ EU:s regelverk baseras däremot på ett rent administrativt förfarande där EU-domstolen endast tolkar fördragen, men inte fattar principiella beslut på samma sätt som de amerikanska federala domstolarna. I EU är det istället kommissionen som fattar individuella bindande beslut för de berörda företagen, alternativt lägger fram sin utredning i EU-domstolen som sedan gör en prövning utifrån kommissionens utredning.²¹⁵

2.7.4 Koordinerat samarbete över gränserna

De gällande bilaterala avtalen, och det kommande TTIP-avtalet, fastställer viljan att samordna USA och EU:s konkurrenslagstiftningar och främja en effektiv tillämpning av regelverken. Det omfattande samarbetet mellan USA och EU på

²⁰⁹ 15 U.S.C. § 41 (2013).

²¹⁰ Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis - EU competition law and US antitrust law*, 2004, s. 13.

²¹¹ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 20.

²¹² 15 U.S.C. § 41 (2013).

²¹³ Artikel 267 FEUF.

²¹⁴ Jones & Sufrin, *EU Competition Law - Texts, Cases, and Materials*, 2014, s. 21.

²¹⁵ Artikel 263 FEUF.

konkurrensområdet tydliggör rättsordningarnas likheter, men även skillnader. EU har under åren successivt anpassat sitt konkurrensrättsliga regelverk efter amerikansk tradition. Kommissionen och EU-domstolen har anammat en mindre formell tolkning av artikel 102 FEUF och fokuserat mer på konsumentskyddet vid tillämpningen av konkurrenslagstiftningen. Det framkommer vid granskning av kommissionens råd och rekommendationer för tolkningen av regelverket, där konsumentskydd numera nämns som en viktig del av konkurrensrättens syfte. Trots skillnaderna i formulering av lagarna och till viss del även tillämpningen, går rättsordningarna mot en mer överensstämmande konkurrensrätt. Konkurrensmyndigheterna använder dessutom samma verktyg och ekonomiska analyser vid utredningen enligt artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act, vilket beskrivs närmare nedan i kapitel 3.

2.8 Sammanfattning

EU:s konkurrensrättsliga regelverk baseras i grunden på den amerikanska antitrustlagstiftningen, men har anpassats efter de särskilda omständigheter som råder på den inre marknaden och efter EU:s grundläggande principer. Skillnaderna mellan artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act är inte enbart olika formuleringar och begrepp. Reglerna tolkas och tillämpas på något olika sätt, och har även till viss del skilda bakomliggande syften. Vid en jämförelse mellan de olika rättssystemen måste skillnaderna tas i beaktning för att nå full förståelse för hur systemen är uppbyggda och varför. Trots skillnaderna föreligger ett nära samarbete mellan USA och EU på konkurrensområdet och rättsutvecklingen går mot en än mer samstämmig konkurrensrätt.

3 Digitala plattformar och sökmotorer ur ett konkurrensrättsligt perspektiv

3.1 Digitala marknader

Marknaden för internetbaserade tjänster har ökat i takt med att internet har blivit tillgängligt för fler människor i världen, i slutet av år 2015 använde över 3 miljarder människor internet regelbundet.²¹⁶ De digitala industrierna har revolutionerat spridning av information, hur människor interagerar med varandra, men framförallt skapat nya verktyg för handel.²¹⁷ Företag och konsumenter använder internet i allt högre utsträckning för affärstransaktioner och privata transaktioner.²¹⁸ Efterhand som internet växte och fler användare tillkom, ökade behovet av att snabbt kunna hitta den information som efterfrågades. De digitala sökmotorerna uppstod, med syfte att söka igenom allt material som finns på internet för att ge användarna mer komprimerad och samlad information.²¹⁹ Det finns idag ett hundratal digitala sökmotorer även om endast ett fåtal aktörer dominerar marknaden, varav Google är den mest använda sökmotorn.²²⁰

I praktiken medför dock de digitala marknaderna även nya konkurrensrättsliga problem, eftersom de har andra förutsättningar jämfört med traditionella marknader. Digitala marknader saknar bland annat en geografisk begränsning i traditionell mening. Nya produkter och innovativa lösningar presenteras ständigt och ett flertal tjänster är dessutom kostnadsfria.²²¹ Hur ska marknaden kunna analyseras om det inte går att avgränsa en geografisk marknad eller en produktmarknad enligt de traditionella definitionerna? Vilka inträdeshinder finns på en plattform där användare från hela världen möts? När övergår en digital verksamhet från att vara konkurrenskraftig, till att missbruka sin maktposition? Dessa frågeställningar har tillkommit i och med den moderna digitala eran, vilket

²¹⁶ World Internet Usage Statistics, (3,366,261,156 användare den 30 november 2015), <http://internetworldstats.com/stats.htm>, (hämtad 2 februari 2016).

²¹⁷ Surblyté, *Competition on the Internet*, 2015, s.1.

²¹⁸ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, 2013, s. 2.

²¹⁹ Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, 267.

²²⁰ Telang m.fl., *The Market Structure for Internet Search Engines*, Vol. 21 Journal of Management Information Systems, No 2, pp.137-160, 138 (2004).

²²¹ Surblyté, *Competition on the Internet*, 2015, s.1.

utsätter den traditionella konkurrensrätten för prövning.²²² I det följande avsnittet ska internetmarknaden för sökmotorer beskrivas ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, hur marknaden är uppbyggd och vilka faktorer som påverkar konkurrensen. Sedan beskrivs konkurrensutredningarna av Google Search i EU och USA.

3.2 Kännetecken för digitala marknader

3.2.1 Teknisk innovation och lägre produktionskostnader

3.2.1.1 New Economy Industries

En faktor som påverkar handeln är teknisk innovation, genom att nya marknader ständigt uppstår eller expanderar och konkurrerar med konventionella marknader om kunderna. Innovation är en drivkraft för konkurrensen som successivt förändrar aktörernas beteende och marknadens förutsättningar.²²³ Effekterna av den här utvecklingen är lägre transaktionskostnader och ökad konkurrens på flera marknader, i takt med att ett fler aktörer har möjlighet att nå ut till en bredare kundkrets via internet.²²⁴

Digitala marknader skiljer sig åt från traditionella marknader. De nya marknaderna, så kallade ”*new economy industries*”²²⁵ kännetecknas av en hög teknisk utveckling, där nya produkter och plattformar ständigt utvecklas.²²⁶ Dessutom har företagen på dessa nya marknader reducerade produktionskostnader jämfört med traditionella industrier. Anledningen är att högteknologiska företag utvecklar och förfinar redan existerande produkter och processer, som i sin tur leder till högre effektivitet och bättre produkter.²²⁷ Kostnaden är desto högre för de investeringar som krävs för att utveckla nya produkter eller nya plattformar, men när investeringen gjorts och företaget lyckats ta sig in på marknaden är kostnaderna för produktion låga.²²⁸ De

²²² Surblyté, *Competition on the Internet*, 2015, s.2.

²²³ Glader, *Innovation Markets and Competition Analysis - EU competition law and US antitrust law*, 2004, s. 22.

²²⁴ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, 2013, s. 2.

²²⁵ Det finns ingen tydlig definition av begreppet ”*new economy*”, som används både för att beskriva de nya digitala marknaderna och de högteknologiska företag som bedriver sin verksamhet på internet, se Posner, *Antitrust in the New Economy*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 106, (2000), s. 2.

²²⁶ Vanberg, *From Archie to Google -Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law*, European Journal for Law and Technology, Vol. 3, No. 1, (2012), s. 5.

²²⁷ Vanberg, *From Archie to Google -Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law*, European Journal for Law and Technology, Vol. 3, No. 1, (2012), s. 5.

²²⁸ Ahlborn m.fl., *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, 2006, s. 13.

initiala investeringskostnaderna, i kombination med kravet på innovation, medför att det finns en strävan bland digitala aktörer att nå en viss maktposition på marknaden för att den ekonomiska investeringen ska vara lönsam. Med anledning av det är digitala marknader ofta koncentrerade.²²⁹

Sökmotorer är en del av den högteknologiska, digitala marknaden. För att ta sig in på marknaden krävs därför ett visst mått av innovation, och stora investeringar vid inträde på marknaden. Dessutom krävs ständig utveckling av tekniken för att kunna överleva på marknaden.²³⁰

3.2.1.2 Marknadskoncentration på digitala marknader

De mest framgångsrika internetbaserade bolagen har monopol på sina respektive marknader, så kallade *new economy industries*.²³¹ Google, Youtube, Facebook och Skype är typiska exempel, som alla dominerar sina relevanta marknader och som endast lämnar en begränsad del av marknaden för konkurrerande aktörer att verka på.²³² Dessa bolag producerar inte själva något innehåll, utan agerar endast som plattformar som ger tillgång till information och innehåll på internet för användarna.²³³ Företagen använder sig av en traditionell metod för media, baserad på marknadsföring. Information används för att attrahera användartrafik till plattformen, trafiken säljs sedan vidare till annonsörer. Innehållet som plattformen erbjuder är i regel gratis för användarna och finansieras således genom betalande annonsörer.²³⁴

Som ovan nämnts kännetecknas alltså de nya digitala marknaderna av hög koncentration. Det finns några få dominanta aktörer som innehar en stor del av marknadsandelarna på sina respektive marknader, och som även har lyckats behålla sin ställning under en längre tidsperiod.²³⁵ Det finns delade åsikter om vad det beror

²²⁹ Graham & Smith (ed.), *Competition, Regulation and the New Economy*, 2004, s. 4.

²³⁰ OECD Competition Committee, *Competition Policy and Policy and Knowledge-Based Capital (2013)*, p.7 (2).

²³¹ Posner, *Antitrust in the New Economy*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, No. 106, (2000), s. 2.

²³² Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, 2013, s. 2.

²³³ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, 2013, s. 2.

²³⁴ Evans, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 NW. U. L. REV. COLLOQUY 285, 290 (2008).

²³⁵ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, 2013, s. 2.

på, och huruvida det är en negativ aspekt av de moderna marknaderna eller om det är en naturlig del av innovativa digitala marknader som inte bör regleras närmare.²³⁶

Från ett konkurrensrättsligt perspektiv är frågan inte huruvida de digitala företagen har dominerande ställning eller inte. Section 2 Sherman Act eller artikel 102 FEUF förbjuder inte en dominerande ställning i sig.²³⁷ Frågan är snarare varför de har en dominerande ställning och om det är ett temporärt tillstånd eller inte. Har bolagen dominerande ställning för att bolagen själva hindrar konkurrenter från tillträde till marknaden genom att bedriva konkurrensbegränsande verksamhet, och därför är skyddade från konkurrens? Eller rör det sig om temporära monopol som avlöser varandra med innovation som konkurrensrättslig drivkraft?²³⁸ Om så är fallet skulle plattformarnas dominerande ställning på respektive marknad vara resultatet av teknisk innovation och framstående produkter. Ett företag som erbjuder bättre produkter än sina konkurrenter är inte konkurrensbegränsande enbart för att det är mer framgångsrikt.²³⁹

3.2.2 Nätverkseffekter, tvåsidiga marknader och multisidiga plattformar

3.2.2.1 Direkta och indirekta nätverkseffekter

De företag som är verksamma på digitala marknader påverkas av så kallade nätverkseffekter.²⁴⁰ Direkta nätverkseffekter uppstår där användare av en produkt integrerar med varandra, och den nytta som en användare av en viss specifik tjänst har ökar direkt och proportionellt med ett ökande antal andra användare.²⁴¹ Tjänsten i sig blir mer attraktiv och användbar för individen desto fler personer som använder tjänsten.²⁴² Indirekta nätverkseffekter däremot uppstår enbart om ett antal användare på en sida av en marknad indirekt attraherar fler användare på den andra sidan av marknaden. Nyttan för en användare, exempelvis en konsument, ökar

²³⁶ Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, 269.

²³⁷ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 64.

²³⁸ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, 2013, s. 2.

²³⁹ Körber, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239-244, 240.

²⁴⁰ Evans, *Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, in Evans (ed.), *Platform Economics: Essay on Multi Sided Businesses*, (2011), s. 74 - 75.

²⁴¹ Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms*, Yale Journal on Regulation, Vol. 20, Issue 2, s. 100, (2003).

²⁴² Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms*, Yale Journal on Regulation, Vol. 20, Issue 2, s. 100, (2003).

indirekt genom att fler konsumenter på en marknad lockar till sig fler säljare. Fler säljare ökar i sin tur utbudet av varor och tjänster på marknaden, vilket attraherar fler konsumenter.²⁴³

För användare på samma sida av marknaden finns alltså ingen direkt nytta av att antalet användare ökar, nätverkseffekten är istället den indirekta nyttan som uppstår genom att den andra sidan av marknaden också ökar i antal användare.²⁴⁴ Nätverkseffekter anses generellt sett vara positivt, men det finns även negativa aspekter eftersom de påverkar strukturen på en marknad. En dominerande aktör på en marknad med nätverkseffekter stärker sin maktposition tack vare utbytet mellan kunderna, och bibehåller därmed sin ställning gentemot andra konkurrenter.²⁴⁵

3.2.2.2 *Tvåsidiga marknader och multisidiga plattformar*

Indirekta nätverkseffekter är typiska för företag som agerar på digitala marknader, där verksamheten producerar en nytta genom att två eller fler olika typer av kunder kan mötas och utbyta tjänster med varandra.²⁴⁶ Dessa företag har ursprungligen benämnts för tvåsidiga marknader. Begreppet är dock något missvisande eftersom det inte rör sig om en marknad per definition utan en digital plattform. Av den anledningen används nu även begreppet multisidiga plattformar.²⁴⁷

Google är en så kallad multisidig plattform, verksam på en digital marknad bestående av två eller fler olika kundkretsar, främst användare och annonsörer. De två olika sidorna förser varandra med indirekta nätverkseffekter.²⁴⁸ Google agerar som en plattform där de olika kundkretsarna kan mötas och utbyta tjänster och produkter med varandra. Sökmotortjänsten är kostnadsfri för användarna. Google fördelar istället sin kostnad för tjänsten på annonsörerna, som i sin tur tar ut en högre kostnad för de produkter som marknadsförs till konsumenter via plattformen

²⁴³ Evans & Schmalensee, *Markets with Two-Sided Platforms*, in 1 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 667 (ABA Section of Antitrust Law 2008), s. 6.

²⁴⁴ Evans, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 NW. U. L. REV. COLLOQUY 285, 293 (2008).

²⁴⁵ Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, 267.

²⁴⁶ Evans, *Platform Economics: Essay on Multi-Sided Businesses*, Competition Policy International (CPI), 2011, p. VI.

²⁴⁷ Evans, *Platform Economics: Essay on Multi-Sided Businesses*, Competition Policy International (CPI), 2011, p. VI.

²⁴⁸ Patterson, *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1, (2013), s. 16.

Google.²⁴⁹ Fördelen med den multistidiga plattformen är lägre transaktionskostnader för Google, eftersom kunderna själva genererar en värdeökning genom sitt utbyte och samtidigt betalar en del av kostnaden.²⁵⁰ Aktörerna på en multistidig marknad är beroende av varandra, med sammankopplade priser och strategier. För att kunna utreda konkurrensen på en sådan marknad är alla kundgrupper en viktig faktor, eftersom de hör ihop. Tjänsten skulle inte fungera utan den inbördes relationen.²⁵¹

3.3 FTC:s utredning av Google Search

3.3.1 Grunder och parternas inställning

Den amerikanska utredningen av Googles sökmotortjänst genomfördes av FTC under en tvåårsperiod och avslutades i januari år 2013.²⁵² Utredningen baserades på omfattande material och bevis. FTC gick igenom sammanlagt över 9 miljoner dokument från Google samt från konkurrerande bolag, som anmält företaget för konkurrensbegränsande agerande.²⁵³ FTC anklagade Google för att bryta mot section 5 FTC Act, och därmed även section 2 Sherman Act, på flera grunder varav den del som berörde Googles sökmotortjänst kommer att beröras här. Utredningen gällde främst klagomål från andra konkurrerande horisontella sökmotortjänster, men även vertikala sökmotorer såsom shoppingsajter och resesajter.²⁵⁴

Företagen upplevde att Google Search medvetet hindrade tillströmningen av trafik, från potentiella kunder, till deras tjänster. Några av de konkurrerande vertikala webbtjänsterna ansåg att Google agerade konkurrensbegränsande genom att gynna sina egna vertikala tjänster. Uppdateringen av Googles sökalgoritm, som lanserade den nya tjänsten *Universal Search*, medförde nämligen att de organiska sökresultaten flyttades ner från de översta placeringarna i sökresultatlistan. Numera presenteras istället annonser och Googles egna vertikala tjänster överst vid vissa

²⁴⁹ Patterson, *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1 (2013), s. 16.

²⁵⁰ Evans, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 NW. U. L. REV. COLLOQUY 285, 293 (2008).

²⁵¹ Evans & Schmalensee, *Markets with Two-Sided Platforms*, in 1 ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 667 (ABA Section of Antitrust Law 2008), s. 667.

²⁵² FTC, Press Release: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns in the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*, 3 januari 2013.

²⁵³ FTC, Google Press Conference: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns*, 3 januari, 2013, s. 2.

²⁵⁴ Public Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 1.

typer av sökningar, bland annat för lokala sökningar och shopping, vilket medför att användarna inte längre får en ”neutral” sökning. Parterna anklagade Google för att genom dessa åtgärder manipulera sin sökmotoralgoritm, i syfte att hindra de konkurrerande vertikala webbsidorna från tillträde till marknaden.²⁵⁵

FTC har befogenhet att vidta åtgärder gentemot en verksamhet om det finns grund för att verksamheten bedriver en ”*unfair method of competition*” enligt section 5 FTC Act, samt om det finns en risk för att konkurrensen skadas på grund av en monopolistisk maktposition enligt section 2 Sherman Act.²⁵⁶ FTC ville därför utreda om Google antingen hade manipulerat sökalgoritmen i syfte att hämma de konkurrerande företagen och hindra dem från tillträde till marknaden, eller endast genomfört åtgärderna i syfte att förbättra tjänstens kvalitet och användarnas upplevelse.²⁵⁷

3.3.2 Utredningens avslutande

Av de fakta och bevis som framkom i undersökningen, gjorde FTC den samlade bedömningen att Google genomfört uppdateringen av algoritmen enbart i syfte att utveckla sin tjänst och öka nyttan för användarna. FTC konstaterade att förändringen till viss del medförde negativa konsekvenser för de konkurrerande bolagen, men att dessa endast var ett resultat av den fria konkurrensen och Googles innovativa produkt.²⁵⁸ Googles främsta ändamål med algoritmen var att kunna erbjuda snabbare och mer träffsäkra sökningar, även om det i vissa fall innebär att Googles egna tjänster presenteras överst.²⁵⁹

Utredningen visade även genom olika tester att konsumenterna upplevde en bättre sökmotortjänst efter uppdateringen, samt att Google inte konsekvent främjade sina egna resultat utan endast om de var mest relevanta till sökningen. Google har, enligt FTC, genomfört åtgärder som syftat till att ge Google fördelar framför

²⁵⁵ Public Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 2.

²⁵⁶ Section 5 FTC Act, samt *FTC v. Brown Shoe Co., Inc.*, 384 U.S. 316, 322 (1966).

²⁵⁷ Public Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 1.

²⁵⁸ Public Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 2.

²⁵⁹ *Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights*, 21 September 2011, s. 5.

konkurrerande sökmotortjänster.²⁶⁰ Trots att Googles agerande till viss del skadade konkurrenter fann FTC inga bevis för att det skadade konsumenterna eller konkurrensen på marknaden.²⁶¹ Konkurrensmyndigheterna har till uppgift att skydda konkurrensen och konsumenterna enligt antitrustlagstiftningen, inte de konkurrerande bolagen.²⁶² De fem kommissionärerna i FTC, som ledde utredningen, var eniga i sitt beslut att lägga ner utredningen, eftersom det inte fanns någon juridisk grund för sanktioner mot Google enligt antitrustlagstiftningen.²⁶³

FTC fann således att Googles sökmotortjänst inte strider mot antitrustlagstiftningen. Även om en del bevis enligt FTC pekade på att Google försökte begränsa konkurrensen på marknaden, var den primära anledningen till uppdateringen av algoritmen att förbättra konsumenternas upplevelse av tjänsten.²⁶⁴ Google lämnade dock ett frivilligt ”*Letter of Commitment*”,²⁶⁵ vari företaget lovade att genomföra vissa mindre ändringar av sin sökmotorverksamhet och marknadsföring, som hade en viss negativ påverkan på konkurrensen.²⁶⁶ FTC:s ordförande vid tiden för utredningen, John Leibowitz, intygade även att om det skulle uppkomma nya bevis eller omständigheter som talar för motsatsen, skulle myndigheten inte tveka att öppna utredningen igen.²⁶⁷

3.3.3 Kritik mot FTC:s beslut

Efter utredningens avslutande har FTC:s beslut kritiserats från flera håll.²⁶⁸ En av kommissionärerna i FTC, J. Thomas Rosch, var enig med resterande

²⁶⁰ Public Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 3.

²⁶¹ Public Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 3.

²⁶² FTC, Google Press Conference: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns*, 3 January, 2013, s. 10.

²⁶³ FTC, Google Press Conference: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns*, 3 January, 2013, s. 2.

²⁶⁴ Public Statement of the FTC Regarding Google’s Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 3.

²⁶⁵ Googles *Letter of Commitment* till FTC:s ordförande Leibowitz finns tillgänglig på: https://www.ftc.gov/system/files/documents/closing_letters/google-inc./130103googleletterchairmanleibowitz.pdf, (hämtad 7 januari 2016).

²⁶⁶ FTC, Google Press Conference: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns*, 3 January, 2013, s. 7.

²⁶⁷ FTC, Google Press Conference: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns*, 3 January, 2013, s. 20.

²⁶⁸ Forden, *Google Said to End FTC Probe with Letter Promising Change*, interview with former FTC commissioner William E. Kovacic, Bloomberg News, published 17 December 2012, (<http://www.bloomberg.com/news/articles/2012-12-17/google-said-to-end-ftc-probe-with-letter-promising-change>), (hämtad 7 januari 2016).

kommissionärer angående beslutet att lägga ner utredningen, men var av en annan åsikt gällande resultatet av utredningen. ” *After promising an elephant more than a year ago, the Commission instead has brought forth a couple of mice.*”²⁶⁹ Uttalandet syftar på Googles löfte om förändring av sin verksamhet. FTC har nämligen befogenhet att förlika i en utredning genom en bindande överenskommelse, *consent order*.²⁷⁰ Om ett företag inte uppfyller åtaganden enligt överenskommelsen har FTC och DoJ möjlighet att stämma företag vid en federal domstol. Ett bötesbelopp på upp till 16.000 USD per dag kan aktualiseras tills företaget har upphört med överträdelsen.²⁷¹ Överenskommelsen med Google var inte en *consent order*, och därmed saknar FTC befogenhet att säkerställa att Google uppfyller sitt löfte enligt lag. Rosch konstaterar därför att Googles löfte enbart är ”...*a denial of liability in another form*”.²⁷²

FTC:s uppgift är att skydda konkurrensen och konsumenterna, men resultatet av överenskommelsen med Google får enligt Rosch motsatt effekt. Genom att FTC accepterade ett löfte om förändring som lösning på en allvarlig anklagelse av brott mot antitrustlagstiftningen, visar myndigheten, enligt Rosch, på en försvagning av dess verkställandemakt. Det skulle kunna leda till att företag i framtiden kräver samma behandling som Google, vilket skapar en oönskad praxis för sanktioner.²⁷³

3.3.4 Tiden efter utredningens avslutande

3.3.4.1 Principen om sekretess och FTC:s utredning av Google Search

Konkurrensutredningar är till viss del sekretessbelagda. Anledningen är att konkurrensmyndigheterna får tillgång till känslig företagsinformation som skulle kunna skada det företag som utreds, om informationen blev offentlig.²⁷⁴ För att kunna göra en tillfredsställande utredning av ett företags verksamhet behöver konkurrensmyndigheter granska hela verksamheten i grunden. De har befogenhet att begära ut de dokument som de behöver för sin utredning, och företaget måste

²⁶⁹ *Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch Regarding Google's Search Practices in the Matter of Google Inc.*, FTC File No. 111-0163 January 3, 2012, p. 1.

²⁷⁰ FTC Rule 2.31, 16 C.F.R. § 2.31.

²⁷¹ 15 U.S.C. § 45 (1) (2013), 16 C.F.R. § 1.98.

²⁷² *Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch Regarding Google's Search Practices in the Matter of Google Inc.*, FTC File No. 111-0163 January 3, 2012, p. 7.

²⁷³ *Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch Regarding Google's Search Practices in the Matter of Google Inc.*, FTC File No. 111-0163 January 3, 2012, p. 8.

²⁷⁴ Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer, artikel 17.

lämna ut det på begäran.²⁷⁵ FTC:s utredning av Google är av den anledningen inte offentliggjord. Det är därför inte klarlagt hur den relevanta marknaden faktiskt definierades för Google Search, eller vilka faktorer som FTC tog hänsyn till i sin bedömning. Det finns vissa spekulationer och teorier, samt en del uttalanden som indikerar på att FTC bedömde att det fanns en gemensam marknad för specialiserade och generella sökningar.²⁷⁶

Den information om utredningen som finns tillgänglig är endast det som FTC och Google meddelat via bland annat presskonferenser och pressmeddelanden.²⁷⁷ Det blev därför en skandal när en sekretessbelagd rapport²⁷⁸ från ett av FTC:s departement, the Bureau of Competition, spreds till den amerikanske tidningen *The Wall Street Journal* i mars år 2015.²⁷⁹ Av den 160 sidor långa rapporten publicerades 84 sidor, varin det framgår att the Bureau of Competition bedömde Googles agerande som skadligt för konsumenterna, samt hindrade teknisk innovation på marknaden för sökmotorer. Rapporten visade även att Google stärkte sitt monopol på marknaden genom konkurrensbegränsande åtgärder. Företaget har, enligt the Bureau of Competition, hindrat konkurrenter från att beträda marknaden. Sammantaget medför Googles sökmotortjänst långtgående, negativa effekter för konsumenterna.²⁸⁰

Av rapporten framgår också att the Bureau of Competition ville påföra Google hårdare konkurrensrättsliga sanktioner.²⁸¹ Det bedömdes att Googles sökmotortjänst hade en negativ påverkan på konkurrensen. En mängd bevis framfördes även som visade att Google missbrukade sin dominerande ställning på

²⁷⁵ 15 U.S.C. § 46 (f) (2013), Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, p. 23.

²⁷⁶ *Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch Regarding Google's Search Practices in the Matter of Google Inc.*, FTC File No. 111-0163 January 3, 2012, s. 1;

²⁷⁷ Se FTC, Google Press Conference: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns*, 3 January, 2013; FTC, Press Release: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns in the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*, 3 January 2013.

²⁷⁸ United States of America, FTC's Bureau of Competition, Memorandum, subject: *Google Inc. File no. 111-0163*, 8 August 2012, (hämtad 21 januari 2016).

²⁷⁹ *The Wall Street Journal*, *The FTC Report on Google's Business Practices*, published 24 March 2015, (hämtad 21 januari 2016).

²⁸⁰ United States of America, FTC's Bureau of Competition, Memorandum, subject: *Google Inc. File no. 111-0163*, 8 August 2012, (hämtad 21 januari 2016). s. 110 - 116.

²⁸¹ *The Wall Street Journal*, *The FTC Report on Google's Business Practices*, published 24 March 2015, (hämtad 21 januari 2016).

marknaden.²⁸² Vid nedläggningen av utredningen i januari år 2013 uttalade FTC att det inte fanns några bevis som talade för att Google missbrukade sin dominerande ställning, eller att sökmotortjänsten skadade konsumenterna.²⁸³ Av den läckta rapportens innehåll framstår det alltså som att FTC:s beslut att lägga ner utredningen av Googles sökmotortjänst stred mot the Bureau of Competitions slutsatser och rekommendationer.²⁸⁴

3.3.4.2 Uttalande av FTC:s ordförande

FTC:s nuvarande ordförande Edith Ramirez kommenterade den läckta rapporten i ett pressmeddelande den 25 mars år 2015.²⁸⁵ Ramirez framhöll att kommissionärerna enhälligt nådde slutsatsen att det inte fanns någon juridisk grund för sanktioner mot Googles sökmotorverksamhet, och att företagets agerande inte begränsade konkurrensen på marknaden. FTC:s verksamhet bedrivs enbart i syfte att skydda konsumenterna och främja konkurrensen på marknaden, och FTC skulle inte tveka att agera om det fanns något som tydde på ett företag bryter mot antitrustlagstiftningen. FTC:s kommissionärer fattade beslutet att lägga ner utredningen av Google Search i enlighet med rekommendationerna från the Bureau of Competition. De anklagelser mot FTC som framförts efter rapportens publicering i amerikanska medier var därför oriktiga enligt Ramirez.²⁸⁶

3.3.4.3 Kommentar från Google

Även Google yttrade sig kring den läckta rapporten från FTC på sin blogg, där de tillbakavisade anklagelserna från *The Wall Street Journal* rörande Googles missbruk av dominerande ställning.²⁸⁷ Google hänvisade till FTC:s ordförande Ramirez pressmeddelande, där hon uttalade att FTC och the Bureau of Competition

²⁸² United States of America, FTC's Bureau of Competition, Memorandum, subject: *Google Inc. File no. 111-0163*, 8 August, 2012, (hämtad 21 januari 2016).

²⁸³ FTC, Press Release: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns in the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*, 3 januari 2013.

²⁸⁴ The Wall Street Journal, *The FTC Report on Google's Business Practices*, published 24 march 2015, (hämtad 21 januari 2016).

²⁸⁵ FTC, Press Release: *Statement of Chairwomen Edith Ramirez, and Commissioners Julie Brill and Maureen K. Ohlhausen regarding the Google Investigation*, 25 march 2015, (hämtad 21 januari 2016).

²⁸⁶ FTC, Press Release: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns in the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*, 3 januari 2013.

²⁸⁷ Whetstone, *Really, Rupert?*, www.googlepublicpolicy.blogspot.se, published 27 march 2015, (hämtad 21 januari 2016).

var överens om att Googles agerande inte skulle utredas vidare av FTC. Google framhöll vidare att företagets verksamhet är konkurrenskraftigt och innovativt, samt att sökmotortjänsten är utformad enbart i syfte att förbättra konsumenternas användning. Ytterligare konkurrensrättsliga sanktioner saknade därför rättslig grund enligt Google.²⁸⁸

3.4 Europeiska kommissionens utredning av Google Search

3.4.1 Utredningens första fas

3.4.1.1 Grunder

Kommissionen har sedan år 2010 utrett Google för missbruk av dominerande ställning. Utredningen inleddes efter att två mindre sökmotorer, Foundem och ejustice.fr, ingav officiella klagomål till kommissionen angående Googles sökmotorverksamhet.²⁸⁹ När utredningen inleddes år 2010 uttalade kommissionen att den relevanta marknad som Google agerar på är marknaden för digitala sökmotorer, där Google ansågs ha dominerande ställning.²⁹⁰ Under åren som följde inkom ytterligare klagomål från en mängd konkurrerande bolag till Google, såsom Microsoft, Expedia och TripAdvisor.²⁹¹ Konkurrenterna anklagade Google för att medvetet flytta ner deras tjänster i sökresultaten, samtidigt som Google främjade sina egna tjänster och sökresultat genom att placera dem överst, vilket föranledde kommissionen att starta en utredning.²⁹² Google anklagades för att agera konkurrensbegränsande genom att inte agera objektivt vid användningen av den algoritm som sökmotorn baseras på. Det resulterade i att konsumenterna vid användningen av Google Search fick sökresultat som främjade Googles egna tjänster framför konkurrenternas, vilket kommissionen ansåg kunde hämma konkurrensen och skada konsumenterna.²⁹³

²⁸⁸ Whetstone, *Really, Rupert?*, www.googlepublicpolicy.blogspot.se, published 27 march 2015, (hämtad 21 januari 2016).

²⁸⁹ European Commission Press Release, IP/10/1624, Brussels, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, 30 November 2010.

²⁹⁰ European Commission Press Release, IP/10/1624, Brussels, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, 30 November 2010.

²⁹¹ Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September 2015, s. 19

²⁹² European Commission Press Release, IP/10/1624, Brussels, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, 30 November 2010.

²⁹³ Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September 2015, s. 19 - 20.

3.4.1.2 Kommissionens inställning

Kommissionen, under ledning av dåvarande vice ordföranden Joaquim Almunia med ansvar för konkurrens, försökte nå en överenskommelse med Google. Utredningen fokuserade på genomförandet av två marknadstest som syftade till att utreda vilken relevant marknad Google agerade på, samt vilka konkurrerande bolag som påverkades direkt av Googles agerande på marknaden. Testen genomfördes för att utreda vilka konsekvenser en överenskommelse skulle få för målsägandena, och hur den skulle utformas för att lösa konflikten.²⁹⁴ I februari år 2014 meddelade Almunia att en överenskommelse nåtts med Google.²⁹⁵ Företaget skulle genomföra vissa åtgärder som kommissionen ansåg tillräckliga för att uppfylla kraven enligt det europeiska konkurrensrättsliga regelverket. Samtidigt uttalade han att alternativet vore en långdragen rättsprocess med osäker utgång för alla inblandade, vilket skulle begränsa effekten av kommissionens uppdrag att skydda konsumenterna.²⁹⁶

3.4.1.3 Googles löfte om förändring

De åtgärder som Google åtog sig att genomföra var bland annat att närhelst ett sökresultat visade Googles egna tjänster högt upp på resultatlistan, skulle de konkurrerande bolagens tjänster visas på motsvarande sätt. De konkurrerande tjänsterna skulle visas i en ordning som baserades på deras rankning i organiska sökresultat, om tjänsten inte ingick i Googles betaltjänst. Företag kan nämligen betala Google för att hamna högre upp på resultatlistan, om det är kommersiella konkurrerande tjänster som shoppingsajter.²⁹⁷ Ytterligare åtgärder som Google skulle genomföra avsåg marknadsföring på sökmotortjänsten och exklusivitetsklausuler i avtalen med Googles samarbetspartners, som försvårade för andra bolag att få tillgång till marknaden. Kommissionen klargjorde att syftet inte var att inkräkta på Googles sökmotortjänst och dess algoritm. Syftet med utredningen och åtgärderna som Google skulle genomföra var inte att hindra Google från att erbjuda tjänster som konsumenterna efterfrågar, endast att skydda

²⁹⁴ Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September 2015, s. 20.

²⁹⁵ Joaquín Almunia, European Commission Press conference, *Statement on the Google investigation*, Brussels, 5 February 2014.

²⁹⁶ Joaquín Almunia, European Commission Press conference, *Statement on the Google investigation*, Brussels, 5 February 2014.

²⁹⁷ Joaquín Almunia, European Commission Press conference, *Statement on the Google investigation*, Brussels, 5 February 2014.

konkurrensen.²⁹⁸ Kommissionen, med Almunia i spetsen, beslutade att inte genomföra ett tredje marknadstest. Istället argumenterade kommissionen för att åtgärderna, som ingick i överenskommelsen, var tillräckliga för att utredningen av Googles missbruk av dominerande ställning skulle läggas ner.²⁹⁹

3.4.2 Den pågående utredningen

3.4.2.1 Kommissionens *statement of objections*

Överenskommelsen mellan Google och kommissionen hann dock aldrig träda i kraft. Kommissionen, som Almunia ingick i, ersattes av nya kommissionärer i november år 2014 och Margrethe Vestager tog över som kommissionär för konkurrens.³⁰⁰ I april år 2015, efter några månaders tystnad från den nya kommissionären, meddelade Vestager att kommissionen skulle föra utredningen av Google vidare med en rättsprocess och ingav ett *statement of objections* till Google.³⁰¹ Överenskommelsen som kommissionen tidigare upprättat med Google var enligt Vestager inte tillräcklig för att skydda konsumenterna och konkurrensen på marknaden.³⁰² Kommissionen uttalade att Google misstänks ha systematiskt favoriserat sin egen prisjämförelsetjänst i sökmotortjänsten Google Search, på marknaden för allmänna internetjänster inom EES-området.³⁰³ Kommissionen har alltså definierat den relevanta produktmarknaden som allmänna internetjänster, och den relevanta geografiska marknaden för Googles sökmotorverksamhet som EES-området.

3.4.2.2 Google besvarar anklagelserna

Google besvarade kommissionens *statement of objections* på sin europeiska blogg³⁰⁴ samma dag, och framhöll att det inte finns någon konkurrensbegränsande effekt av deras sökmotorverksamhet. Google understödde sina argument med ett flertal grafer, som visade att Googles egna tjänster, såsom prisjämförelser för

²⁹⁸ Joaquín Almunia, European Commission Press conference, *Statement on the Google investigation*, Brussels, 5 February 2014.

²⁹⁹ Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September, 2015, s. 20.

³⁰⁰ http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager_en.

³⁰¹ European Commission Press Release, MEMO/15/4781, Brussels, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, 15 april 2015.

³⁰² European Commission Press Release, IP/10/1624, Brussels, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, 30 November 2010.

³⁰³ European Commission Press Release, MEMO/15/4781, Brussels, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, 15 april 2015.

³⁰⁴ Singhal, *The Search for Harm*, www.googleblog.blogspot.com, 15 April 2015, (hämtad 22 januari 2016).

shopping och resor, endast tar upp en begränsad del av marknaden jämfört med konkurrerande tjänster. Google anser att eftersom de inte explicit innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden, kan de inte heller missbruka den enligt artikel 102 FEUF. Dessutom argumenterade Google för att konsumenterna kan nå information på en mängd olika sätt, utöver Googles sökmotortjänst. Konkurrerande sökmotorer, som Bing och Yahoo, specialiserade shoppingtjänster, som Amazon och eBay, och även sociala nätverk som Facebook och Twitter, ger konsumenterna en valfrihet som är större än någonsin. Användarna kan enligt Google fritt välja den tjänst som de föredrar, och utan kostnad växla mellan internettjänsterna efter behov. Den fria och effektiva konkurrensen på marknaden upprätthålls därför enligt Google.³⁰⁵

3.4.2.3 Bakomliggande orsaker till kommissionens utredning

Det har riktats anklagelser mot Google från flera håll under årens lopp, främst från konkurrerande vertikala sökmotorer men även från europeiska politiker och Europaparlamentet (EU-parlamentet).³⁰⁶ I november år 2014 röstade EU-parlamentet för att kommissionen skulle bryta upp Googles verksamhet,³⁰⁷ en drastisk sanktion som konkurrensmyndigheten har befogenhet att ta till vid särskilt allvarliga överträdelser av artikel 102 FEUF.³⁰⁸ Även om det enbart var en rekommendation till kommissionen från EU-parlamentets sida, visar det ändå vilken inställning EU-politiker har för Googles verksamhet på EU:s inre marknad. Kritiken mot Googles agerande har främst motiverats av att det är skadligt för konsumenter, men grundas till viss del på andra faktorer. Det handlar främst om särskilda intressen, snarare än att skydda konkurrensen på marknaden eller konsumentskydd.³⁰⁹

³⁰⁵ Singhal, *The Search for Harm*, www.googleblog.blogspot.com, 15 April 2015, (hämtad 22 januari 2016).

³⁰⁶ Körber, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239 - 244, 239.

³⁰⁷ European Parliament Press Release, *MEPs Zero in on internet search companies and clouds*, REF: 20141125IPR80501, 27-11-2014, (hämtad 17 februari).

³⁰⁸ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, artikel 7(1).

³⁰⁹ Körber, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239 - 244, 239.

Den 15 februari år 2015 deltog USA:s president Barack Obama i en intervju³¹⁰ där han kritiserade kommissionens utredningar av amerikanska internationella bolag, såsom Google och Facebook. Obama uttalade att EU försöker stänga ute amerikanska bolag från den inre marknaden baserat på europeiska kommersiella syften, snarare än att skydda konsumenterna.³¹¹ Trots att uttalandet upprörde inom EU, finns viss substans i anklagelserna. Det finns bland annat en stark lobbyistverksamhet för bokförlag i EU, som känner sig hotade av att allt fler människor föredrar att läsa böcker och tidningar via internet.³¹² De dominanta digitala aktörerna i EU och i USA är amerikanska bolag, såsom Amazon, eBay, Facebook och Google. Europa saknar egna motsvarande digitala storbolag, vilket anses skapa en obalans på EU:s inre marknad. Kommissionens utredning av Google har därför kritiserats för att syfta till att begränsa amerikanska bolags makt inom EU och främja EU:s egna aktörer, snarare än att skydda konkurrensrättsliga mål.³¹³

3.4.2.4 Vad har kommissionens statement of objections för konsekvenser?

I och med att kommissionen i april 2015 utgav ett *statement of objections* tydliggör de sin inställning till Googles verksamhet på den europeiska marknaden. Kommissionen har uttalat att Google systematiskt positionerar sina egna tjänster och samarbetspartners över andra konkurrerande tjänster, vilket lett till att Googles egna tjänster har fått en överlägsen konkurrensmässig fördel.³¹⁴ En av de viktigaste anledningarna till kommissionens utredning av Google anges vara bolagets dominerande ställning, med över 90 procent av marknaden för sökmotorer. Bolagets ställning skapar, enligt kommissionen, incitament för företaget att missbruka sin maktposition och nå mer framgång.³¹⁵ Kommissionens utredning syftar inte till att utreda om Google har ökat sin vinst genom olika åtgärder. Frågan gäller istället huruvida Google har genomfört åtgärder i syfte att hindra

³¹⁰ Swisher, *White House. Red Chair. Obama Meets Swisher.*, Re/code Tech News, 15-02-2015, (hämtad 12 januari 2016).

³¹¹ Swisher, *White House. Red Chair. Obama Meets Swisher.*, Re/code Tech News, 15-02-2015, (hämtad 12 januari 2016).

³¹² Körber, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239 - 244, 239.

³¹³ Körber, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239 - 244, 239.

³¹⁴ European Commission Press Release, MEMO/15/4781, Brussels, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, 15 april 2015.

³¹⁵ Wessen & Laporte-Bisquit, *Google's abuse of dominance*, G.C.L.R. 2015, 8(3), R51-53, 52 (2016).

konkurrenter från att inträda på marknaden, och på så vis skadat konsumenterna.³¹⁶ Nu är det upp till kommissionen att bemöta Googles ställningstagande, något som kan ta flera år eftersom det saknas en tidsbegränsning för kommissionens utredningsarbete. Om kommissionen skulle komma fram till att Google missbrukar sin dominerande ställning, kan de tvinga Google att genomföra ändringar av sin verksamhet för sökmotorer. Dessutom kan de döma ut ett bötesbelopp på upp till 10 % av Googles årliga globala omsättning cirka 6 miljarder amerikanska dollar.³¹⁷

3.5 Sammanfattning

Internets framväxt och utvecklingen av digital teknik har skapat nya marknadsstrukturer på digitala marknader. Teknisk innovation, låga produktionskostnader, i kombination med höga investeringskostnader, samt hög koncentration kännetecknar dessa så kallade *new economy industries* där bland annat Google är verksam. Nätverkseffekter binder samman parterna på de digitala plattformarna, vilket skapar en beroendesituation mellan Googles användare och annonsörer. Konkurrensmyndigheterna måste därför vid sin utredning av Google Search ta hänsyn till dessa särskilda förutsättningar.

FTC:s utredning lades ner efter en granskning av omfattande dokumentation. FTC motiverade beslutet med att det inte fanns någon juridisk grund för att påföra Google en rättslig sanktion enligt section 5 FTC Act, eftersom Googles agerande inte kunde visas skada konsumenterna. Den läckta rapporten från FTC:s Bureau of Competition talar dock för att det fanns vissa oklarheter kring Googles verksamhet och dess skadliga effekter på konsumenterna.

Kommissionen har efter en tidskrävande utredning, fört processen vidare genom sitt *statement of objections*. Beslutet indikerar att kommissionen kan ha bevis för att Googles agerande utgör ett brott mot artikel 102 FEUF, och därmed anser att det finns grund för en rättsprocess. FTC har inte publicerat en definition av Googles relevanta marknad, kommissionen däremot definierar Googles relevanta marknad som EES-området, EU:s inre marknad. Kommissionen har även uttalat att Googles höga marknadsandel utgör en central del av utredningen.

³¹⁶ Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September 2015, s. 23.

³¹⁷ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 3.

4 Tillämpningen av artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act på marknaden för sökmotorer

4.1 Inledning

Konkurrensmyndigheterna i USA och EU har riktat kritik mot konkurrensen på de stora digitala plattformarnas egna marknader, särskilt mot dominanta aktörer som Google.³¹⁸ Utredningen gällande missbruk av dominerande ställning försvåras dock eftersom det är en komplex uppgift att, bland annat, definiera en relevant marknad i traditionell mening.³¹⁹ Det är första gången som artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act har applicerats på en sökmotor, vilket medför att myndigheterna ställs inför frågor som aldrig tidigare har prövats.³²⁰

I det följande avsnittet ska konkurrensutredningarna i USA och EU beskrivas, gällande monopolistisk maktposition och missbruk av dominerande ställning, samt hur en konkurrensutredning genomförs på en digital marknad. Google beskrivs särskilt för varje avsnitt. Därefter redogörs för hur den relevanta marknaden kan definieras för Google Search, och vilka problem som kan uppstå vid bedömningen.

4.2 Subjektet för utredningen

Det europeiska konkurrensrättsliga regelverket tillämpas endast på *undertakings*, som i den svenska versionen av fördraget översätts till företag.³²¹ Det finns ingen definition av vad begreppet innebär i fördraget, det lämnades istället till EU-domstolarna att tolka innebörden och fastställa dess betydelse. Domstolarna har sedermera utvecklat en funktionell tolkning av begreppet. Alla enheter som är involverade i ekonomiska, kommersiella aktiviteter är *undertakings*, oavsett hur de finansieras eller vilken juridisk form de har.³²² Sådana sammanslutningar kan därmed bli föremål för en utredning enligt artikel 102 FEUF. I amerikansk rätt

³¹⁸ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 2.

³¹⁹ Kagan, *Bricks, Mortar and Google: Defining the relevant antitrust market for internet-based companies*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 271, 272 (2010/2011).

³²⁰ Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, 265.

³²¹ Artikel 102 FEUF.

³²² Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2014, s. 1.

saknas motsvarighet till begreppet *undertaking*.³²³ Istället tillämpas antitrustlagstiftningen för både fysiska personer och juridiska personer, inräknat företag, partnerskap, joint ventures, branschorganisationer, vissa statliga företag samt icke-vinstdrivande företag.³²⁴

4.3 Marknadsdefinition

4.3.1 Den relevanta marknaden

Syftet med konkurrensrätt är inte att reglera marknaden, snarare att upprätthålla en effektiv marknad genom att förbjuda agerande som begränsar konkurrensen.³²⁵ För att kunna avgöra om ett företag agerar konkurrensbegränsande måste konkurrensmyndigheterna först avgränsa och definiera den relevanta marknaden för företagets verksamhet.³²⁶ Enligt amerikansk rätt är den relevanta marknaden *"the field in which meaningful competition is said to exist"*.³²⁷ Bevisbördan åligger den part som hävdar att artikel 102 FEUF eller section 2 Sherman Act har överträtts.³²⁸

Brott mot section 2 Sherman Act eller artikel 102 FEUF aktualiseras endast om bolaget har en maktposition. Marknadsdefinitionen är därför nödvändig för att kunna avgöra om bolaget har dominerande ställning eller inte på den relevanta marknaden.³²⁹ Konkurrensutredningarna i USA och EU skiljer sig åt till viss del, men genomförs på liknande sätt och ska i det följande avsnittet beskrivas. Den relevanta marknaden delas upp i en geografisk marknad och en produktmarknad, i syfte att fastställa vilka konkurrerande bolag som agerar på samma marknad som det företag som är under utredning.³³⁰

³²³ 15 U.S.C. § 1 (2013).

³²⁴ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 44.

³²⁵ Körber, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239-244, 240.

³²⁶ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 14; samt U.S. DoJ & FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, § 4 (2010).

³²⁷ *United States v. Continental Can Co.*, 378 U.S. 441, 449, (84 S.Ct. 1738, 12 L.Ed.2d 953) (1964).

³²⁸ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, p. 2; *Forsyth v. Humana, Inc.*, 114 F.3d 1467, 1477 (9th Cir.1997).

³²⁹ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 2.

³³⁰ Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, 2014, s. 30.

4.3.2 Produktmarknaden enligt traditionell bedömning

Enligt kommissionens riktlinjer utgörs produktmarknaden av alla produkter som anses vara utbytbara av konsumenten, i relation till produktens pris, karaktär och tilltänkta användning.³³¹ I amerikansk rätt avgränsas produktmarknaden efter vilka produkter som finns tillgängliga på marknaden till samma pris som den aktuella produkten, och därmed utgör substitutprodukter.³³² Produkter och tjänsters utbytbarhet, samt potentiell konkurrens är utgångspunkten vid bedömningen i både USA och EU.³³³

Substitutprodukterna utreds genom korspriselasticitet, ett mått på hur en prisförändring av en produkt påverkar efterfrågan av en annan produkt.³³⁴ Korspriselasticiteten beräknas genom ”*the hypothetical monopolist test*” (HMT).³³⁵ Det teoretiska testet infördes i USA av DoJ år 1982, men tillämpas nu över hela världen.³³⁶ Med hjälp av testet utreds ett hypotetiskt företag, med presumtivt monopol på en marknad, som genomför en prisökning på generellt 5 - 10 procent.³³⁷ Företaget anser det vara lönsamt om kunderna fortsätter köpa produkten trots det högre priset. Om försäljningen istället minskar, för att kunderna köper en annan billigare, substituerbar produkt, kan inte monopolisten höja priset längre. De substituerbara produkterna ingår därmed i monopolistens relevanta produktmarknad.³³⁸ Den prisökning som genomförs i HMT-testet benämns SSNIP (*Small but Significant and Non-transitory Increase in Prices*), vilket även används för att benämna HMT-testet.³³⁹ Även EU använder sig av SSNIP-testet för att utreda produkternas substituerbarhet.³⁴⁰

SSNIP-testet är hypotetiskt, vilket medför att det finns en del svårigheter med att applicera modellen på verkligheten. Även andra faktorer påverkar därför bedömningen enligt amerikansk rätt, såsom bland annat köparens och säljares

³³¹ *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03)*, p. 7.

³³² *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

³³³ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956).

³³⁴ Harkrider, *Operationalizing the hypothetical monopolist test*, (2004).

³³⁵ U.S. DoJ & FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, § 4.1 (2010).

³³⁶ U.S. DoJ & FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, § 4.1 (2010).

³³⁷ U.S. DoJ & FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, § 4.1 (2010).

³³⁸ U.S. DoJ & FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, § 4.1 (2010).

³³⁹ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 47.

³⁴⁰ *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03)*, p. 15.

tidigare agerande i relation till prishöjningar och inflytandet från andra aktörer på marknaden.³⁴¹ Även kommissionen anpassar utredningen från fall till fall.³⁴² Produktens utbytbarhet avgörs således av dess användningsområde, pris samt egenskaper i kombination med SSNIP-testet.³⁴³ Bedömningen genomförs utifrån kundens subjektiva uppfattning av vilka produkter som är utbytbara, främst i förhållande till pris.³⁴⁴ Produkters egenskaper utreds sedan i relation till den konkurrens som föreligger för just den specifika produkten.³⁴⁵ EU och USA använder således liknande bedömningsunderlag för att utreda produktmarknaden.

4.3.3 Den relevanta produktmarknaden för sökmotorer

4.3.3.1 Marknadsandelar och kapacitet

Konkurrensutredningar enligt artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act utgår vanligtvis från marknadsandelar för att utreda ett företags ställning och makt. För digitala marknader har marknadsandelarna inte samma betydelse som på konventionella marknader, eftersom marknadsstrukturen ser annorlunda ut och företagen agerar efter andra förutsättningar.³⁴⁶

På traditionella marknader är kapacitet och försäljning nära sammankopplade, och en distinktion mellan begreppen saknar relevans.³⁴⁷ Men på digitala marknader är kapacitet en avgörande faktor i bedömningen av marknadsandelar, snarare än företagets försäljningssiffror som ofta används i traditionella konkurrensutredningar. Kapacitet i den meningen att ett företag har möjlighet att agera mot ett annat företag med dominerande ställning, som agerar konkurrensbegränsande.³⁴⁸

Den algoritm som Google använder finns tillgänglig på marknaden för alla sökmotorer, det som krävs för att konkurrera med Google är därför en ökad kapacitet att leverera resultaten till användarna. Om Google agerar

³⁴¹ U.S. DoJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines, § 4.1.3 (2010).

³⁴² *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning* (97/C 372/03), p. 25.

³⁴³ *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning* (97/C 372/03), p. 7.

³⁴⁴ Kagan, *Bricks, Mortar and Google: Defining the relevant antitrust market for internet-based companies*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 271, 280 (2010/2011).

³⁴⁵ Mål 27/76, *United Brands mot kommissionen* (REG 1978), p. 12-35.

³⁴⁶ Se mer om marknadsandelarnas betydelse under avsnitt 5.4.1.1.

³⁴⁷ Patterson, *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1 (2013), s. 6.

³⁴⁸ Patterson, *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1 (2013), s. 6.

konkurrensbegränsande på marknaden för digitala sökmotorer, behöver de konkurrerande bolagen således öka tillverkningen av sin produkt, sökresultat. Kostnaden för att expandera storlek på servrar och lagringskapacitet är små, i jämförelse med andra marknader där konkurrerande företag kan behöva utöka områden som bland annat fabrikslokaler och personal.³⁴⁹ För att utreda den relevanta marknaden för Google Search är det därför inte tillförlitligt att använda enbart marknadsandelar och försäljning som utgångspunkt, eftersom produkten som erbjuds är information. När konsumenterna dessutom använder en gratisjänst, som sponsras genom bland annat annonsering, är kapaciteten att leverera sökresultat till användarna avgörande för ett företags överlevnad på marknaden.³⁵⁰

4.3.3.2 Vertikala och horisontella sökmotorer

Kommissionen och FTC måste definiera den relevanta produktmarknaden för Google Search.³⁵¹ För att section 5 FTC Act ska bli tillämplig måste FTC även visa att företagets agerande skadar konsumenterna. Det leder till frågan vilka konsumenter som faktiskt påverkas av Googles sökmotorverksamhet, eftersom det råder andra förutsättningar på en marknad där produkten är information, till skillnad från en fysisk produkt. Sökmotorer erbjuder i regel två typer av produkter, en generell sökning och en specialiserad produktsökning.³⁵² Google Search tillhandahöll till en början enbart generella sökresultat och var bara en plattform för samlad information.³⁵³ Den generella, horisontella sökmotortjänsten är den tjänst där Google har starkast ställning. Numera har Google dock även egna specialiserade söktjänster.³⁵⁴ Det var konkurrerande vertikala sökmotorer som lämnade in klagomål till kommissionen och FTC angående Googles agerande. Företagen hävdade att Google hindrade dem från att beträda marknaden genom att placera sina egna tjänster överst i sökresultatlistorna.³⁵⁵

³⁴⁹ Patterson, *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1 (2013), s. 7.

³⁵⁰ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?* DICE No 83, 2013, s. 6.

³⁵¹ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 6; 15 U.S.C. § 2 (2013).

³⁵² Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, 268.

³⁵³ Schmidt m.fl., *How Google works*, 2014, s. 83 – 84.

³⁵⁴ Vanberg, *From Archie to Google -Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law*, European Journal for Law and Technology, Vol. 3, No. 1, 2012, s. 4

³⁵⁵ European Commission Press Release, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, IP/10/1624, 30 November 2010.

Googles generella sökmotortjänst konkurrerar således med andra horisontella sökmotorer om att erbjuda konsumenterna relevanta sökresultat, oavsett vilken information användaren söker efter.³⁵⁶ Vertikala sökmotorer å andra sidan specialiserar sig på resultat inom en viss kategori, såsom shopping eller resor.³⁵⁷ Trots att de vertikala sökmotorerna inte är rent utbytbara tjänster för Googles användare, kan de erbjuda ett alternativ om användarna söker efter en specifik produkt eller tjänst och behöver en mer samlad bild än den Google kan erbjuda.³⁵⁸

En användare som söker efter en specifik produkt på en specialiserad söktjänst, byter troligtvis inte till den generella sökningen. Det är mer troligt att användaren skulle byta mot andra specialiserade sökmotorer, såsom Kayak och Expedia, vilket innebär att sådana vertikala söktjänster i så fall utgör en utbytbar produkt till Googles specialiserade söktjänst.³⁵⁹ För generella sökningar gäller motsvarande förhållande, användaren skulle istället för Googles generella söktjänst kunna använda andra horisontella söktjänster för sin sökning, såsom Bing och Yahoo!.³⁶⁰ Google presenterar dock sina egna specialiserade söktjänster tillsammans med organiska sökresultat för användarna, och är verksam både inom generella och specialiserade sökningar.³⁶¹ Användare skulle till viss del kunna anse att de olika typerna av sökningar är utbytbara, eftersom Google Search används även för specialiserade sökningar.³⁶²

4.3.3.3 Multisidiga plattformar och nätverkseffekter

Digitala plattformar kännetecknas av nätverkseffekter, som påverkar definitionen av marknaden eftersom den indirekta nyttan som uppstår mellan kundgrupperna påverkar prissättning och produktutbud.³⁶³ Google Search har som multisidig plattform flera kundgrupper, varav användare och annonsörer är de mest

³⁵⁶ Patterson, *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1 (2013), s. 6.

³⁵⁷ Surblyté, *Competition on the Internet*, Springer, (2015), s. 58.

³⁵⁸ Surblyté, *Competition on the Internet*, Springer, (2015), s. 60.

³⁵⁹ Bork & Sidak, *What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 663, 2012, s. 9.

³⁶⁰ Surblyté, *Competition on the Internet*, Springer, (2015), s. 60.

³⁶¹ Bork & Sidak, *What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 663, (2012), s. 10.

³⁶² Bork & Sidak, *What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?*, 8 *Journal of Competition Law and Economics* 663, (2012), s. 11.

³⁶³ Evans, *Two-Sided Market Definition*, ABA Section of Antitrust Law, *Market Definition in Antitrust: Theory and case studies*, (2012), s. 10.

framträdande. Frågan är vilka indirekta nätverkseffekter som uppstår mellan de två olika grupperna, beroende på vilken typ av sökprodukt det gäller.³⁶⁴

Generella sökningar används när användaren vill ha ett organiskt sökresultat och generell information. Annonssörens intresse ligger i att nå ut till användarna i egenskap av potentiella kunder, genom den generella sökningen, och har därmed inget intresse av det organiska sökresultatet i sig.³⁶⁵ Det finns således ingen inbördes efterfrågan eller beroende mellan aktörerna, användaren söker inte aktivt efter annonsörer i sig utan efter generell information. Den indirekta nyttan som uppstår utgörs istället av utbytet mellan dem, i form av annonsörernas betalning för söktjänsten, och användare som utnyttjar sökfunktionen.³⁶⁶ För specialiserade sökningar föreligger en annan utgångspunkt, användarna letar efter specifik information om en tjänst eller produkt, samt potentiella säljare av den produkten. Annonserna letar samtidigt efter potentiella kunder. Ett ömsesidigt beroende föreligger därmed mellan annonsörer och användare.³⁶⁷

För Googles egen del innebär nätverkseffekterna mellan användare och annonsörer att ju fler användare som använder tjänsten, desto fler annonsörer är villiga att betala för att synas på sökmotortjänsten. Det är därför av vikt att tjänsten som erbjuds är så effektiv som möjligt utifrån användarnas uppfattning, för att Google ska tjäna på sin verksamhet.³⁶⁸

4.3.3.4 SSNIP-testet

Enligt amerikansk rätt ska alla produkter som konsumenterna troligtvis skulle byta till, vid en prisökning enligt SSNIP-testet, ingå i produktmarknaden.³⁶⁹ Enligt europeisk rätt används också SSNIP-testet, men definition av produktmarknaden är något annorlunda. Alla produkter som anses vara utbytbara av konsumenten, i

³⁶⁴ Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, s. 4.

³⁶⁵ Patterson, *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1 (2013), s. 6.

³⁶⁶ Surblyté, *Competition on the Internet*, Springer, (2015), s. 60.

³⁶⁷ Surblyté, *Competition on the Internet*, Springer, (2015), s. 60.

³⁶⁸ Ratliff & Rubinfeld, *Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability?*, 3 J. Competition L. & Econ. 517 (2014), s. 10.

³⁶⁹ U.S. DoJ & FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, § 4.1 (2010).

relation till produktens pris, karaktär och tilltänkta användning ingår i produktmarknaden.³⁷⁰

En definition av den relevanta marknaden kan inte genomföras på samma sätt för en multidig digital plattform. SSNIP-testet och andra ekonomiska modeller för konkurrens är svår använda eftersom produkten som erbjuds av sökmotorer dels består av gratis information, dels eftersom marknaden påverkas av nätverkseffekter.³⁷¹ Tjänster och produkter som är gratis går inte att värdera enligt SSNIP-testet utifrån en hypotetisk prishöjning på 5 - 10 procent, eftersom ökningen skulle bli noll.³⁷² Om en digital sökmotor tog ut en kostnad för en produkt eller tjänst, som alla andra konkurrerande företag erbjuder gratis, skulle konsumenterna byta produkt eller tjänst. Det innebär dock inte att produkterna eller tjänsterna de facto är utbytbara.³⁷³

Istället för SSNIP-testet kan behovet och nyttan för annonsörer och sökanvändare fastställas, i syfte att utreda vilket pris annonsörerna är beredda att betala för färre sökanvändare och vilken lägre kvalitet på sökresultatet som användarna kan acceptera innan de byter sökmotor. Utredningen kompliceras av att allt är hypotetiskt och måste genomföras via fallstudier, men det kan utgöra ett komplement till den traditionella undersökningen.³⁷⁴

4.3.4 Geografisk marknad för traditionella marknader

Vid fastställandet av den relevanta geografiska marknaden används i både USA och EU samma verktyg och principer som för produktmarknaden.³⁷⁵ Marknaden definieras av kommissionen som det område där de berörda produkterna eller tjänsterna tillhandahålls, samt där det föreligger likartade konkurrensvillkor som

³⁷⁰ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03), p. 15.

³⁷¹ Evans, *Two-Sided Market Definition*, ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and case studies, 2009, s. 3.

³⁷² Zingales, *Product Market Definition in Online Search and Advertising*, 9(1) The Competition Law Review, pp. 29 - 47, 33 (2013).

³⁷³ James Ratliff & Daniel L. Rubinfeld, *Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability?*, 3 J. Competition L. & Econ. 517 (2014), s. 20.

³⁷⁴ Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, s. 13.

³⁷⁵ Kagan, *Bricks, Mortar and Google: Defining the relevant antitrust market for internet-based companies*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 271, 280 (2010/2011).

särskiljer området från angränsande geografiska områden.³⁷⁶ Utredningen syftar till att klargöra vilka hinder och svårigheter det finns för företag att etablera sig på marknaden.³⁷⁷ Enligt amerikansk rätt avgränsas marknaden som det geografiska område där konsumenterna kan välja mellan alternativa produkter, och det föreligger konkurrens mellan aktörerna.³⁷⁸ Vid bedömningen tar domstolarna hänsyn till liknande faktorer som i EU.³⁷⁹ Utredningen syftar till att fastställa vilka faktorer som påverkar konsumenternas handelsmönster.³⁸⁰

Den relevanta marknads avgränsning är avgörande för resultatet av ett konkurrensrättsligt fall. Det finns dock en risk att marknaden definieras för brett vid utredningen.³⁸¹ SSNIP-testet baseras på ett antagande att de rådande priserna på en marknad är konkurrenskraftiga. I praktiken har det dock framkommit att priserna ofta ligger över den nivån.³⁸² Fler konkurrerande bolag räknas in i produktmarknaden, alternativt den geografiska marknaden, vilket kan medföra att företaget inte bedöms vara skyldig till konkurrensbegränsande verksamhet.³⁸³ En för snäv avgränsning är inte heller ändamålsenligt, eftersom ett företag kan bedömas skyldig till missbruk av dominerande ställning trots att det inte har en dominerande ställning i realiteten.³⁸⁴ Det anförda är anledningen till att konkurrensutredningar ofta är både tidskrävande och omfattande, eftersom resultatet till stor del avgör vilken sanktion företaget påförs i slutändan.³⁸⁵

4.3.5 Den geografiska marknaden för Google Search

Genom sina utredningar försöker FTC och kommissionen besvara frågan huruvida Google missbrukar sin dominerande ställning på marknaden för digitala

³⁷⁶ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03), p. 8.

³⁷⁷ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03), p. 49.

³⁷⁸ *Heerwagen v. Clear Channel Communications*, 435 F.3d 219, 227 (2006).

³⁷⁹ *Heerwagen v. Clear Channel Communications*, 435 F.3d 219, 228 (2006).

³⁸⁰ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03), p. 8; *Heerwagen v. Clear Channel Communications*, 435 F.3d 219, 227 (2006).

³⁸¹ Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leasing Cases*, 2014, s. 32.

³⁸² Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leasing Cases*, 2014, s. 32.

³⁸³ U.S. DoJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines, § 4 (2010).

³⁸⁴ Kagan, *Bricks, Mortar and Google: Defining the relevant antitrust market for internet-based companies*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 271, 280 (2010/2011).

³⁸⁵ U.S. DoJ & FTC, Horizontal Merger Guidelines, § 4 (2010).

sökmotorer, eller enbart är innovativa och framstående inom sin bransch.³⁸⁶ För att kunna avgöra det, måste den relevanta geografiska marknaden definieras för företagets sökmotortjänst.³⁸⁷ För en digital tjänst kan dock inte utredningen genomföras på traditionellt sätt eftersom marknaden inte kan definieras enligt samma faktorer.³⁸⁸ Internet har ingen yttre gräns i traditionell mening, nätverket skapades med syftet att vara tillgängligt för alla oavsett geografisk position och har således ingen begränsning ifråga om tid eller rum som konventionella marknader.³⁸⁹

*” The Internet is at once a world-wide broadcasting capability, a mechanism for information dissemination, and a medium for collaboration and interaction between individuals and their computers without regard for geographic location ”.*³⁹⁰

I fallet *Microsoft/Yahoo!*³⁹¹ diskuterade kommissionen hur marknadsdefinitionen ska genomföras för digitala sökmotorer såsom Google. Sökmotorerna kan teoretiskt sett nås från hela världen, oavsett var användaren befinner sig och kan inte anses begränsad efter nationella gränser såsom konventionella marknader. Det kan därför bedömas som att den relevanta geografiska marknaden utgör hela världen, även om det i praktiken finns vissa begränsningar. Domstolen fastställde dock inte närmare hur det ska tolkas, eftersom det inte krävdes i fallet ifråga.³⁹² Domstolen uttalade dock att marknaden för annonser kan begränsas nationellt, med hänsyn till språkliga och kulturella skillnader.³⁹³ Med anledning av det skulle Googles relevanta geografiska produktmarknad kunna anses vara avgränsad, trots internets globala räckvidd, eftersom verksamheten styrs av betalande annonsörer.³⁹⁴

³⁸⁶ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, 2015, s. 2.

³⁸⁷ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 593 (1957).

³⁸⁸ Evans, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 NW. U. L. REV. COLLOQUY 285, 291 (2008).

³⁸⁹ Surblyté, *Competition on the Internet*, 2015, s. 42.

³⁹⁰ Leiner m fl., *A Brief History of the Internet*, Internet Society, <http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>, (hämtad 2 februari 2016).

³⁹¹ Kommissionens beslut av den 18 februari 2010 i ärende COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo! Search Business*.

³⁹² Kommissionens beslut av den 18 februari 2010 i ärende COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo! Search Business*, p. 96 – 98.

³⁹³ Kommissionens beslut av den 18 februari 2010 i ärende COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo! Search Business*, p. 84.

³⁹⁴ Verhaert, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, 273.

4.4 Maktposition och dominerande ställning

4.4.1 Bedömningen för traditionella marknader

4.4.1.1 Marknadsandelar

När den relevanta marknaden är fastställd är nästa steg att undersöka om företaget har en maktposition, eller dominerande ställning på marknaden ifråga. Som nämnts ovan³⁹⁵ har kommissionen definierat en dominerande ställning i sina riktlinjer.³⁹⁶ Det är ett företag med en sådan ekonomisk maktställning att det kan hindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att företagets ställning medför att det kan agera oberoende av konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter.³⁹⁷ I den amerikanska rätten används begreppet monopolistisk maktposition, motsvarande EU:s dominerande ställning, som innebär makten att kontrollera prissättning eller utesluta konkurrens.³⁹⁸

Marknadsandelar används ofta i bedömningen av ett företags ställning på den relevanta marknaden. Andelarna beräknas främst efter omsättning och försäljningssiffror kopplat till den relevanta produkten.³⁹⁹ Enbart höga marknadsandelar är inte tillräckligt för att ett företag ska anses ha en maktposition på marknaden.⁴⁰⁰ En marknadsandel kan dock vara en användbar indikation på att en dominerande ställning föreligger, som EU-domstolen uttalade i *Hoffman-La Roche*.⁴⁰¹ Därutöver fastställde domstolen att innehavet av en väldigt stor andel marknadsandelar, under en längre tid, kan i sig utgöra bevis för att en dominerande ställning föreligger.⁴⁰²

Kommissionen anger att ett företag med 40 procent eller mer av marknadsandelarna kan tyda på en dominerande ställning. Företaget har en så pass stark ställning att det kan agera utan att ta hänsyn till konkurrerande företag, och därmed agera

³⁹⁵ Ovan under avsnitt 2.5.3.

³⁹⁶ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 14.

³⁹⁷ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 10.

³⁹⁸ *United States v. I.E. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956).

³⁹⁹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03), p. 53.

⁴⁰⁰ Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leasing Cases*, 2014, s. 195.

⁴⁰¹ Mål 85/76, *Hoffman-La Roche mot kommissionen* (REG 1979), p. 44.

⁴⁰² Mål 85/76, *Hoffman-La Roche mot kommissionen* (REG 1979), p. 44.

konkurrensbegränsande.⁴⁰³ I rättsfallet *AKZO Chemie BV*⁴⁰⁴ fastställde även EU-domstolen att en marknadsandel på över 50 procent medför en presumtion för dominerande ställning.⁴⁰⁵ Har ett företag 65 procent eller mer av marknadsandelarna, är det generellt sett dominerande på marknaden.⁴⁰⁶ Presumtionen medför att bevisbördan flyttas över till den dominanta aktören. För att undvika ansvar måste företaget således visa att det inte har en dominerande ställning, trots en marknadsandel på över 50 procent.⁴⁰⁷ Det finns dock fall där en aktör inte ansetts ha dominerande ställning trots en hög marknadsandel. Fallet *Microsoft/Skype*⁴⁰⁸ är ett exempel där domstolen fastslog att ett företagsförvärv, som medförde en gemensam marknadsandel på 80 - 90 procent, inte visade att en dominerande ställning förelåg.⁴⁰⁹

I USA beräknas ett företags marknadsandel utifrån faktorer som visar hur företagets agerande påverkar konkurrensen, såsom intäkter.⁴¹⁰ Det saknas en fastställd procentandel i amerikansk rätt för hur stor marknadsandel som krävs för att en monopolistisk maktposition ska föreligga, dock har ungefärliga värden fastställts i praxis. En marknadsandel om 75 procent anses indikera att en maktposition föreligger, om det samtidigt finns inträdeshinder på marknaden.⁴¹¹ Under 60 procent anses generellt sett inte utgöra en maktposition. Över 60 procent kan vara tillräckligt, under vissa omständigheter.⁴¹²

4.4.1.2 Inträdeshinder

Marknadsandelarna har stor betydelse för bedömningen, men är inte på egen hand avgörande för att fastställa ett företags maktposition. Kommissionen tar även hänsyn till rådande villkor på marknaden, konkurrenstryck samt hur differentierade produkterna är, i kombination med en analys av de inträdeshinder som finns på den

⁴⁰³ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 14.

⁴⁰⁴ Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen* (REG 1991).

⁴⁰⁵ Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen* (REG 1991), p. 60.

⁴⁰⁶ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 14.

⁴⁰⁷ Ezrachi, *EU Competition Law – An analytical Guide to the Leading Cases*, 2014, s. 195.

⁴⁰⁸ Mål T-79/12, *Cisco/Messenger mot kommissionen* (REG 2013), p. 74.

⁴⁰⁹ Fallet utreds vidare nedan under avsnitt 4.4.2.1.

⁴¹⁰ Werden, *Assigning market shares*, 70 *Antitrust L.J.* 67, 74 (2002).

⁴¹¹ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, U.S. 377, 391 (1956).

⁴¹² *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F. 2d 416, 424 (2d Cir. 1945).

relevanta marknaden.⁴¹³ Även kunder och leverantörers ställning bedöms utifrån det aktuella företags agerande.⁴¹⁴ I USA beaktas också inträdeshinder och makten att kontrollera priser vid utredning.⁴¹⁵ Inträdeshinder medför att nya aktörer har svårt att etablera sig på marknaden, samtidigt som konkurrerande företag av olika anledningar inte kan utmana det aktuella dominanta företaget.⁴¹⁶

Inträdeshinder utgörs främst av ekonomiska hinder, som företaget med maktposition upprätthåller i form av kostnader för de aktörer som försöker tillträda marknaden.⁴¹⁷ Det kan också uttryckas som att företaget med dominerande ställning har en fördel gentemot konkurrerande bolag, vilket befäster dess maktposition eftersom aktörerna inte konkurrerar på lika villkor.⁴¹⁸ Vanliga inträdeshinder kan bestå av exklusiva licenser, ensamkontroll av resurser, höga kapitalkostnader vid inträde på marknaden samt så kallade stordriftsfördelar.⁴¹⁹ Det finns olika inträdeshinder beroende på vilken bransch och typ av produkt det rör sig om, såsom juridiska hinder, kapacitetshinder och ekonomiska hinder. Den första kategorin kan utgöras av så kallad licensvägran, vilket innebär att företaget vägrar ge ut licenser till konkurrerande aktörer.⁴²⁰ Kapacitetshinder kan bland annat utgöras av att det krävs en omfattande investering för tillträde på en marknad eller för expansion.⁴²¹ Ekonomiska hinder föreligger i form av krav på hög produktion eller distribution, samt andra mer strategiska hinder som att det enligt avtal är förenat med höga kostnader för konsumenter att byta till en konkurrerande produkt.⁴²²

⁴¹³ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 30.

⁴¹⁴ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 30.

⁴¹⁵ *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1439 (9th Cir.), cert. denied, 116 S.Ct. 515 (1995).

⁴¹⁶ *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1439 (9th Cir.), cert. denied, 116 S.Ct. 515 (1995).

⁴¹⁷ Hylton, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 75.

⁴¹⁸ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, (2005), p. 38.

⁴¹⁹ *Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co.*, 51 F.3d 1421, 1439 (9th Cir.), cert. denied, 116 S.Ct. 515 (1995). Stordriftsfördelar är minskade kostnader som uppkommer vid storskalig produktion, vilket leder till att ett företag kan sälja sina produkter till lägre priser och erhålla högre vinst än konkurrerande företag.

⁴²⁰ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 17.

⁴²¹ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, (2005), p. 40.

⁴²² DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, (2005), p. 40.

Inträdes hinder kan även föreligga utan att en dominerande aktör har agerat medvetet, exempelvis genom en naturlig konkurrens fördel i form av en överlägsen produkt eller förfogande av naturtillgångar.⁴²³ En dominerande ställning är inte förbjudet i sig, syftet är inte att motverka framgång som erhållits genom lagliga medel.⁴²⁴ Ett företag som har en dominant position medför att section 2 Sherman Act eller artikel 102 FEUF blir tillämplig, men det krävs att företaget också missbrukar sin ställning på marknaden, och påverkar konkurrensen negativt.⁴²⁵

4.4.2 Googles ställning på marknaden för sökmotorer

4.4.2.1 Marknadskoncentration

Ur ett konkurrensrättsligt perspektiv innebär en hög marknadsandel på en digital multisidig marknad inte samma sak som på en konventionell marknad utan nätverkseffekter.⁴²⁶ En stor multisidig plattform är ofta en nödvändighet för att användarnytta av plattformen ska kunna uppnås.⁴²⁷ En konsekvens av indirekta nätverkseffekter, höga investeringskostnaderna vid inträde på marknaden samt kravet på ständig innovation och teknisk utveckling, är att digitala marknader av naturen är mer koncentrerade och består av färre aktörer.⁴²⁸ Det betyder inte att alla digitala marknader automatiskt styrs av monopol eller bolag med dominerande ställning, eller att det krävs indirekta nätverkseffekter för att en dominerande ställning ska uppstå.⁴²⁹

Konkurrens mellan flera aktörer är nästan alltid gynnsamt på traditionella marknader. Det är inte alltid applicerbart på en tvåsidig digital marknad eftersom nätverkseffekterna kan medföra att ett stort antal plattformar blir ineffektivt. En digital plattform som Google, med monopol på marknaden, medför att aktörerna på marknaden kan uppnå maximal användarnytta eftersom allt är samlat på en

⁴²³ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 75.

⁴²⁴ Hylton & Elgar, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 64.

⁴²⁵ Körber, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239-244, 240.

⁴²⁶ Evans, *Two-Sided Market Definition*, ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and case studies, (2012), s. 2.

⁴²⁷ Evans, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 NW. U. L. REV. COLLOQUY 285, 291 (2008).

⁴²⁸ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, (2013), s. 5.

⁴²⁹ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, (2013), s. 5.

plattform.⁴³⁰ Bedömningen av om ett företags dominerande ställning på en digital marknad utgör missbruk av dominerande ställning är därför inte helt enkel. Nätverkseffekterna kan medföra att en multisidig plattform som Google har en stark monopolistisk struktur, men ändå vara konkurrensrättsligt effektiv och till nytta för konsumenterna.⁴³¹

4.4.2.2 Marknadsandelarnas betydelse

Enligt EU:s regelverk föreligger en presumtion för dominerande ställning, om företaget har en marknadsandel på över 50 procent av den relevanta marknaden.⁴³² Det amerikanska regelverket saknar ett motsvarande fastställt gränsvärde. Det har dock i praxis fastställts att 75 procent anses utgöra en maktposition, om det samtidigt föreligger inträdeshinder på marknaden.⁴³³ Till viss del kan skillnaderna mellan rättsordningarna påverka hur FTC och kommissionen bedömer Googles agerande. FTC har inte uttalat en definierad marknad för Google, samtidigt som Google endast har en marknadsandel på 65 procent i USA.⁴³⁴ Det kan enligt praxis anses utgöra en maktposition i vissa fall, men det krävs att ytterligare faktorer uppfylls.⁴³⁵ Enligt kommissionens utredning har Google med 90 procent av marknadsandelarna⁴³⁶ en dominerande ställning på den definierade relevanta marknaden, EES området.⁴³⁷

Över 90 procent utgör generellt en maktposition i EU, men i fallet *Microsoft/Skype*⁴³⁸ fastställdes att en marknadsandel på över 90 procent inte nödvändigtvis medför på en dominerande ställning.⁴³⁹ I målet utredde tribunalen marknadsdominans vid företagsförvärv på digitala marknader. *Microsoft* meddelade kommissionen år 2011 att de avsåg att förvärva kommunikationstjänsten

⁴³⁰ Caillaud & Jullien, *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*, RAND Journal of Economics Vol. 34, No. 2, pp. 309 - 328, 310 (2003).

⁴³¹ Haucap & Heimeshoff, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?*, DICE No 83, (2013), s. 5.

⁴³² Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen* (REG 1991), p. 60.

⁴³³ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, U.S. 377, 391 (1956).

⁴³⁴ ComScore, Inc., *comScore Releases December 2015 U.S. Desktop Search Engine Rankings*, 20 Januari 2016, (hämtad 6 februari 2016);

⁴³⁵ *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F. 2d 416, 424 (2d Cir. 1945).

⁴³⁶ Karakas, Briefing: *Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, EPRS, PE 565.870, (2015), s. 1.

⁴³⁷ European Commission Press Release, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 april 2015.

⁴³⁸ Mål T-79/12, *Cisco/Messenger mot kommissionen* (REG 2013), p. 74.

⁴³⁹ Se vidare nedan under avsnitt 4.4.2.1.

Skype.⁴⁴⁰ Avsikten var att kombinera företagets tjänster, så att videosamtalen med *Skype* genomfördes via datorer som var kompatibla med *Microsofts* operativsystem *Windows*. Det medförde att företagen tillsammans skulle innehå 80 - 90 procent av marknadsandelarna, på marknaden för digital kommunikation för allmänheten.⁴⁴¹

Konkurrerande företag, *Cisco* och *Messenger*, som erbjöd kommunikationstjänster ansåg att förvärvet skulle hämma konkurrensen. Kommissionen avslög yrkandet⁴⁴², varvid *Cisco* och *Messenger* överklagade kommissionens beslut till EU-domstolen.⁴⁴³ I utredningen fördes en diskussion kring att marknadsdominans på digitala marknader inte har samma innebörd som på traditionella marknader. Kommunikationsmarknaden drivs av innovation och expanderar ständigt, vilket medför att en marknadsdominans kan vara kortvarig. Dessutom är *Skype* en gratistjänst, vilket medför att konsumenterna skulle byta produkt vid en prishöjning.⁴⁴⁴ Tribunalen fastställde av den orsaken att den höga marknadsandelen, och marknadskoncentrationen, inte var en indikation på att *Microsoft* och *Skype* hade en dominerande ställning.⁴⁴⁵ Med anledning av det framförda och att fallet har vissa likheter med Google, vore det missvisande om Google anses ha en dominerande ställning inom EU enbart på grundval av marknadsandelarna.

4.4.2.3 Inträdeshinder för digitala plattformar

Google har under åren försvarat sig från anklagelser om missbruk av dominerande ställning och konkurrensbegränsande beteende genom att hävda att "*competition is just one click away*".⁴⁴⁶ Uttrycket syftar på att användarna när som helst kan välja att använda en annan sökmotor. Det finns ingen avtalsrelation mellan Google och användarna, och tjänsten kostar ingenting. Google menar därmed att användarna

⁴⁴⁰ Ärende COMP/M.6281, *Microsoft/Skype, Förhandsanmälan av en koncentration*, 2011/C 268/09.

⁴⁴¹ Mål T-79/12, *Cisco/Messenger mot kommissionen* (REG 2013), p. 51.

⁴⁴² Ärende COMP/M.6281, *Microsoft/Skype, kommissionens beslut C(2011)7279*, p. 221.

⁴⁴³ Mål T-79/12, *Cisco/Messenger mot kommissionen* (REG 2013), p. 13.

⁴⁴⁴ Mål T-79/12, *Cisco/Messenger mot kommissionen* (REG 2013), p. 52.

⁴⁴⁵ Mål T-79/12, *Cisco/Messenger mot kommissionen* (REG 2013), p. 74.

⁴⁴⁶ *Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights*, 21 September 2011, s. 4.

gör ett fritt val att använda sig av Googles sökmotor, och att bolaget därmed inte i realiteten kan hindra konkurrerande aktörer från inträde på marknaden.⁴⁴⁷

Det finns dock viss kritik mot Googles argument. Google är inte enbart en sökmotor, utan tillhandahåller en mängd olika tjänster för digitala produkter. Googles egna så kallad molntjänst, där Google Chrome, Gmail, Google Docs samt Android ingår, försvårar för användare som inte enbart använder sökmotorn, att byta tjänst.⁴⁴⁸ Enligt Google samlas dessutom information kring gjorda sökningar in, för att erbjuda användaren en mer effektiv och relevant sökresultatlista och förbättra upplevelsen av tjänsten.⁴⁴⁹ Sammantaget medför det att det kan vara svårt för användare att byta tjänst eftersom de erhåller en högre användarnytta, ju fler sökningar som genomförs.⁴⁵⁰ Googles dominerande ställning på marknaden för digitala sökmotorer kan även ifrågasättas. Sökmotortjänsten är gratis för användarna, Googles enda inkomstkälla för tjänsten är betalande annonsörer. Frågan är om en sådan marknad, där produkten är gratis information, kan utgöra en relevant marknad enligt konkurrensrättens principer.

Kommissionen har fastställt att det inte finns en separat marknad för radio, television och tidningar inom mediasektorn, om kanalerna distribueras utan kostnad för kunderna. Tjänsterna finansieras genom betalande annonsörer, precis som i Googles fall.⁴⁵¹ Det finns ingen så kallad ”utbud och efterfrågan-relation” mellan tv-distributören av gratis kanaler och tittarna.⁴⁵² Det finns på motsvarande sätt ingen egentlig relation mellan Google Search och användarna. Istället föreligger en relation mellan Google Search och annonsörerna, baserad på avtal, precis som mellan tv-distributören och annonsörer. Tv-distributörerna konkurrerar med

⁴⁴⁷ *Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights*, 21 September 2011, s. 4.

⁴⁴⁸ Vanberg, *From Archie to Google -Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law*, European Journal for Law and Technology, Vol. 3, No. 1, (2012), s. 7.

⁴⁴⁹ *Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights*, 21 September 2011, s. 5.

⁴⁵⁰ Vanberg, *From Archie to Google -Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law*, European Journal for Law and Technology, Vol. 3, No. 1, (2012), s. 7.

⁴⁵¹ Kommissionens beslut av den 26 augusti 2008 i ärende Comp/M.5121, *News Corp/Premiere*, p. 15.

⁴⁵² Kommissionens beslut av den 26 augusti 2008 i ärende Comp/M.5121, *News Corp/Premiere*, p. 15.

varandra om tittarsiffror,⁴⁵³ på samma sätt som sökmotorerna konkurrerar med varandra om sökanvändare. En hög marknadsandel på sådana marknader kan därför enligt kommissionen endast vara en indikation på att aktören har en stark ställning på marknaden för annonsering.⁴⁵⁴

4.5 Konkurrensbegränsande åtgärder

4.5.1 USA

Det finns ingen uppräknning av vad som anses utgöra missbruk enligt amerikansk lagstiftning, varje fall bedöms individuellt. Det räcker dock inte att ett företag innehar en maktposition på en marknad, eller med avsikt skaffat sig en sådan ställning för att det ska anses ha en monopolistisk maktposition, det måste också bevisas. Bevisbördan ligger på den kärende parten, och kan visas antingen direkt eller genom indicier enligt amerikansk rätt.⁴⁵⁵ Käranden måste visa att aktören hade en avsikt att kontrollera priser eller hämma konkurrensen och att företaget agerat konkurrensbegränsande. Dessutom måste käranden visa att det fanns en tydlig risk för att företaget skulle lyckas med den avsedda effekten, samt att det medförde skada på konkurrensen.⁴⁵⁶

Om käranden kan visa att marknadspositionen effektivt har utnyttjas för att erhålla fördelar framför konkurrerande aktörer, föreligger direkt bevisning.⁴⁵⁷ Det kan dock vara komplicerat att påvisa en maktposition, såsom att ett företag agerat aktivt för att stänga ute konkurrenter eller höjt priserna för sina produkter upprepade gånger, utan minskad försäljning eller förlust av intäkter.⁴⁵⁸ Höga marginaler indikerar dessutom att företaget kan agera utan hänsyn till marknadens övriga aktörer.⁴⁵⁹ Det går även att fastställa en monopolistisk maktposition genom indicier.⁴⁶⁰ De amerikanska domstolarna har fastställt att käranden först måste definiera den relevanta marknaden. Dessutom måste käranden visa att företaget ifråga innehar en

⁴⁵³ Kommissionens beslut av den 20 september 1995 I Ärende IV/M.553, *RTL/Veronica/Endemol*, p. 35.

⁴⁵⁴ Kommissionens beslut av den 20 september 1995 I Ärende IV/M.553, *RTL/Veronica/Endemol*, p. 17.

⁴⁵⁵ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 49.

⁴⁵⁶ *Forsyth v. Humana, Inc.*, 114 F.3d 1467, 1477 (9th Cir.1997).

⁴⁵⁷ Hylton, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 73.

⁴⁵⁸ Hylton, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, 2010, s. 73.

⁴⁵⁹ Langer, *Competition Law of the United States*, 2014, s. 49.

⁴⁶⁰ ABA Section of Antitrust Law, 2009 Annual Review of Antitrust Law Developments (2010), s. 42.

hög procent marknadsandel på den marknaden, samt att det finns höga inträdeshinder på marknaden.⁴⁶¹

4.5.2 EU

Det finns ett antal olika beteenden som räknas till missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF.⁴⁶² Det finns dels exploateringsmissbruk, såsom överprissättning, och så kallade exkluderande missbruk, som genomförs i syfte att utesluta konkurrenter från den relevanta marknaden alternativt hindra dem från att expandera.⁴⁶³ Den senare kategorin är det oftast förekommande typen av missbruk och inkluderar ett flertal olika beteenden, såsom vägran att ingå avtal, förekomsten av exklusiva avtal, kopplingsförbehåll, villkorade rabatter, underprissättning av produkter eller tjänster, samt marginalpress. Kommissionen utreder Google för exkluderande missbruk, genom en så kallad konkurrenshämmande avskärmning, och även till viss del vägran att ingå avtal.⁴⁶⁴ Vid utredningen utgår kommissionen från om och hur det misstänkta beteendet minskar sannolikheten för att konkurrerande bolag, i realiteten, har möjlighet att konkurrera med Google.⁴⁶⁵

4.5.3 Hämmar Google Search konkurrensen?

Vid FTC:s utredning framkom viss bevisning för att konkurrensen till viss del hämmades, samt att viss skada åsamkades konkurrerande företag. Det framkom dock inga bevis för att Googles agerande har haft en negativ påverkan på konsumenterna, snarare tvärtom.⁴⁶⁶ FTC fattade därför beslutet att lägga ner utredningen. FTC ansåg, i likhet med Google, att bolaget endast vidtagit åtgärder för att förbättra användarnas upplevelse av sökmotortjänsten.⁴⁶⁷

Kommissionen har i sina riktlinjer fastställt att om ett företag ska anses missbruka sin dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF, krävs att företagets agerande snedvrider eller hämmar den effektiva konkurrensen på EU:s inre marknad och

⁴⁶¹ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 353 U.S. 586, 395 (1957).

⁴⁶² *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 32 - 90.

⁴⁶³ Mål T-286/09, *Intel Corp. mot kommissionen*, (REG 2014), p. 1551 - 1552.

⁴⁶⁴ Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September 2015, s. 23.

⁴⁶⁵ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 68.

⁴⁶⁶ Public Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 2.

⁴⁶⁷ Public Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 3.

skadar konsumenterna.⁴⁶⁸ Anklagelserna som riktats mot Google motsvarar de som framkom i den amerikanska utredningen, att Google hindrar konkurrerande företag från tillträde till marknaden genom att manipulera sökresultatet.⁴⁶⁹ Det är svårt att bevisa ett konkurrensbegränsande agerande på en marknad där konkurrerande tjänster är lättåtkomliga för användaren och endast är ”one click away”, som Google uttrycker det.⁴⁷⁰ Dessutom föreligger det, som nämnts ovan, en oavbruten och snabb utveckling på digitala marknader, där nya aktörer hela tiden uppstår samtidigt som andra aktörer försvinner.⁴⁷¹ På en traditionell marknad är det relativt okomplicerat för kommissionen att framlägga bevis på konkurrensbegränsande agerande, men på en innovativ marknad blir utredningen mer komplicerad.⁴⁷²

Ytterligare en försvårande faktor i sammanhanget är att Google hävdar att deras tjänster bedöms på samma sätt som andra konkurrerande tjänster via sökalgoritmen, och att företaget inte medvetet främjar sina egna tjänster i sökresultaten.⁴⁷³ Det föreligger sekretess kring hur Googles sökalgoritm används, det är därför inte känt hur kommissionen eller FTC har utrett Googles sökmotortjänst utöver de uttalanden som gjorts från myndigheterna.⁴⁷⁴ Även om Google hävdar att det inte finns någon mänsklig påverkan på sökresultatalgoritmen, går det enligt uppgifter från konkurrerande företag att manipulera det i syfte att nå önskat resultat.⁴⁷⁵

Konkurrensrätten i EU och USA syftar inte till att skydda konkurrenter. FTC ansåg att Googles agerande inte skadar konsumenterna, varför ett brott mot section 5 FTC

⁴⁶⁸ *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02)*, p. 1.

⁴⁶⁹ European Commission Press Release, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 april 2015.

⁴⁷⁰ *Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights*, 21 September 2011, s. 4.

⁴⁷¹ Se ovan under avsnitt 3.2.1.

⁴⁷² Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September 2015, s. 34.

⁴⁷³ *Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy, and Consumer Rights*, 21 September 2011, s. 5.

⁴⁷⁴ Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 3; European Commission Press Release, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 april 2015.

⁴⁷⁵ Se bl.a. Testimony of Jeremy Stoppelman, Cofounder and CEO of Yelp! Inc., *The Power of Google: Serving Consumers or Threatening Competition: Hearing Before the Subcomm. On Antitrust, Competition Policy, & Consumer Rights of the S. Comm. on the Judiciary*, 112th Cong. (2011).

Act inte förelåg.⁴⁷⁶ Trots konkurrensrättens huvudsakliga syfte, framstår det som att kärnfrågan i kommissionens utredning av Google är de eventuella skador som tillförs konkurrerande företag.⁴⁷⁷ De skador som åsamkas konsumenter är endast indirekta, genom att konkurrensen hämmas och användarna inte erbjuds ett oberoende sökresultat.⁴⁷⁸ Det här försvårar kommissionens fastställande av konkurrensbegränsande agerande enligt artikel 102 FEUF, vilket i sin tur kan medföra att Google inte heller i EU kan dömas för missbruk av dominerande ställning.

4.6 Sammanfattning

Vid en jämförelse av en traditionell utredning enligt artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act, blir det tydligt att utredningarna i EU och USA har många likheter. Myndigheterna använder samma verktyg, men de faktorer som tas i beaktning ges lite olika betydelse i de två rättsordningarna.

De särskilda förutsättningar som råder på digitala marknader tydliggörs ytterligare vid jämförelsen med traditionella marknader, då inget av de traditionella konkurrensrättsliga verktygen kan appliceras direkt på Googles verksamhet. Även betydelsen av marknadsandelar och en hög marknadskoncentration är annorlunda för digitala marknader, vilket medför att konkurrensmyndigheterna inte kan dra samma slutsatser av utredningens resultat som på traditionella marknader.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ Public Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013, s. 3.

⁴⁷⁷ European Commission Press Release, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, MEMO/15/4781, 15 april 2015.

⁴⁷⁸ Renda, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September 2015, s. 38.

⁴⁷⁹ Vilket diskuteras ytterligare nedan i analysen under *avsnitt 5*.

5 Analys

5.1 Det moderna samhällets föränderlighet

Tillämpningen av artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act på digitala sökmotorer har visat sig vara en komplicerat uppgift. Utifrån FTC:s avslutade utredning, och den pågående utredningen som kommissionen genomför, framkommer att digitala plattformar som Google inte kan bedömas enligt traditionella principer. Vid uppsatsens inledande fas var syftet att utreda om, och i så fall hur, de två olika rättsordningarna USA och EU skiljer sig åt angående utredningen av missbruk av dominerande ställning och monopolistisk maktposition för digitala sökmotorer. Efter den genomförda fallstudien av Google Search, utifrån FTC och kommissionens utredningar, granskning av lagtext och doktrin på området framstår frågeställningen som något missvisande. Det är inte enbart skillnader mellan konkurrensrätten i USA och EU utifrån bakomliggande syfte, ändamål och praxis som medför att konkurrensmyndigheterna i de två rättsordningarna bedömer Googles agerande olika. Rättsläget för digitala marknader i allmänhet, och därmed även för sökmotorer, är osäkert och skapar konkurrensrättsliga problem.

Sedan uppfinningen av internet har de digitala marknaderna revolutionerat hur handel bedrivs och hur människor integrerar med varandra. Utvecklingen har dock inte påverkat en viktig marknadsekonomisk samhällsfunktion, konkurrensrätten. Konkurrenslagstiftningarna är i princip oförändrade sedan införandet, år 1890 i USA och år 1957 i EU. Mindre förändringar har gjorts, men i grunden är lagarna fortfarande anpassade efter de utmaningar och omständigheter som förelåg vid tiden för deras ikraftträdande. De digitala marknaderna har andra förutsättningar än traditionella marknader, men när digitala aktörer utreds av konkurrensmyndigheter och deras agerande prövas i domstol ser förfarandet ut som tidigare. Samma principer och verktyg har applicerats, med viss modifikation. Resultatet är ineffektiva konkurrensrättsliga system, där strävan att uppnå syftet med lagstiftningen misslyckas.

Konkurrensmyndigheterna i USA och EU har ännu inte fastställt vilka grundprinciper som ska appliceras vid definitionen av en relevant marknad för digitala aktörer. Google är dessutom det första fallet där artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act tillämpas på sökmotorer. Det är en anledning till Google-

fallets principiella betydelse för konkurrensrätten i EU och USA, och skälet till att Google är subjektet för en fallstudie i uppsatsen.

De moderna digitala marknaderna, de så kallade *new economy industries*, kännetecknas av andra faktorer och förutsättningar än traditionella marknader. Även marknadsstrukturen ser annorlunda ut för digitala marknader. Konkurrensen på digitala marknader drivs av faktorer som innovation och nätverkseffekter, samtidigt som nya aktörer ständigt utmanar de redan existerande produkterna och tjänsterna på marknaden. Den snabba förändringstakten och den ständiga utvecklingen av nya produkter medför att konkurrensmyndigheternas verktyg för definiering av relevant marknad, maktposition och missbruk inte kan appliceras enligt traditionell bedömning.

5.2 Marknadsdefinitionen för Google – relevant eller missvisande?

5.2.1 Information som produkt

5.2.1.1 Värderingsproblematik

Kommissionen har definierat Googles relevanta produktmarknad som internetsökningar. FTC har inte uttalat sig specifikt gällande Googles marknad mer än i generella termer, men det framgår bland annat av uttalanden från tidigare kommissionärer i FTC att marknaden har definierats som digitala sökningar. Den produkt som Google erbjuder användarna är sökresultat, eller i praktiken information. Användarna genomför sökningar via Googles söktjänst för att de efterfrågar information av något slag och vill ha en komprimerad samling sökresultat, som är relevant i relation till den gjorda sökningen.

Information som produkt är ett nytt koncept i samhället. I takt med att fler företag bedriver informationsbaserad verksamhet, ökar också de konkurrensrättsliga klagomålen och stämningarna för den typen av marknader. Det är dock svårt att värdera information som produkt, och således även att definiera den relevanta produktmarknaden för sökmotorer. Produktmarknaden för konventionella marknader i EU avgörs av produkternas utbytbarhet, i relation till produktens pris, karaktär och tilltänkta användning. I USA anges att produktmarknaden utgörs av de produkter som finns tillgängliga till samma pris som den aktuella produkten, och därmed är substituerbara. Utbytbarheten beräknas med hjälp av SSNIP-testet. Om en prishöjning av en produkt medför att konsumenterna istället köper en annan

produkt, är produkterna utbytbara och ingår i samma produktmarknad. Utgångspunkten är således framförallt pris men även huruvida det föreligger konkurrens mellan produkterna eller inte, tas i beaktning.

På en marknad där produkten är information blir det dock komplicerat att applicera SSNIP-testet. Det är svårt att värdera information som en produkt, dels för att sökmotorer erbjuder en gratis söktjänst för sina användare, dels för att information som produkt är beroende av nätverkseffekter. En prishöjning av Googles tjänst skulle i praktiken leda till att konsumenterna bytte sökmotor, men eftersom inga sökmotorer på marknaden tar betalt av användarna har det ingen relevans för vilken utbytbarhet produkterna har. Vid appliceringen av SSNIP-testet används en generell prisökning på 5 - 10 procent, vilket för sökmotorer alltså skulle innebära en prisökning på noll kronor. Det går således inte att applicera testet enligt traditionell bedömning på marknaden för digitala sökmotorer.

På traditionella marknader drivs konkurrensen av priser, men för digitala marknader är istället innovation drivkraften. När en traditionell konkurrensrättslig utredning appliceras på marknaden för digitala sökmotorer, beaktas inte effekterna av de multisidiga plattformarna. Marknaden påverkas av de olika sidornas nytta, intressen och prisstrukturer, som är sammanlänkade med varandra. Nätverkseffekterna måste därför tas i beaktning, eftersom det påverkar hur marknaden definieras. Om produktmarknaden definieras enligt de traditionella verktyg som FTC och kommissionen använder sig av, finns det en risk för att marknaden definieras för snävt. Det innebär att en aktör kan anses inneha en maktposition på en marknad, trots att det i realiteten föreligger hög konkurrens. Marknadsdefinitionen är således av vikt för att FTC och kommissionen ska kunna tillämpa det konkurrensrättsliga regelverket effektivt. Vid en felbedömning är konsekvenserna förödande för samhällets ekonomi och välfärd. Ett företag som döms för missbruk av dominerande ställning eller monopolistisk maktposition kan tvingas betala höga böter. Dessutom begränsas innovationen och den digitala utvecklingen hämmas på marknaden, med anledningen av att sanktionerna får en avskräckande effekt för framtida aktörer.

Nätverkseffekterna innebär även att kostnaden för tjänsten istället betalas av annonsörer, som i sin tur lockas av ett stort antal användare. Av den anledningen

går det inte att definiera den relevanta produktmarknaden som enbart en marknad för sökningar eller information, eftersom produkten har ett nära samband med marknaden för annonsering. Produkterna är beroende av varandra, på samma sätt som Googles två olika kundgrupper således är beroende av varandra. FTC och kommissionens utredningar ter sig därför missvisande, eftersom de delar upp annonsering och söktjänst i olika fack trots att de är sammankopplade.

5.2.1.2 Generella och specialiserade sökningar

Åsikterna går isär angående hur Googles produktmarknad ska definieras. Är generella och specialiserade sökningar två separata produktmarknader, eller utgör de en gemensam marknad för sökresultat? Är det över huvud taget möjligt att avgränsa en marknad särskilt för sökresultat, när det finns en mängd olika aktörer på internet som konkurrerar med Google om användare? Andra dominanta aktörer såsom Facebook, Amazon och eBay erbjuder också information. Ska marknaden istället definieras som en digital marknad för information? I så fall skulle Google inte längre anses ha en maktposition eller dominerande ställning, vilket innebär att artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act inte skulle vara tillämplbara.

Uttalanden från FTC och kommissionen indikerar att båda myndigheter utgår från en bred definiering av produktmarknaden, marknaden för internetsökningar och digitala sökningar. Det talar för att alla typer av sökningar ska räknas till samma marknad. Innefattar marknaden både generella och specialiserade sökningar, således en gemensam produktmarknad, har dock Google inte en dominerande ställning. Det finns nämligen ett antal framgångsrika aktörer på marknaden för vertikala sökmotorer, såsom Amazon och eBay. Det skulle medföra att Google inte kan bli föremål för utredningar enligt artikel 102 FEUF och section 2 Sherman Act, och inte heller för rättsliga sanktioner eftersom det krävs en maktposition på den relevanta marknaden. Således torde både FTC och kommissionen anse att generella sökningar och specialiserade sökningar inte utgör samma produktmarknad.

Om generella och specialiserade sökningar istället anses höra till två olika produktmarknader, kan Google agera konkurrensbegränsande. Google är kapabel till att använda sin fastställda maktposition på marknaden för generella sökningar, i syfte att hindra konkurrerande vertikala sökmotortjänster från tillträde till den specialiserade sökmarknaden. Det har dock fastställts att vertikala söktjänster till

viss del kan anses vara utbytbara mot Googles generella söktjänst, om konsumenterna efterfrågar en speciell vara eller tjänst. Användarna kan dessutom när som helst, utan kostnad, byta sökmotor, vilket medför att Google inte har några incitament för att agera konkurrensbegränsande genom sin generella söktjänst. Google är verksam på båda marknader, och de organiska sökresultaten presenteras tillsammans med Googles egna specialiserade tjänster i sökresultatlistorna. Det medför att det är svårt för användarna att avgöra vilken typ av sökning de har genomfört, vilket i sin tur kan indikera att produkterna är utbytbara och ska anses tillhöra samma marknad.

Det är tydligt att distinktionen mellan söktyperna inte är klarlagd. Hur de två produkterna bedöms påverkar utfallet av konkurrensutredningarna i USA och EU. Om konkurrensmyndigheterna i sina utredningar kommer fram till skilda bedömningar av produktmarknadens definition, blir utfallet helt olika. Enligt FTC:s uttalande, vid utredningens avslutande i januari år 2013, är det tydligt att utredningen inte lades ner med anledning av produktmarknadens definition. Istället fokuserade FTC på att Google inte agerade i syfte att hämma konkurrensen, utan endast för att förbättra användarnas upplevelse av tjänsten. Kommissionen har utrett Google för missbruk av dominerande ställning sedan år 2010. Om marknaden hade definierats som en gemensam marknad för sökningar, borde utredningen lagts ner. Trots det har FTC och kommissionen angett Googles relevanta produktmarknad som internetsökningar, och digitala sökningar, vilket ger en missvisande bild av hur de i realiteten har definierat produktmarknaden.

5.2.2 En obegränsad geografisk marknad

Bedömningen av vad som är skadligt för konsumenter, och vad som gynnar konsumenter kompliceras av att de produkterna som är aktuella erbjuds utan kostnad för användarna. Enligt amerikansk och europeisk konkurrensrätt bedöms konsumentintresset främst med hänsyn till pridfaktorer, men även utifrån hur långt konsumenterna är beredda att förflytta sig för att få tag i en viss produkt. För digitala marknader finns ingen begränsning. I dagens moderna samhälle där var och varannan har en smartphone i handen och en bärbar dator i väskan, saknar transportfaktorn betydelse.

Det finns dessutom i teorin ingen geografisk begränsning för de produkter som Google erbjuder, samtidigt som konsumenterna när som helst kan välja att söka efter information via andra tjänster. Sociala medier som Facebook erbjuder en form av informationssökning, och vertikala sökmotorer erbjuder specialiserade resultat som underlättar för konsumenten om de efterfrågar en speciell produkt eller tjänst. FTC har inte angett sin definition av Googles relevanta geografiska marknad. Den nya EU-kommissionären Vestager anger dock Googles relevanta marknad som EES-området, alltså EU:s inre marknad. Globaliseringen, och den ökande tekniska utvecklingen medför att fysiska gränser till viss del förlorar sin betydelse för digitala tjänster. I och med att människor kan arbeta och bo i två olika länder, även två olika världsdelar, samtidigt som att resor blir smidigare och billigare, framstår det som missvisande att avgränsa Googles geografiska marknad som EES-området.

5.3 Google – ett konkurrensrättsligt problem?

Företag som Google, en tekniskt innovativ och framstående digital aktör, driver utvecklingen framåt. Konkurrenslagstiftningen har dock svårt att hänga med. Konkurrensutredningar är tidskrävande och byråkratiska, samtidigt som utvecklingen på de digitala marknaderna fortsätter i snabb takt och nya innovativa aktörer antror marknaden. Resultatet blir att konkurrensmyndigheterna inte kan tillämpa lagstiftningen effektivt. Aktörer som agerar konkurrensbegränsande kan fortsätta med sin verksamhet under flera år, innan myndigheterna har fattat ett beslut i utredningen.

Det motsatta förhållandet, att ett företag som inte agerar konkurrensbegränsande utreds under flera år innan det frias från anklagelserna, är ett ännu större problem ur ett samhällsekonomiskt perspektiv. Det hämmar konkurrensen genom att innovation och utveckling stannar av, vilket konsumenterna och den ekonomiska välfärden blir lidande av. Under tiden för utredningen kan den digitala marknaden samtidigt ha förändrats, nya produkter finns tillgängliga och den aktör som tidigare ansågs dominant kanske inte längre är en konkurrenskraftig makt på marknaden.

Företaget Microsoft är ett tydligt exempel. Microsoft har varit föremål för konkurrensutredningar i EU och USA under de senaste 20 åren, samtidigt som

marknaden ständigt fortsatt sin utveckling.⁴⁸⁰ Det finns en stor mängd utredningar och rättsfall där Microsoft har prövats för bland annat monopolistisk maktposition och missbruk av dominerande ställning på marknaden för programvaror.⁴⁸¹ Microsoft-fallen belyser således svårigheterna med att applicera konkurrenslagstiftningarna på en marknad där innovation utgör drivkraften.

När domstolarna väl fattade sina beslut efter flera års utredning, hade Microsoft inte samma maktposition som tidigare. Andra aktörer har trätt i bolagets ställe, såsom Google, Facebook, Apple, Amazon, och sanktionerna mot Microsoft förlorade till viss del sin betydelse.⁴⁸² Kritiker har uttalat att konkurrensmyndigheternas omfattande prövning av Microsoft i sig snarare hämmade konkurrensen, än att skydda marknaden och konsumenterna från skada.⁴⁸³ Effekten av domarna var att Microsoft agerade mer försiktigt, och avhöll sig från att utveckla vissa av sina produkter med oro för att det skulle medföra nya rättsliga prövningar. Det medförde i sin tur att konkurrerande bolag och konsumenterna gick miste om teknisk utveckling och innovation, vilket i slutändan skadade samhällsekonomin mer än främjade den.⁴⁸⁴

Risken för att Google blir ett nytt, långdraget fall såsom Microsoft förefaller stor. Företagen delar många likheter såsom att de utgör digitala plattformar med en stark ställning på sin respektive marknad. Den största skillnaden är dock att rättsläget gällande Google är än mer osäkert än det var för Microsoft. Marknaden för digitala plattformar påverkas av fler nätverkseffekter än marknaden för operativsystem, samtidigt som Google erbjuder en gratistjänst till skillnad från Microsoft,⁴⁸⁵ vilket försvårar konkurrensutredningarna ytterligare.

⁴⁸⁰ Gavil & First, *The Microsoft antitrust cases: competition policy for the twenty-first century*, 2014, s. 1.

⁴⁸¹ Se bl.a. European Commission, Cases: 37792 MICROSOFT, (http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_37792), (hämtad 11 mars 2016).

⁴⁸² Gavil & First, *The Microsoft antitrust cases: competition policy for the twenty-first century*, 2014, s. 310.

⁴⁸³ Gavil & First, *The Microsoft antitrust cases: competition policy for the twenty-first century*, 2014, s. 310.

⁴⁸⁴ Gavil & First, *The Microsoft antitrust cases: competition policy for the twenty-first century*, 2014, s. 311.

⁴⁸⁵ Även om Microsofts *Internet Explorer* är gratis för användarna, är inte alla företags tjänster det.

Den mest framträdande kritiken mot FTC och kommissionens utredningar av Google gäller vad utredningarna i realiteten leder till, att skydda konsumenterna eller begränsa innovation och den tekniska utvecklingen till nackdel för konsumenterna? Även om Googles agerande skulle begränsas av kommissionen genom böter och en fällande dom, finns det andra konkurrerande tjänster som vill ta Googles plats som dominerande aktör på marknaden för digitala sökmotorer. Som nämnts ovan behöver det inte nödvändigtvis vara andra sökmotorer, även företag som Facebook, Amazon och eBay erbjuder information som produkt. Den digitala marknaden är oförutsebar och kännetecknas av ständig utveckling. Vilket företag som är nästa dominerande aktör går inte att förutspå, det är dock säkert att en sådan aktör kommer att dyka upp i framtiden.

Konkurrensmyndigheterna är medvetna om de digitala plattformarnas särskilda förutsättningar. Utredningarna har dock hittills inte anpassats efter förutsättningarna för Googles multisidiga plattform och de nätverkseffekter som finns mellan annonsörer och användare. Kommissionen och FTC har främst fokuserat på Googles höga marknadsandel på marknaden för generella sökmotorer, och inte tagit hänsyn till att digitala marknader har andra konkurrensmässiga utmaningar än traditionella marknader. FTC har uttalat att det inte fanns några bevis för att Googles agerande skadar konsumenterna, men bedömningen har gjorts utifrån ett traditionellt perspektiv och speglar således inte de digitala marknadernas förutsättningar fullt ut. Istället för att försöka applicera de nuvarande konkurrensrättsliga reglerna på digitala marknader trots att de har helt andra förutsättningar, bör regelverket reformeras. Konkurrensmyndigheterna i USA och EU skulle då kunna agera mot ett de facto konkurrensbegränsande agerande, genom en mer effektiv utredningsprocess.

5.4 Konsekvenser av en eventuell framtida fällande dom av Google i EU

Om kommissionen finner att Google har missbrukat sin ställning, på marknaden för digitala sökmotorer inom EES-området, medför det en oönskad rättslig effekt. Googles tjänster saknar geografisk begränsning och företaget bedriver således samma verksamhet i EU och USA. FTC har vid sin utredning funnit att Google inte agerar i strid med antitrustlagstiftningen, samt att Google endast vidtagit åtgärder för att förbättra användarnas upplevelse av internet. Kommissionen har samma

underlag som FTC, men efter 5 års utredning valde kommissionen år 2015 att ta upp fallet i en rättsprocess. Anledningen är, enligt vissa kritiker, att EU försöker begränsa amerikanska företags framgång på den europeiska marknaden, och skydda europeiska kommersiella intressen. Kommissionen anger dock att det enbart är oro för att konsumenterna skadas genom Googles agerande som grundar den rättsliga prövningen, samt att konkurrensen i sig eller Googles verksamhet i övrigt inte är under utredning.

Det principiella konkurrensrättsliga problem som en dom från kommissionen mot Google skulle medföra, är att samma företag bedöms agera konkurrensbegränsande på en marknad och samtidigt bedöms inte agera konkurrensbegränsande på en annan marknad, fast agerandet är detsamma på båda marknader. Även här delar Google likheter med Microsoft, som dömdes i EU-domstolen år 2007 till att betala ett rekordstort bötesbelopp för missbruk av dominerande ställning.⁴⁸⁶ Motsvarande utredning av amerikanska konkurrensmyndigheter, som avslutades år 2001, bedömdes helt annorlunda. Microsoft påfördes inga sanktioner eller rättsliga åtgärder.⁴⁸⁷ Även om Google, som nämnts ovan, i realiteten är verksamt på en global marknad, utreder konkurrensmyndigheterna företags agerande på separata marknader, inom USA:s gränser och EU:s inre marknad. Det medför att konkurrensutredningarna inte avspeglar verkligheten och således inte den faktiska konkurrens som Google utsätts för.

Det nära samarbetet mellan EU och USA på konkurrensområdet, medför att olika bedömningar av konkurrensmyndigheterna gällande Googles agerande vore ett oönskat resultat. Rättsordningarna har en plikt att informera varandra i frågor som rör den andra partens intressen, även en plikt att delge varandra stöd och information vid konkurrensutredningar. Kommissionen har uttalat att deras beslut angående Google, inte påverkas av att FTC lade ner sin utredning med motiveringen att det inte fanns något som tyder på att Google utnyttjar sin maktposition eller skadar konsumenterna.

⁴⁸⁶ Mål T-201/04, Microsoft Corp. mot Europeiska gemenskapernas kommission (REG 2007).

⁴⁸⁷ *United States v Microsoft Corp (Microsoft III)* 253 F.3d 34, Case No. 00-5212 consolidated with Case No. 00-5213, US Court of Appeals for the District of Columbia, June 28, 2001.

Utifrån de uppgifter som framkommit vid fallstudien av Google, och utifrån de särskilda förutsättningar som råder för digitala sökmotorer, är det inte troligt att kommissionen kommer tvinga Google att ändra sin verksamhet eller betala böter. Det tydliggörs att de verktyg som kommissionen har till sitt förfogande inte kan appliceras tillfredsställande på en digital sökmotor som Google. Även om kommissionen skulle finna att konsumenterna påverkas negativt, förefaller det svårt att kunna bevisa det med dagens utredningsverktyg.

5.5 Slutsats

Internet och den digitala eran har förändrat samhället i en riktning som tidigare varit oförutsebar. Vad framtiden har att erbjuda går bara att spekulera i, men digitaliseringen och utvecklingen av den moderna tekniken kommer med all säkerhet att fortsätta. Förändringen som internet har medfört för samhället kan snarast jämföras med händelser i historien som har förändrat samhället i grunden, såsom uppfinningen av elektricitet eller boktryckarkonsten. Det finns dock givetvis skillnader i hur stor påverkan den digitala utvecklingen och internet har haft för olika branscher och industrier, men alla aktörer på marknaderna påverkas i någon utsträckning.

Konkurrensrätten utgör grunden i en marknadsekonomi, och borde därför spegla hur samhället ser ut idag. I och med de digitala marknaderna och dess särskilda förutsättningar, borde reglerna därför anpassas efter den moderna ekonomin. Det som kännetecknar en digital marknad är att marknaden förändras snabbt, att nya aktörer ständigt träder in på marknaden samtidigt som andra aktörer lägger ner sin verksamhet. Dessutom är koncentrationen hög på marknaden, och dominerande aktörer avlöser varandra. Det finns således avsevärda skillnader i hur verksamheter bedrivs på en sådan marknad jämfört med konventionella marknader.

Medför skillnaderna mellan traditionella och digitala marknader att det konkurrensrättsliga regelverket i USA och EU bör ändras, eller går det att applicera det nuvarande regelverket tillfredsställande på digitala marknader? Utifrån fallstudien av Google, och de problem som tydliggjorts i och med de senaste årens konkurrensrättsliga fall där digitala aktörer har utretts av konkurrensmyndigheter, är en reformering av regelverken sannolikt ofrånkomlig. Det är tydligt att de konkurrensrättsliga regelverk som FTC och kommissionen har befogenhet att

tillämpa på konkurrensbegränsande agerande, inte kan appliceras på digitala marknader och sökmotorer på ett tillfredsställande sätt.

Källförteckning

Litteratur

- ABA Section of Antitrust Law, 2009 Annual Review of Antitrust Law Developments (2010).
- Ahlborn, Christian, Denicolò, Vincenzo, Geradin, Damien, Padilla, Jorge. A., *DG Comp's Discussion Paper on Article 82: Implications of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries*, George Mason University School of Law, (2006).
- American Bar Association, *FTC Practice and Procedure Manual*, (2007).
- Baker, Jonathan B., *A Preface to Post-Chicago Antitrust*, in: Cucinotta, Antonio, Pardolesi, Roberto & Van den Bergh, Roger (Ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing Limited, (2002).
- Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*, Norstedts Juridik AB, fjärde upplagan, (2015).
- Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, Norstedts Juridik AB, (2007).
- Bork, Robert H., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, 9 Journal of Competition Law and Economics, pp. 7 - 48, (1966).
- Bork, Robert H., Sidak, Gregory J., *What Does the Chicago School Teach about Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?*, 8 Journal of Competition Law and Economics, 663, (2012).
- Buttigieg, Eugène, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest – A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Kluwer Law International BV, (2009).
- Caillaud, Bernard, Jullien, Bruno, *Chicken & egg: competition among intermediation service providers*, RAND Journal of Economics Vol. 34, No. 2, pp. 309–328, (2003).
- Cengiz, Firat, *Antitrust Federalism in the EU and the US*, Routledge Research in Competition Law, (2012).
- Competition Policy in TTIP*, (<http://www.transatlantictrade.org/issues/competition-policy/>), (hämtad 16 februari 2016).
- ComScore, Inc., *comScore Releases December 2015 U.S. Desktop Search Engine Rankings*, published 20 January 2016, (<http://www.comscore.com/Insights/Market-Rankings/comScore-Releases-December-2015-US-Desktop-Search-Engine-Rankings>), (hämtad 6 februari 2016).

- Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch Regarding Google's Search Practices in the Matter of Google Inc.*, FTC File No. 111-0163 January 3, (2012).
- European Commission Press conference, Joaquín Almunia, *Statement on the Google investigation*, Brussels, 5 February, (2014).
- European Commission Press Release, *Competition: EU and US celebrate 20 years of cooperation; agree to advance cooperation further*, IP/11/1194, Brussels, 14 November, (2011).
- European Commission Press Release, IP/10/1624, Brussels, *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*, 30 November, (2010).
- European Commission Press Release, MEMO/15/4781, Brussels, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Google on comparison shopping service*, 15 april, (2015).
- Europeiska kommissionen, Generaldirektoratet för konkurrens (GD Konkurrens), Publikation: *Konkurrens -bättre marknader*, 2014. (http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_sv.htm), (hämtad 31 januari 2016).
- European Parliament Press Release, *MEPs Zero in on internet search companies and clouds*, REF: 20141125IPR80501, 27 November 2014, (hämtad 17 februari 2016).
- Evans, David S., *Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, in Evans, David S. (ed.), *Platform Economics: Essay on Multi Sided Businesses*, Competition Policy International (CPI), (2011).
- Evans, David S., *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 NW. U. L. REV. COLLOQUY 285, (2008).
- Evans, David S., *Platform Economics: Essay on Multi-Sided Businesses*, Competition Policy International (CPI), (2011).
- Evans, David S., Schmalensee, Richard, *Markets with Two-Sided Platforms*, in 1 Issue In: *Competition Law and Policy* 667, ABA Section of Antitrust Law, (2008).
- Evans, David S., *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms*, Yale Journal on Regulation, Vol. 20, Issue 2, (2003).
- Evans, David S., *Two-Sided Market Definition*, ABA Section of Antitrust Law, *Market Definition in Antitrust: Theory and case studies*, Forthcoming (2012).
- Ezrachi, Ariel, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leasing Cases*, Hart Publishing, Oxford, fjärde upplagan, (2014).
- Federal Trade Commission, Google Press Conference: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns*, 3 januari, 2013, (hämtad 21 januari 2016).

- Federal Trade Commission, Press Release: *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns in the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*, 3 januari 2013, (hämtad 21 januari 2016).
- Federal Trade Commission, Press Release: *Statement of Chairwomen Edith Ramirez, and Commissioners Julie Brill and Maureen K. Ohlhausen regarding the Google Investigation*, 25 March 2015, (hämtad 21 januari 2016).
- Federal Trade Commission, *Public Statement Regarding Google's Search Practices, In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 January 2013 (hämtad 21 januari 2016).
- Federal Trade Commission, *The Antitrust Laws*, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>, (hämtad 27 januari 2016).
- Federal Trade Commission's Bureau of Competition, Memorandum, subject: *Google Inc. File no. 111-0163*, 8 August, (2012).
- Forden, Sarah, *Google Said to End FTC Probe with Letter Promising Change*, interview with former FTC commissioner William E. Kovacic, Bloomberg News, published 17 December 2012, (<http://www.bloomberg.com/news/articles/2012-12-17/google-said-to-end-ftc-probe-with-letter-promising-change>), (hämtad 7 januari 2016).
- Gavil, Andrew I., First, Harry, *The Microsoft antitrust cases: competition policy for the twenty-first century*, Massachusetts Institute of Technology, 2014.
- Ginsburg, H. Douglas, *Bork's "Legislative Intent" and the other courts*, 79 *Antitrust Law Journal* No. 3, (2014).
- Glader, Marcus, *Innovation Markets and Competition Analysis – EU competition law and US antitrust law*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund, (2004).
- Graham, Cosmo, Smith, Fiona (ed.), *Competition, Regulation and the New Economy*, Hart Publishing, (2004).
- Harkrider, John D., *Operationalizing the hypothetical monopolist test*, (2004), (<http://www.justice.gov/atr/public/workshops/docs/202598.htm>), (hämtad 20 januari 2016).
- Haucap, Justus, Heimeshoff, Ulrich, *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?* Düsseldorf Institute for Competition Economics (DICE) Discussion Paper No 83, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Department of Economics, (2013).
- Hovenkamp, Herbert, *Antitrust's Protected Classes*, 88 MICH. L. REV. 1, 24, (1989).

- Hovenkamp, Herbert, *The Federal Trade Commission and the Sherman Act*, 62 Fla. L. Rev., U Iowa Legal Studies Research Paper No. 10 – 24, (2010).
- Hovenkamp, Herbert, *The Reckoning of Post-Chicago Antitrust*, in: Cucinotta, Antonio, Pardolesi, Roberto & Van den Bergh, Roger (Ed.), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar Publishing Limited, (2002).
- Hylton, Keith N. (edited by), Elgar, Edward, *Encyclopedia of Law and Economics Volume 4: Antitrust Law and Economics*, Edward Elgar Publishing Limited, (2010).
- Jones, Allison & Sufrin, Brenda, *EU Competition Law – texts, cases, and materials*, Oxford University Press, femte upplagan, (2014).
- Kagan, Jared, *Bricks, Mortar and Google: Defining the relevant antitrust market for internet-based companies*, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 271, (2010/2011).
- Karakas, Cemal, *Briefing: Google antitrust proceedings: Digital business and competition*, European Parliamentary Research Service (EPRS), PE 565.870, 2015. ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/565870/EPRS_BRI\(2015\)565870_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/565870/EPRS_BRI(2015)565870_EN.pdf)), (hämtad 15 december 2015).
- Kirkwood, Jack, Lande, Robert. H., *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 Notre Dame L. Rev. 191, (2008).
- Kirkwood, John B., *Consumers, Economics and Antitrust*, Antitrust Law and Economics Vol.21, 1-62, (2004).
- Korling, Frederic & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk Metodlära*, Studentlitteratur AB, (2013).
- Kovacic, William. E., Winerman, Marc, *Competition Policy and the Application of Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 76 Antitrust L.J. pp. 929 - 950, (2009 - 2010).
- Körber, Prof Dr. Torsten, LL.M (Berkley), *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, E.C.L.R. 2015, 36(6), 239-244, (2015).
- Lande, Robert H., *Proving the Obvious: The Antitrust Laws Were Passed to Protect Consumers (Not Just to Increase Efficiency)*, 50 Hastings Law Journal 959, (1999).
- Langer, Howard, *Competition Law of the United States*, Kluwer Law International, andra upplagan, (2014).
- Leiner, Barry M., Cerf, Vinton G., Kahn, Robert E., Kleinrock, Leonard, Lynch, Daniel C., Postel, Jon, Roberts, Larry G., Wolff, Stephen, *A Brief History of the Internet*, Internet Society, published 15 October 2012, (<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>), (hämtad 2 februari 2016).
- Lianos, Ioannis, Davis, Peter & Nebbia Paolisa, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, (2015).

- Lidgard, Henrik, Hans, Atik, Jeffery (ed.), *The Intersection of IPR and Competition Law: Studies of recent developments in European and U.S. Law*, Intellecta docysus, (2008).
- Lidgard, Henrik, Hans, *Part I: Competition Classics – Materials & cases on European Competition Law and Practice*, Maria Magle Publishing, Lunds University, (2011).
- Moffett, Sebastian, Goodman, David, *EU says its Google case not affected by U.S. Ruling*, REUTERS, published 4 January 2013, (<http://www.reuters.com/article/us-google-antitrust-euidUSBRE9030ES20130104>), (hämtad 22 januari 2016).
- Nazzini, Renato, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford University Press, (2011).
- Odenbro, Örian, *USAs Antitrustlagstiftning – en sammanställning*, Sveriges Exportråds Förlag, (1978).
- Patterson, Mark R., *Google and Search-Engine Market Power*, 2013-07-11 Harv. J.L. & Tech. 1, (2013).
- Pollock, Rufus, *Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search* (2009), Review of Network Economics: Vol. 9, Iss.4, Article 4, (2010).
- Posner, Richard A., *Antitrust in the New Economy*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 106, (2000).
- Ratliff, James, Rubinfeld, Daniel L., *Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability?* 3 J. Competition L. & Econ. 517, (2014).
- Renda, Andrea, *Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google*, CEPS Special Report, No. 118, September, (2015).
- Schmidt, Eric, Rosenberg, Jonathan & Eagle, Alan, *How Google works*, John Murray, London, (2014).
- Singhal, Amit (Senior Vice President, Google Search), *The Search for Harm*, www.googleblog.blogspot.com, published 15 April 2015, (hämtad 22 januari 2016).
- Smith, Adam, *The Wealth of Nations 1776*; edited by Skinner, Adam, Penguins, (1999).
- Strömholm, Stig, *Har den komparativa rätten en metod?*, SvJT s. 456 – 465, (1972).
- Surblyté, Gintare (editor), *Competition on the Internet*, Springer, (2015).

- Swisher, Kara, *White House. Red Chair. Obama Meets Swisher.*, Re/code Tech News, Reviews & Analysis, published 15 February 2015, (hämtad 12 januari 2016).
- Telang, Rahul, Rajan, Uday, Mukhopadhyay, Tridas, *The Market Structure for Internet Search Engines*, Journal of Management Information Systems Vol 21, No 2, pp.137-160, (2004).
- Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc., *The Power of Google: Serving Consumers or Threatening Competition? Hearing Before the Subcomm. On Antitrust, Competition Policy, & Consumer Rights of the S. Comm. on the Judiciary*, 112th Cong. 5 (2011), Serial No. J-112-43, 21 September (2011).
- Testimony of Jeremy Stoppelman, Cofounder and CEO of Yelp! Inc, *The Power of Google: Serving Consumers or Threatening Competition: Hearing Before the Subcomm. On Antitrust, Competition Policy, & Consumer Rights of the S. Comm. on the Judiciary*, 112th Cong. 5 (2011), Serial No. J-112-43, 21 September (2011).
- The Transatlantic Trade Investment Partnership, (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/about-ttip/>), (hämtad 16 februari 2016).
- The Wall Street Journal, *The FTC Report on Google's Business Practices*, published 24 march 2015, (hämtad 21 januari 2016).
- Van den Bergh, Roger J, Camesasca, Peter D, *European Competition Law and Economics; A Comparative Perspectives*, Sweet & Maxwell, (2006).
- Verhaert, Joyce, *The challenges involved with the application of article 102 FEUF to the new economy: a case study of Google*, E.C.L.R. 2014, 35(6), 265-273, (2014).
- Walker, Kent (SVP & General Counsel, Google), *Improving quality isn't anti-competitive*, www.googlepolicyeurope.blogspot.be, published 27 august 2015, (hämtad 22 december 2015).
- Werden, Gregory J., *Assigning market shares*, 70 Antitrust L.J. 67, (2002).
- Wessen, Jazrawi, Laporte-Bisquit, Charles, *Google's abuse of dominance*, G.C.L.R. 2015, 8(3), R51-53, (2016).
- Whetstone, Rachel (SVP Communications and Policy), *Really, Rupert?*, www.googlepublicpolicy.blogspot.se, published 27 march 2015, (hämtad 21 januari 2016).
- World Internet Usage Statistics, (<http://internetworldstats.com/stats.htm>), (hämtad 2 februari 2016).

Yin, Robert K., *Case Study Research: Design and Methods*, Sage Publications, Inc., femte upplagan, (2014).

Zingales, Nicolo, *Product Market Definition in Online Search and Advertising*, 9(1) *The Competition Law Review*, pp. 29 - 47, (2013).

Zweigert, Konrad., Kötz, Hein., Translated by Weir, Tony, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, third edition, (1998).

Rättsfall

U.S. Supreme Court

Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918).

United States v. du Pont & Co., 351 U.S. 377 (1956).

Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 249 (1962).

FTC v. Brown Shoe Co., Inc., 384 U.S. 316 (1966).

United States v. Grinell Corp., 348 U.S. 563 (1966).

Microsoft Corp. v. U.S., 121 S.Ct. 25, U.S. Dist. Col. (2000).

U.S. Circuit Courts

United States v. Aluminum Co of America, 148 F 2d 416 (2d Cir 1945).

United States v. Continental Can Co., 378 U.S. 441, (84 S.Ct. 1738, 12 L.Ed.2d 953) (1964).

United States v. Fischbach and Moore, Inc., 750 F.2d 1183 (1984).

Bacchus Industries, Inc v Arvin Industries, Inc, 939 F 2d 887 (10th Cir 1991).

Rebel Oil Co., Inc. v. Atlantic Richfield Co., 51 F.3d 1421 (9th Cir.), cert. denied, 116 S.Ct. 515 (1995).

Forsyth v. Humana, Inc., 114 F.3d 1467 (9th Cir.1997).

United States v. Microsoft, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

Heerwagen v. Clear Channel Communications, 435 F.3d 219 (2006).

EU-domstolen

Mål 27/76, *United Brands Company et United Brands Continental mot Europeiska gemenskapernas kommission* (REG 1978).

Mål 85/76, *Hoffman-La Roche & Co mot kommissionen* (REG 1979).

Mål 46/87 och 227/88, *Hoechst AG mot kommissionen* (REG 1989).

Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot kommissionen* (REG 1991).

OJ 1998 L246/1, *Van den Bergh Foods Ltd mot kommissionen* (REG 1998)

Mål C-52/09, *Konkurrensverket mot TeliaSonera Sverige AB* (REG 2011).

Tribunalen

Mål T-201/04, *Microsoft Corp. mot kommissionen* (REG 2005).

Mål T-79/12, *Cisco Systems Inc. och Messagenet SpA mot kommissionen* (REG 2013).

Mål T-286/09, *Intel Corp. mot kommissionen* (REG 2014).

Europeiska kommissionen

Kommissionens beslut av den 26 augusti 2008 i ärende COMP/M.5121, *News Corp/Premiere*, SG-Greffe (2008) D/204111.

Kommissionens beslut av den 18 februari 2010 i ärende COMP/M.5727, *Microsoft/Yahoo! Search Business*, C(2010) 1077.

Förhandsanmälan av en koncentration i ärende COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, 2011/C 268/09.

Kommissionens beslut av den 7 november 2011 i ärende COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, C(2011)7279.

Officiella dokument

Europeiska rådets förordningar och direktiv

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

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

Europeiska kommissionen

Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder (2009/C 45/02).

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

USA

U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines (2010).

Andra dokument

Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws, OJ L 95/45 (1995), as corrected by OJ L 131/38 (1995).

Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws, OJ L173/26 (1998).

DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussels, (2005).

Federal Trade Commission

United States of America, FTC's Bureau of Competition, Memorandum, subject: *Google Inc. File no. 111-0163*, 8 august 2012, (<http://graphics.wsj.com/google-ftc-report/>), (hämtad 21 januari 2016).