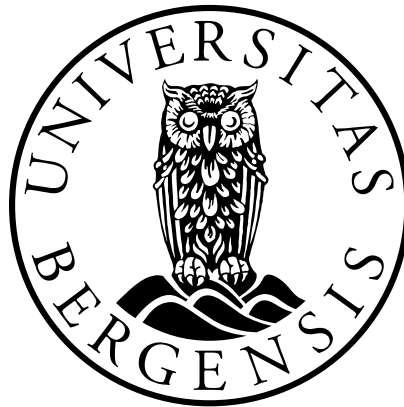


Forholdet mellom art. 102 TEUV og Digital Markets Act

*Om hvordan Digital Markets Act supplerer forbudet
mot misbruk av dominans i art. 102 TEUV*

Kandidatnummer: 103

Antall ord: 36 064



JUS397 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

23.06.2023

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1. Avhandlingens tema og problemstillinger.....	4
1.2. Avgrensninger	6
1.3. Forskningsbehovet og forskningsobjektets aktualitet	7
1.4. Metodiske betraktninger	8
1.5. Fremstillingen videre.....	9
2. En introduksjon til DMA og digitale markeder	10
2.1. Den digitale økonomien og de digitale markedene	10
2.1.1. Hva er digitale markeder?.....	10
2.1.2. Utfordringer i dagens digitale markeder.....	11
2.1.3. Konkurransen på og mellom plattformer	12
2.2. Oversikt over innholdet i DMA.....	13
2.2.1. Politisk kontekst og ikrafttredelse	13
2.2.2. Portvoktere og plattformtjenester	14
2.2.3. Forpliktelsene i art. 5, 6 og 7	15
2.2.4. Håndhevelse og regelutvikling	16
3. Misbruk av dominans i digitale markeder	17
3.1. Artikkel 102 TEUV: Grunnvilkår og anvendelsesområde	17
3.2. Aktuelle misbruktstyper i digitale markeder	18
3.2.1. Koblings salg	18
3.2.2. Leveringsnektelser	20
3.2.3. Selvfavorisering og <i>Google Shopping</i>	21
3.2.4. Eksklusivitetsavtaler og lojalitetsrabatter	22
3.2.5. Urimelige forretningsvilkår	23
4. DMAs supplerende formål og funksjon	24
4.1. Innledning.....	24
4.2. DMAs supplerende formål	25
4.2.1. Formålene med konkurranseretten	25
4.2.2. Hva er «contestability»?	28
4.2.3. Hva er «fairness»?	31
4.2.4. Foreløpig sammenfatning	34
4.3. DMAs supplerende funksjon.....	35
4.3.1. Hvordan og i hvilken grad bør markeder reguleres?	35
4.3.2. Nærmere om markedsregulering	36
4.3.3. DMA: konkurranserett eller markedsregulering?	38
4.4. Avsluttende refleksjoner om DMAs formål og funksjon.....	40
5. DMAs materielle supplement	41
5.1. Innledning.....	41
5.2. DMA art. 6(5): <i>Per se</i> forbud mot selvfavorisering	42
5.2.1. Likebehandling i rangeringsprosessen.....	42
5.2.2. Nærmere om favoriseringsbegrepet.....	43
5.2.3. Hva er «similar services»?.....	45
5.2.4. Forholdet til art. 102 TEUV.....	47
5.3. DMA art. 5(4): <i>Per se</i> forbud mot <i>anti-steering</i>	49

5.3.1.	Fri samhandling mellom bedriftsbrukere og sluttbrukere	49
5.3.2.	Når er en sluttbruker «aquired»?	50
5.3.3.	Hva skal portvokteren tillate?	51
5.3.4.	Forholdet til art. 102 TEUV	52
5.4.	DMA art. 5(8): <i>Per se</i> forbud mot koblingssalg av sentrale plattformtjenester	54
5.4.1.	Tilgang til én og én plattformtjeneste	54
5.4.2.	Hvilke plattformtjenester er det forbudt å koble sammen?	54
5.4.3.	Hvilke former for koblingssalg er forbudt?	56
5.4.4.	Forholdet til art. 102 TEUV	58
5.5.	DMA art 6(3): Påbud om å tillate avinstalleringer og endringer i standardinnstillinger	59
5.5.1.	Valgfrihet og individuell tilpasning	59
5.5.2.	«allow and technically enable»	59
5.5.3.	Adgangen til å avinstallere applikasjoner	60
5.5.4.	Adgangen til å endre standardinnstillinger	62
5.5.5.	Forholdet til art. 102 TEUV	65
5.6.	DMA art. 6(4): Påbud om å tillate <i>side loading</i>	67
5.6.1.	Tilgang til tredjeparters distribusjonskanaler	67
5.6.2.	Adgangen til å installere tredjepartsapplikasjoner og -applikasjonsbutikker	68
5.6.3.	Adgangen til å anmode sluttbrukere om å velge standardinnstilling	70
5.6.4.	Forholdet til art. 102 TEUV	71
5.7.	DMA art. 6(12): Krav til FRAND-vilkår og tvisteløsning	73
5.7.1.	Generelle tjenestevilkår og uavhengig klageorgan	73
5.7.2.	Hva er «fair, reasonable, and non-discriminatory» betingelser?	74
5.7.3.	Kravet til alternativ tvisteløsningsmekanisme	77
5.7.4.	Forholdet til art. 102 TEUV	78
6.	Konklusjoner	80
6.1.	DMA er ikke konkurranserett	80
6.2.	DMA fragmenterer økosystemer	81
6.3.	Om samspillet mellom art. 102 og DMA	82
	Litteraturliste	85
	Kommisjonsvedtak og dommer	87
	Primær- og sekundærlovgivning	89
	Rapporter	89
	Retningslinjer fra Kommisjonen	90

1. Innledning

1.1. Avhandlingens tema og problemstillinger

Temaet for denne avhandlingen er forholdet mellom forordning 2022/1925 (Digital Markets Act)¹ og forbudet mot misbruk av dominerende stilling i art. 102 TEUV.²

Hovedproblemstillingen er *hvordan DMA supplerer forbudet mot misbruk av dominerende stilling i art. 102*.

Digital Market Act (heretter DMA) trådte i kraft 1. november 2022, og etablerer en rekke påbud og forbud som såkalte portvoktere («gatekeepers») skal overholde i relasjon til sine utpekte sentrale plattformtjenester («core platform services»)³.

Bakgrunnen for den overordnede problemstillingen er at DMA hviler på et premiss om at dagens konkurranselovgivning, og særlig art. 102 TEUV, ikke er tilstrekkelig til å håndtere konkurranseutfordringene i de digitale markedene.⁴ Formelt sett er ikke DMA konkurranserett, men det er forutsatt at DMA skal supplere håndhevelsen av art. 101 og 102 TEUV.⁵ Dette innebærer at art. 102 og DMA hver for seg skal håndtere konkurranseutfordringer i de digitale markedene, og at de skal sameksistere.

Et regelverk kan sies å supplere et annet der regelverkene er kompatible og gjensidig forsterker hverandre.⁶ Alternativt kan et regelverk *erstatte* konkurranseretten, ved at reguleringen begrenser konkurranserettens innhold eller anvendelsesområde.⁷ Ettersom DMA uttrykkelig presiserer at den skal supplere, og ikke erstatte, forbudene i art. 101 og 102 TEUV, skal avhandlingen ta for seg *hvordan* DMA supplerer konkurranseretten. Hovedproblemstillingen skal besvares gjennom to underordnede problemstillinger, som samlet sett skal belyse hvor dagens konkurranselovgivning kommer til kort, og hvordan DMA håndterer disse manglene:

1. Hvordan supplerer DMAs formål og funksjon EU-konkurranserettens formål og funksjon?
2. Hvordan supplerer DMA art. 5 og 6 forbudet mot misbruk av dominerende stilling i art. 102 TEUV?

¹ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

² Treaty on the Functioning of the European Union (heretter TEUV).

³ Se nærmere om portvokterbegrepet i kapittel 2.2.2.

⁴ DMA, fortalen avsn. 5.

⁵ DMA, fortalen avsn. 10.

⁶ Niamh Dunne, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets* (CUP 2015) 193.

⁷ For bekymringen om at DMA kan risikere å svekke eller erstatte konkurranseretten, se «Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement», utarbeidet av franske, tyske og nederlandske konkurransemyndigheter under lovgivningsprosessen, tilgjengelig på

<https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement>.

Den første underproblemstillingen knytter seg til formålene med og begrunnelsen til Digital Markets Act: Hva er det DMA forsøker å oppnå, hvordan skal den oppnå disse målsettingene, og i hvilken grad skiller dette seg fra den europeiske konkurranseretten?⁸

Det er særlig to grunner til at en klar forståelse av formålene med DMA er nødvendig for å kunne besvare avhandlingens hovedproblemstilling. Den første grunnen er at det vil bidra til å avklare hvorvidt forordningen skal oppnå de samme målsettingene som konkurranseretten, eller om forordningen skal oppnå noe annet. Det er først dersom forordningen skal oppnå noe annet enn konkurranseretten, at DMA reelt supplerer konkurranserettens formål. Den andre grunnen er at formålene har betydning ved fortolkningen av de enkelte bestemmelsene i DMA, i tråd med alminnelig EU-rettslig metode.⁹ Dermed er DMAs formål et middel for å forklare de innholdsmessige likhetene og forskjellene mellom DMA og art. 102.

I tillegg til å analysere formålene med DMA, skal avhandlingens første underproblemstilling ta for seg *hvordan* DMA skal oppnå de nevnte målsettingene. Dette omtales i det følgende som DMAs *funksjon*, og siktemålet med analysen er å plassere DMA i relasjon til de to samlebetegnelse *konkurranserett* og *markedsregulering*. Dette vil bli gjort på et overordnet nivå i kapittel 4, samt i relasjon til enkeltforpliktelsene som behandles i kapittel 5. Med et kontinuerlig sideblikk til art. 102, skal det forklares hvordan DMA skal sikre «contestability» og «fairness» i de digitale markedene, og hvordan dette skiller seg fra art. 102 TEUV.

Avhandlingens andre underproblemstilling er som nevnt hvordan DMA art. 5 og 6 supplerer forbudet mot misbruk av dominerende stilling i art. 102 TEUV. Analysen skal ta for seg utvalgte påbud og forbud i art. 5 og 6, og sammenligne det materielle innholdet med art. 102 TEUV. På denne måten skal innholdet og rekkevidden til de utvalgte DMA-forpliktelsene klarlegges, samtidig som forpliktelsene sammenlignes med innholdet og rekkevidden til art. 102 TEUV. Siktemålet med denne underproblemstillingen er å avdekke tre aspekter ved det materielle forholdet mellom DMA og art. 102. For det første skal DMAs materielle begrensninger avdekkes, noe som vil avklare i hvilke tilfeller det bare er art. 102 som kommer til anvendelse. I disse tilfellene er det konkurranseretten som materielt supplerer DMA, og ikke omvendt. For det andre skal den materielle overlappen mellom DMA og art. 102 belyses, og med dette vil adferd som kan være ulovlig under både DMA og art. 102 fremheves. Heller ikke her foreligger det noe materielt supplement fra DMA. For det tredje skal analysen avdekke hvor de utvalgte DMA-forpliktelsene er strengere enn art. 102, og med dette fremheve hvilken adferd som bare vil være ulovlig under DMA, men ikke under art. 102. Det er i disse tilfellene DMA utgjør et reelt materielt supplement til art. 102.

Samlet sett vil de tre aspektene under den andre underproblemstillingen vise hvordan DMA art. 5 og 6 materielt supplerer forbudet mot misbruk av dominerende stilling i art. 102.

⁸ DMAs formål er artikulert i art. 1(1): «contestability» og «fairness».

⁹ Om metode, se kap. 1.4.

1.2. Avgrensninger

Hovedproblemstillingen avgrenser mot forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i art. 101 TEUV. Basert på praksis fra håndhevingssaker av forbudene i art. 101 og 102, er det primært art. 102-saker som er aktuelle i digitale markeder. Dette gjenspeiles også i de ulike påbudene og forbudene i DMA, som i all vesentlighet skal ramme ulike former for ensidig adferd.

I tillegg til å utelukke art. 101 fra analysen, er det andre konkurranserettslige problemstillinger som av ulike årsaker må holdes utenfor den videre fremstillingen.

For det første vil DMAs forhold til den EU-rettslige fusjonskontrollen holdes utenfor. Fusjoner i digitale markeder er bredt diskutert i teorien, og særlig såkalte «killer acquisition» er det uttrykt bekymring for.¹⁰ Samtidig er slike foretakskonsentrasjoner ikke i DMAs primærfokus, ettersom forpliktelsene i art. 5, 6 og 7 i første rekke setter føringer for portvokteres ensidige adferd. Forordningen utgjør dermed et beskjedent supplement til den gjeldende fusjonskontrollen, sett bort i fra at portvokterne er forpliktet til å varsle Kommisjonen om enkelte fusjoner.¹¹

For det andre vil DMAs forhold til reglene om immaterielle rettigheter falle utenfor avhandlingens hovedproblemstilling. Særlig regler om «access to data», nærmere bestemt forpliktelser for portvokterne til å gi bedriftsbrukere tilgang til ulike typer data, aktualiserer både immaterielle og databaserettslige problemstillinger. Denne fremstillingen ser utelukkende på det materielle forholdet mellom DMA og art. 102 TEUV.

For det tredje er det ikke anledning til å analysere og drøfte den fremtidige håndhevelsen av DMA og art. 102, til tross for at avhandlingen vil gi bidrag til løsningen av håndhevingsspørsmål som trolig vil oppstå i fremtiden. Dette gjelder blant annet spørsmål knyttet til parallell håndhevelse av DMA og art. 102, herunder prinsippet om *ne bis in idem*.¹² Grunnen til at avhandlingen avgrenser mot håndhevingsspørsmål, er at DMA fortsatt svært fersk i tillegg til at påbudene og forbudene i art. 5 og 6 tidligst trer i kraft i mars 2024.¹³ Før den tid er det viktig å få klarhet i hva DMA nærmere innebærer, særlig med hensyn til dens formål, funksjon og materielle innhold, og hvordan dette forholder seg til art. 102.

For det fjerde vil ikke avhandlingen diskutere i hvilken grad DMA *reelt* fremmer økonomisk effektivitet. Ambisjonen med analysen er å gi en grundig fremstilling av DMAs materielle innhold og underliggende begrunnelser, og fokuset er derfor på hva som nå er gjeldende rett. Avhandlingen vil besvare hvorvidt økonomisk effektivitet er en del av DMAs formål og

¹⁰ Richard Whish og David Bailey, *Competition Law* (10. utg, OUP 2021) 863 med videre henvisninger.

¹¹ DMA art. 14(1).

¹² I lys av sak C-117/20 *bpost v Autorité belge de la concurrence* og C-151/20 *Bundeswettbewerbssbehörde v Nordzucker* har formålene med lovgivingen sentral betydning i vurderingen av om parallell håndhevelse vil stride med prinsippet om *ne bis in idem*. Se blant annet Guiseppe Colangelo, «The Digital Markets Act and EU Antitrust Enforcement: Double & Triple Jeopardy» (2022) ICLE White Paper; Giorgio Monti, «The Digital Markets Act: Improving Its Institutional Design» (2021) CoRe 5(2) 90.

¹³ Se kap. 2.2.1.

begrunnelse, men den vil ikke presentere spådommer om forordningens innvirkning på statisk og dynamisk effektivitet i de digitale markedene.

Siktemålet med analysen er for øvrig ikke å gi en komplett fremstilling av alle DMA-forpliktelsene og deres forhold til art. 102. Analysen av de enkelte DMA-forpliktelsene i kapittel 5 vil derfor begrense seg til utvalgte påbud og forbud. Den nærmere utvelgelsen, og begrunnelsen for denne, vil bli presentert i kapittel 1.4.

1.3. Forskningsbehovet og forskningsobjektets aktualitet

Konkurransen i digitale markeder, eller mangel på sådan, er et omstridt tema i et vidt spenn av jurisdiksjoner over hele verden, både i den offentlige debatten, i fagmiljøene og blant lovgivere. I blant annet USA, Europa og Australia ser vi nå ulike forsøk på å håndtere konkurranseutfordringer i digitale markeder.¹⁴ Denne avhandlingen skal ta for seg den europeiske tilnærmingen til konkurranseutfordringene.

Det er skrevet få, om ingen, nærmere analyser av det materielle innholdet i de enkelte DMA-forpliktelsene. Det er i tillegg mangel på grundige analyser av det materielle forholdet mellom DMA og art. 102. Fremstillingen i kapittel 5 tar derfor sikte på å være grundig i behandlingen av de ulike kriteriene som må være oppfylte for at portvokteradferden skal være ulovlig under DMA. Nedsiden med denne fremgangsmåten er at fremstillingen kan risikere å bli omstendelig og unødvendig detaljert. På den andre siden ligger nyansene normalt i detaljene, og det er i disse nyansene det ligger likheter og forskjeller mellom DMA og art. 102 som foreløpig ikke er pekt på i juridisk teori. I tillegg gir et fokus på detaljer mulighet til å trekke frem det interne samspillet mellom de enkelte DMA-forpliktelsene, noe som heller ikke er særlig belyst i juridisk teori.

Det er skrevet noe mer om DMAs formål og funksjon, men ikke som en del av en grundigere analyse av utvalgte forpliktelser. I relasjon til DMAs funksjon, nøyer ofte forfattere seg med å vise til at DMA er «ex ante regulation» eller lignende uttrykk.¹⁵ Fremstillingen i kapittel 4 vil utfordre denne begrepsbruken. DMAs formål har på sin side fått mer oppmerksomhet i juridisk teori, men heller ikke her finnes det noen grundige sammenligninger med art. 102.¹⁶ I

¹⁴ Fra USA, se Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019 (Stigler-rapporten) tilgjengelig på <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report>; Fra UK se «Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel 2019» (Furman-rapporten) tilgjengelig på www.gov.uk/government/publications; Fra EU, se Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye og Heike Schweitzer, «Competition policy for the digital era» (2019). Australiske forbruker- og konkurransemyndigheter (ACCC) har pågående markedsundersøkelser i en rekke digitale markeder, og skal legge frem sin endelige rapport i 2025, se nærmere på <https://www.accc.gov.au/inquiries-and-consultations/digital-platform-services-inquiry-2020-25>.

¹⁵ Daniel Pettersson, «Sector-Specific Ex Ante Regulation in Digital Markets - A Complement or Substitute to Antitrust Enforcement?» (2022) Europarettslig tidskrift 4, tilgjengelig på: <https://ssrn.com/abstract=4222013>; Assimakis Komninou, «The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition law?» (14. juni 2022) tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4136146.

¹⁶ Se blant annet Pinar Akman, «Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act» (2022) 47 ELR 85; Friso Bostoen, «Understanding the Digital Markets Act» (2023) The Antitrust Bulletin 1; Pablo Ibanez Colomo, «The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis» (2021) JECLAP 12(7); Nicolas Petit, «The Proposed

tillegg er det tydelig at det hersker uenighet om hva som er innholdet i DMAs formål om «contestability» og «fairness», noe som illustrerer uklarheten i disse formålene. Denne avhandlingen skal være et bidrag til å klargjøre DMAs formål, noe som blant annet vil ha betydning for hvilket hjemmelsgrunnlag forordningen kan og skal vedtas etter,¹⁷ den fremtidige kompetansefordelingen mellom Kommisjonen og nasjonale konkurransemyndigheter,¹⁸ samt den fremtidige regelutviklingen i DMA.¹⁹ Også disse problemstillingene faller utenfor rammene til denne avhandlingen.

1.4. Metodiske betraktninger

På et overordnet nivå er avhandlingen en sammenlignende analyse av konkurranserettens og DMAs formål og materielle innhold. Avhandlingen er derfor en rettsdogmatisk analyse, og tar sikte på å fremme økt forståelse av hva DMA er, hvordan forordningen skiller seg fra konkurranseretten, og hvordan DMA og art. 102 sammen skal håndtere konkurranseutfordringene i digitale markeder.²⁰

For å forklare hvordan DMA supplerer konkurranserettens formål, skal det i kapittel 4 foretas en sammenligning av de formålene som kan utledes fra henholdsvis konkurranseretten og DMA. Ved å fremheve likheter og forskjeller mellom de to regelsettenes formål, blir det mulig å avgjøre hvorvidt DMA reelt forfølger andre formål enn konkurranseretten. Analysen tar, i tråd med alminnelig EU-rettslig metode, utgangspunkt i hva som kan utledes fra de relevante traktats- og forordningstekstene.²¹ I relasjon til konkurranseretten, vil også EU-domstolens tolkningsbidrag være sentrale for forståelsen av konkurranserettens formål.²² Konkurranserettens formål er også grundig behandlet i juridisk teori, og fremstillingen vil dermed trekke frem hovedsynspunktene som kan utledes herfra. DMAs formål er på sin side ikke adressert av EU-domstolen, og analysen vil basere seg på forordningens ordlyd og fortale.

I tillegg vil det i kapittel 4 foretas en sammenligning av de to regelverkens funksjon. Fremstillingen vil her sammenligne hvordan konkurranseretten og DMA griper inn i de frie markedskreftene for å oppnå sine respektive formål. Dette blir i korte trekk en øvelse i å plassere DMA i relasjon til de to kategoriene *konkurranserett* og *økonomisk*

Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review» (2021) JECLAP 12(7) 529; Heike Schweitzer, «The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal» 3 (2021) ZEuP 509.

¹⁷ DMA er vedtatt med basis i art. 114 TEUV. For en tidlig kritikk av bruken av art. 114 som rettslig grunnlag for DMA, se Alfonso Lamadrid de Pablo og Nieves Bayón Fernández, «Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It» (2021) JECLAP 12(7).

¹⁸ Medlemsstatene er, i medhold av DMA art. 1(5), avskåret fra å «impose further obligations on gatekeepers by way of laws, regulations or administrative measures for the purpose of ensuring *contestable* and *fair* markets» (min utheving). Se også DMA, fortalen avsn. 9.

¹⁹ Se DMA art. 12(1) og art. 19.

²⁰ Nærmere om rettsdogmatikken som sjanger, se Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» (2004) JV 39(5-6) 329; Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) Tfr 121(2) 149.

²¹ David Bailey, «Competition Law and Policy in the EU» i David Bailey og Laura Elizabeth John (reds), *Bellamy & Child European Union Law of Competition* (8. utg, OUP 2018) 11.

²² *Ibid.* 29-30.

markedsregulering. Sammenligningen må derfor basere seg på kjennetegnene ved art. 101 og 102 på den ene siden, og kjennetegnene ved tradisjonell markedsregulering på den andre. Denne sammenligningen danner også grunnlaget for å vurdere hvordan samspillet mellom konkurranseretten og DMA vil utspille seg i fremtiden.

For å besvare hvordan DMA art. 5 og 6 supplerer forbudet mot misbruk av dominerende stilling i art. 102 TEUV, vil det i kapittel 5 foretas en sammenligning av enkelte DMA-forpliktelsers materielle innhold med utvalgte misbrukstyper under art. 102 TEUV.²³ Gjennom denne sammenligningen skal avhandlingen fremheve hvor regelverkene forbyr eller påbyr den samme adferden, samt hvor en nærmere bestemt adferd bare er ulovlig under ett av regelverkene. Ettersom fremstillingen ikke tar sikte på å gi en fullstendig analyse av de materielle likhetene og forskjellene mellom DMA og art. 102, har jeg valgt ut seks DMA-forpliktelser som har hentet inspirasjon i en tidligere eller pågående art. 102-sak: DMA art. 6(5), 5(4), 5(8), 6(3), 6(4) og 6(12). Inspirasjonen fra art. 102 gir analysen et meningsfullt sammenligningsgrunnlag, ettersom det blir mulig å fremheve regelverkens overlapp og avdekke hvor regelverkene har ulikt innhold og anvendelsesområde. Denne fremgangsmåten unngår at drøftelsen blir for spekulativ med hensyn til hva som vil være ulovlig adferd under art. 102.

Samtidig risikerer avhandlingen å gi et skjevt bilde av likhetene og forskjellene mellom DMA og art. 102. Ved å utelate bestemmelser som *ikke* har hentet inspirasjon i en konkret art. 102-sak, kan fremstillingen ende opp med å overdrive likhetene og underspile forskjellene mellom de to regelverkene. Løsningen på denne metodiske utfordringen ligger i avhandlingens siktemål. Avhandlingen tar ikke sikte på å gi en fullstendig og uttømmende sammenligning av de materielle forpliktelsene i DMA og art. 102, men heller å identifisere enkeltområder hvor regelverkene overlapper og enkeltområder hvor regelverkene går i ulike retninger. Avhandlingen tar dermed for seg et utsnitt av det materielle forholdet mellom DMA og art. 102.

1.5. Fremstillingen videre

I kapittel 2.1 skal det gis en introduksjon til den digitale økonomien, herunder utvalgte digitale tjenestemarked og digitale aktører. Utvalget er på ingen måte uttømmende, og er basert på de tjenestene og de aktørene som i første rekke blir berørt av DMA-forpliktelsene som skal gjennomgås nedenfor i kapittel 5. Kapittel 2.1 skal også fremheve konkurranseutfordringene som kjennetegner de utvalgte markedene. Kapittel 2.2 gir en skisse av strukturen til og innholdet i DMA.

Kapittel 3 er på sin side en gjennomgang av de misbrukstypene som har vist seg å være sentrale under art. 102 i konteksten av de største digitale aktørenes adferd. Disse adferdstypene vil belyses med henvisning til håndhevingsaker, herunder vedtak fra

²³ Også her basert på alminnelig EU-rettslig metode, se nærmere Bailey (n 21).

Kommisjonen og dommer fra EU-domstolen og Underretten. Samlet sett utgjør kapittel 2 og 3 den faktiske og rettslige konteksten for analysene i kapittel 4 og 5.

Kapittel 4 tar for seg avhandlingens første underproblemstilling, og består dermed i å vurdere hvordan DMAs formål og funksjon supplerer den europeiske konkurranserettens formål og funksjon. Videre skal kapittel 5 ta for seg avhandlingens andre underproblemstilling, og analysere det materielle forholdet mellom DMA og art. 102 TEUV.

Kapittel 6 samler trådene fra kapittel 4 og 5, og konkluderer på avhandlingens hoved- og underproblemstillinger.

2. En introduksjon til DMA og digitale markeder

2.1. Den digitale økonomien og de digitale markedene

2.1.1. Hva er digitale markeder?

Den digitale økonomien består av utallige digitale markeder, som alle kjennetegnes av at de innebærer handel av data, varer eller tjenester gjennom elektronisk handel.²⁴ Felles for disse markedene er at de preges av et fåtall svært store aktører: Portvoktere med tilhørende plattformer.²⁵ Basert på de utvalgte forpliktelsene som skal sammenlignes med art. 102 i kapittel 5, er det fire typer plattformer som vil bli introdusert i dette underkapittelet: søkemotorer, sosiale nettverkstjenester, markedsplasser og operativsystemer.

Søkemotorer leverer rangerte lister over nettsider, normalt uten å ta betalt i penger fra sluttbrukerne. Enkelte søkemotorer tilbyr generelle søk, mens andre er mer spesifikke. Forretningsmodellen består av at jo flere som tar i bruk søkemotoren, jo flere næringsdrivende ønsker å markedsføre seg på plattformen. Alphabets søkemotor *Google Search* er i dag den dominerende aktøren på markedene for generelle søketjenester i EU og USA,²⁶ etterfulgt av Microsofts *Bing*.

På sosiale medier vil sluttbrukerne tiltrekkes av tilstedeværelsen av andre sluttbrukere. Annonserne blir på sin side tiltrukket av tilstedeværelsen av sluttbrukerne. I likhet med søkemotorer vil én side av markedet (normalt sluttbrukerne) ta i bruk tjenesten uten å betale, og plattformen dekker normalt sine kostnader gjennom annonseinntekter.

Online markedsplasser er ekte to-sidede marked. Markedsplassen fungerer som et mellomledd mellom næringsdrivende og sluttbrukere, eksempelvis Amazon Marketplace, Facebook Marketplace og applikasjonsbutikkene Play Store (levert av Alphabet) og App Store (levert av

²⁴ OECD (2012), *The Digital Economy* DAF/COMP(2012)22 5.

²⁵ Plattformer kjennetegnes av å utlede sin markedsrett fra å knytte sammen brukere, se Crémer mfl. (n 14) 13 note 3.

²⁶ AT.39740 – *Google Search (Shopping)* paras 292-296.

Apple). Omsetningen til disse plattformene stammer fra å ta betalt fra en eller begge sider av markedet.

Operativsystemer er den grunnleggende programvaren på enhver datamaskin eller smarttelefon. Kort forklart er det operativsystemet som kontrollerer maskinvarens grunnleggende funksjoner, i tillegg til at den tilrettelegger for at applikasjonsprogramvarer (såkalte *apper*) kan kjøre på maskinvaren. Derfor er også operativsystemer plattformer, ettersom de knytter sammen sluttbrukerne og applikasjonsutviklere.²⁷ På markedene for mobiloperativsystemer er det i hovedsak to aktører, som ifølge Kommisjonen og Underretten opererer på hvert sitt marked: Alphabets *Google Android* og Apples *iOS*.²⁸ I realiteten har de to aktørene monopol på hvert sitt marked.

2.1.2. utfordringer i dagens digitale markeder

Konkurransutfordringene i digitale markeder er grundig behandlet i juridisk og økonomisk teori, og det er ikke hensiktsmessig å redegjøre inngående for de ulike markedssviktene og årsakene til dem i denne avhandlingen.²⁹ Jeg nøyer meg derfor med å knytte noen korte bemerkninger til konkurransutfordringene som vil adresseres av DMA.

Til tross for at det er snakk om ulike markeder og ulike aktører med ulike forretningsmodeller, nyter portvokterne godt av stordriftsfordeler, nettverkseffekter, tilgang til store mengder data samt høye etablerings- og ekspansjonsbarrierer.³⁰ Som en konsekvens etableres såkalte «economies of scope», hvor et fåtall aktører leverer en lang rekke ulike produkter og tjenester til en kostnad som de færreste kan konkurrere mot. Når de nevnte tjenestene og produktene i tillegg er integrert i hverandre eller er interoperable, blir det etablert såkalte *økosystem* som videre befester de digitale aktørenes posisjon i de ulike markedene.³¹

Økende stordriftsfordeler innebærer at kostnaden per produsert enhet blir lavere jo flere enheter som blir produsert og solgt.³² Dette fenomenet er ikke unikt for digitale markeder, men en rekke plattformer tar fenomenet til det ekstreme, og som en konsekvens vil to foretak som produserer samme produkt eller tjeneste ikke få dekket sine totale kostnader.³³ Kombinert med ekstreme nettverkseffekter, er det i mange tilfeller bare plass til én dominerende aktør på markedet, og markedet «velter» i favør av én aktør («tipping»)³⁴.

²⁷ Crémer mfl. (n 14) 22.

²⁸ T-604/18 *Google and Alphabet v Commission (Google Android)* para 222.

²⁹ Crémer mfl. (n 14); Furman-rapporten (n 14); Stiegler-rapporten (n 14). For et kritisk blikk på de etablerte sannhetene rundt konkurransen og konkurransutfordringene i digitale markeder, se Nicolas Petit, *Big Tech and the Digital Economy: The Monigopoly Scenario* (OUP 2020).

³⁰ Crémer mfl. (n 14) 19. Se også DMA, fortalet avsn. 2 og 3.

³¹ Crémer mfl. (n 14) 33. Se også kap. 2.1.3.

³² Crémer mfl. (n 14) 15.

³³ Ibid. 20.

³⁴ Whish og Bailey (n 10) 13-14.

På toppen av dette kommer *datafordeler*. Med store mengder data kan plattformene tilby bedriftsbrukere skreddersydd markedsføring overfor den enkelte sluttbruker, noe som genererer enorme inntekter for plattformene.³⁵ I tillegg, og vel så viktig, gir data en rekke strategiske fordeler for innehaveren, i første rekke som middel til å forbedre produkt- og tjenestekvaliteten, noe som videre forsterker etableringshindringene i markedet.³⁶

Markedskarakteristikkene som er gjort rede for er «naturlige» i den forstand at de eksisterer uavhengig av de enkelte aktørenes strategiske og kommersielle adferd. I tillegg medbringer de ofte betydelige effektivitetsgevinster. Hvilke former for strategisk eller kommersiell adferd som er problematiske i et konkurranseperspektiv, vil gjennomgås i kapittel 3.

2.1.3. Konkurransen på og mellom plattformer

I digitale markeder foregår konkurransen *på* plattformene, *mellom* plattformene og *mellom* økosystemer av plattformer.³⁷ Konkurransen mellom økosystemer består av at et knippe teknologiselskaper tilbyr et vidt spekter av tjenester og produkter, som ofte er sammenkoblet eller integrert i hverandre.³⁸ Konkurransen består i å tiltrekke bedrifts- og sluttbrukerne til de respektive økosystemene. Et virkelighetsnært eksempel er økosystemet en sluttbruker får tilgang til ved kjøp av en smarttelefon. Kjøpet gir ikke bare tilgang til maskinvaren: Med på kjøpet kommer også et operativsystem, applikasjonsbutikk, betalingstjeneste, skylagringstjeneste og gjerne applikasjoner til smarthus og andre enheter.³⁹ Alle disse tjenestene er gjerne levert av det samme foretaket, og tjenestene og produktene er normalt interoperable med hverandre.⁴⁰ Et annet aspekt ved slike økosystemer er at en sluttbruker kan få tilgang til en rekke tjenester og produkter med én og samme bruker-ID.⁴¹

Plattformen utgjør grunnlaget for nettverket av interaksjoner som samlet sett utgjør økosystemet.⁴² I tillegg til at økosystemer konkurrerer mot hverandre (for eksempel Apple vs. Android), konkurrerer også plattformene mot hverandre (for eksempel Bing vs. Google). Som en konsekvens av at plattformmarkedene har en tendens til å velte i favør av én aktør, preges konkurransen mellom enkeltplattformene av å være konkurranse *om* markedet, i stedet for konkurranse *på* markedet.⁴³ For øvrig konkurrerer både plattformene og økosystemene i første rekke på pris og innovative produkter og tjenester.⁴⁴

³⁵ Björn Lundqvist, «Regulating competition in the digital economy» i Björn Lundqvist og Michal S. Gal (reds), *Competition Law for the Digital Economy* (Edward Elgar 2019) 6-7.

³⁶ Hedvig K. Schmidt «Taming the shrew: is there a need for a new market power definition for the digital economy?» i Björn Lundqvist og Michal S. Gal (reds), *Competition Law for the Digital Economy* (Edward Elgar 2019) 35.

³⁷ Lundqvist (n 35) 5; Crémer mfl. (n 14) 32 flg.

³⁸ Crémer mfl. (n 14) 33. En mer presis definisjon er «multiactor groups of collaborating complementors ... and multiproduct bundles offered to customers ..., focused on customer ease – and lock-in», se Michael G. Jacobides og Ioannis Lianos, «Ecosystems and competition law in theory and practice» (2021) *Industrial and Corporate Change* 30(5) 1199, 1201.

³⁹ Crémer mfl. (n 14) 33.

⁴⁰ For ulike former for interoperabilitet, se Crémer mfl. (n 14) 58.

⁴¹ Crémer mfl. (n 14) 33.

⁴² Jacobides og Lianos (n 38) 1201.

⁴³ Crémer mfl. (n 14) 23.

⁴⁴ *Ibid.* 32.

Innad på plattformene finnes det produkt- og tjenestemarked hvor en rekke markedsaktører konkurrerer. Denne konstellasjonen gir andre typer konkurranseutfordringer enn fenomenet *tipping*. Utfordringene består i at eieren av plattformen ofte er vertikalt integrert på ett eller flere nedstrømsmarked.⁴⁵ Dermed har eieren av plattformen en dobbel rolle: Både en rolle som tilrettelegger for konkurransen på nedstrømsmarkedet (ved å ha en dominerende posisjon på plattformmarkedet) og en rolle som konkurrent til de andre aktørene på nedstrømsmarkedet. Eieren av plattformen setter vilkårene for interaksjonen mellom sluttbrukerne og bedriftsbrukerne, *samtidig* som eieren av plattformen konkurrerer med de samme bedriftsbrukerne. Et eksempel på denne dobbeltrollen er Apples applikasjonsbutikk «App Store», hvor Apple ensidig fastsetter vilkårene for apputviklernes tilgang til App Store, samtidig som Apple selv utvikler apper som distribueres gjennom applikasjonsbutikken.

2.2. Oversikt over innholdet i DMA

2.2.1. Politisk kontekst og ikrafttredelse

Før avhandlingen tar for seg de konkrete underproblemstillingene, er det nødvendig å gi en innføring i avhandlingens hovedstudieobjekt, nemlig Digital Markets Act. DMA er en del av EUs strategi om å gjøre «Europe fit for the digital age» frem mot år 2050, og prioriteringen «Shaping Europe's digital future».⁴⁶ Forordningen ble vedtatt i medhold av art. 114 TEUV, og skal dermed bidra til et velfungerende indre marked.⁴⁷ DMA ble lansert sammen med Digital Services Act, som på sin side skal styrke forbrukervernet online og fremme transparens og ansvarliggjøring på online plattformer.⁴⁸ DSA vil ikke bli behandlet videre i denne avhandlingen.

Som allerede skissert etablerer DMA en rekke positive og negative forpliktelser for portvokterne, og formålet er å sikre åpne («contestable») og rettferdige («fair») markeder i den digitale sektoren.⁴⁹ DMA trådte i kraft 1. november 2022, og reglene begynte å virke 6 måneder etter ikrafttredelsen (fra 2. mai 2023). Fra 2. mai 2023 har selskaper som oppfyller de kvantitative tersklene i DMA art. 3(2) plikt til å varsle Kommisjonen om dette innen 2 måneder.⁵⁰ Idet Kommisjonen er varslet, skal den innen 45 arbeidsdager utpeke selskapet som en portvokter.⁵¹ Portvokteren skal deretter etterleve forpliktelsene i art. 5, 6 og 7 innen 6 måneder etter utpekingen.⁵² De første portvokterne vil sannsynligvis være utpekt innen begynnelsen av september 2023, og i så fall skal foretakene overholde påbudene og forbudene i art. 5, 6 og 7 fra mars 2024.

⁴⁵ Andrei Hagi, Bruno Jullien og Julian Wright, «Creating platforms by hosting rivals» (2018) TSE Working Papers 18-970, Toulouse School of Economics (TSE).

⁴⁶ Tilgjengelig på https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/shaping-europes-digital-future_en.

⁴⁷ DMA art. 1(1) og fortalen avsn. 7.

⁴⁸ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

⁴⁹ DMA art. 1(1).

⁵⁰ DMA art. 3(3).

⁵¹ DMA art. 3(4).

⁵² DMA art. 3(10).

2.2.2. Portvoktere og plattformtjenester

DMA oppstiller tre vilkår for at et foretak skal utpekes som portvokter (art. 3(1) bokstav a til c). Foretaket må (a) ha en «significant impact on the internal market», (b) tilby en «core platform service which is an important gateway for business users to reach end users» og (c) ha en «entrenched and durable position, in its operations, or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future».

Et grunnvilkår i portvokterbegrepet er altså at foretaket leverer en sentral plattformtjeneste («core platform service»). Hvilke tjenester som utgjør «core platform services», er uttømmende opplistet i DMA art. 2(2), og definisjonen omfatter blant annet online formidlingstjenester (herunder markedsplasser og applikasjonsbutikker), online søkemotorer, videodelingstjenester, operativsystemer, nettlesere, virtuelle assistenter, online reklametjenester og skytjenester.

I art. 3(2) bokstav a til c oppstilles det for øvrig kvantitative kriterier, og foretaket skal presumeres å oppfylle vilkårene i art. 3(1) bokstav a til c, dersom det overstiger de kvantitative kriteriene.

Foretaket skal presumeres å ha en «significant impact on the internal market» når det har en årlig omsetning i EU på over 7,5 milliarder euro de tre siste regnskapsårene, eller hvis det har en markedsverdi på over 75 milliarder euro, i tillegg til at det tilbyr den samme sentrale plattformtjenesten i minst tre medlemsstater (art. 3(2) bokstav a).

Foretaket skal presumeres å ha en sentral plattformtjeneste som utgjør en «important gateway for business users to reach end users» når det tilbyr en plattformtjeneste som i forrige regnskapsår hadde minst 45 millioner aktive månedlige sluttbrukere i EU og minst 10 000 årlige aktive bedriftsbrukere i EU (art. 3(2) bokstav b).⁵³ Bedriftsbrukere («business users») av plattformtjenesten er fysiske og juridiske personer som benytter den sentrale plattformtjenesten kommersielt eller profesjonelt, med formål om eller i forbindelse med å tilby varer eller tjenester til sluttbrukere.⁵⁴ Sluttbrukere («end users») er på sin side enhver fysiske eller juridiske person som tar i bruk plattformtjenesten uten å være bedriftsbruker.⁵⁵

Endelig skal selskapet presumeres å ha en «entrenched and durable position ... in its operations» når tersklene i bokstav b er oppfylt i de tre siste regnskapsårene (art. 3(2) bokstav c).

Dersom foretaket oppfyller tersklene i art. 3(2) bokstav a til c, skal foretaket varsle Kommisjonen om dette (art. 3(3)). Tersklene i art. 3(2) oppstiller likefullt bare en presumsjon, som følgelig kan motbevise av foretaket (art. 3(5)). I så fall må foretaket legge frem

⁵³ Hvordan antall aktive sluttbrukere og aktive bedriftsbrukere skal måles fremgår nærmere av annekset i DMA.

⁵⁴ DMA art. 2(21).

⁵⁵ DMA art. 2(20).

«sufficiently substantiated arguments» for å motbevise at den ikke oppfyller vilkårene i art. 3(1).⁵⁶ Kommisjonen utpeker til slutt foretak som oppfyller vilkårene i art. 3(1), og skal i dette vedtaket liste opp de sentrale plattformtjenestene til portvokteren som utgjør en «important gateway for business users to reach end users» i medhold av art. 3(1) bokstav b.⁵⁷

2.2.3. Forpliktelsene i art. 5, 6 og 7

Portvokterne skal, i relasjon til sine plattformtjenester som listes opp i Kommisjonens utpekingsvedtak, overholde forpliktelsene i art. 5, 6 og 7.⁵⁸ Listen over sentrale plattformtjenester i utpekingsvedtaket er altså avgjørende for hvilke forpliktelser den trenger å overholde, samt for hvilke tjenester den trenger å sikre etterlevelse for.

Mens forpliktelsene i art. 5 og 6 etablerer påbud og forbud for portvokteren i relasjon til nærmere angitte plattformtjenester, knytter forpliktelsene i art. 7 seg utelukkende til interoperabilitet mellom nummeruavhengige og interpersonelle kommunikasjonstjenester.⁵⁹

DMA art. 5 og 6 etablerer totalt 23 forpliktelser, hvorav forpliktelsene i art. 6 er «susceptible of being further specified» i medhold av art. 8(2).⁶⁰ DMA art. 5 og art. 6 lister opp både påbud og forbud, og manglende etterlevelse er ulovlig *i seg selv* (*per se*). Med andre ord er det ingen adgang for portvokterne til å rettferdiggjøre manglende etterlevelse med henvisning til økonomiske effektivitetsgevinster eller til at adferden ikke har konkurransebegrensende virkninger.⁶¹ DMA er likevel ikke unntaksløs: Noen enkeltforpliktelser oppstiller snevre unntak, samtidig som Kommisjonen kan innvilge unntak fra forpliktelsene av hensyn til driftens «economic viability» (art. 9(1)) eller «public health or public security» (art. 10(3)).

DMA art. 5 forbyr blant annet enkelte former for prosessering og kombinerings av personlig data uten samtykke fra sluttbrukeren (art. 5(2)), begrensninger på bedriftsbrukeres samhandling med sluttbrukere (art. 5(3) og 5(4)), begrensninger på sluttbrukeres adgang til å få tilgang til innhold på plattformtjenesten ved å bruke en bedriftsbrukers programvare (art. 5(5)), og nærmere angitte former for koblingssalg av plattformtjenester (art. 5(7) og 5(8)). I tillegg krever art. 5(9) og 5(10) at portvokteren deler nærmere angitt informasjon til annonsører og utgivere som portvokteren leverer reklametjenester til.

DMA art. 6 forbyr blant annet at portvokteren bruker, i konkurranse med bedriftsbrukere, ikke-offentlig data som er generert av en bedriftsbruker på plattformtjenesten (art. 6(2)), samt at portvokteren favoriserer egne tjenester sammenlignet med lignende tjenester tilbudt av tredjeparter (art. 6(5)). Videre skal portvokteren tillate at sluttbrukeren avinstallerer programvarer i operativsystemet og endrer standardinnstillinger i portvokterens

⁵⁶ Det er klart at art. 3(5) utgjør en snever unntaksregel, og det er kun ved «exceptional circumstances» at presumsjonen kan motbevises, se fortalen avsn. 23.

⁵⁷ DMA art. 3(9).

⁵⁸ DMA art. 5(1), 6(1) og 7(1).

⁵⁹ Om interoperabilitet, se DMA art. 2(29).

⁶⁰ Etterlevelse av forpliktelsene i art. 6 kan dermed sikres gjennom en nærmere dialog mellom Kommisjonen og portvokterne.

⁶¹ Se også fortalen avsn. 10.

operativsystem, virtuelle assistent og nettleser (art. 6(3)). I tillegg skal portvokteren tillate bruk av tredjeparters applikasjoner og applikasjonsbutikker i portvokterens operativsystem (art. 6(4)). Forpliktelsene i art. 6(8), 6(9), 6(10) og 6(11) skal på nærmere vilkår gi bedriftsbrukere og tredjeparter tilgang til ulike former for data.

DMA art. 13 rammer portvokterens omgåelser av påbudene og forbudene i art. 5, 6 og 7, og forbyr enhver adferd som motvirker en «effective compliance» av forpliktelsene (art. 13(4)). I tillegg kan ikke portvokteren redusere kvaliteten på plattformtjenesten for brukere som benytter seg av de rettighetene som følger av art. 5, 6 og 7, gjøre det urimelig vanskelig å utøve disse rettighetene, eller på annen måte undergrave brukernes autonomi eller valgfrihet (art. 13(6)). Artikkel 13 gir dermed en vidtgående sikkerhetsventil, som blir sentral for forståelsen av det materielle innholdet i DMA art. 5 og 6.

2.2.4. Håndhevelse og regelutvikling

Håndhevelsen av DMA er i all hovedsak lagt til Kommisjonen. Det samme gjelder kompetansen til å oppdatere eller foreslå å oppdatere det materielle innholdet i forordningen. Kommisjonen kan blant annet spesifisere hvilke tiltak portvokterne skal treffe for å effektivt etterleve art. 6 og art. 7 (art. 8(2)) samt innvilge unntak fra enkelte forpliktelser (art. 9 og art. 10). Kommisjonen er også gitt kompetanse til å oppdatere listen over forpliktelser i art. 5 og 6 (art. 12(1) til 12(5)), samt kompetanse til å foreslå for Parlamentet og Rådet om å oppdatere listen over sentrale plattformtjenester eller forpliktelsene i art. 5 og 6 (art. 19).

I tillegg legger DMA opp til en form for regulatorisk dialog mellom portvokteren og Kommisjonen. Portvokteren kan for det første be Kommisjonen ta stilling til om portvokterens etterlevelsestiltak er i henhold til dens forpliktelser etter art. 6 og art. 7 (art. 8(3)). For det andre skal portvokteren årlig rapportere overfor Kommisjonen om hvilke tiltak som er truffet for å sikre etterlevelse av art. 5, 6 og 7 (art. 11). Ved overtredelser kan Kommisjonen i medhold av art. 29 konstatere manglende etterlevelse av forpliktelsene i DMA, og i medhold av art. 30 kan Kommisjonen ilegge bøter på opptil 20% av foretakets årlige omsetning.

3. Misbruk av dominans i digitale markeder

3.1. Artikkel 102 TEUV: Grunnvilkår og anvendelsesområde

Analysen i kapittel 4 og 5 består i hovedsak av å sammenligne DMA med art. 102 TEUV. Det er derfor nødvendig å gi en kort oversikt over art. 102, et innblikk i hvordan bestemmelsen er anvendt i digitale markeder, samt en innføring i noen sentrale misbrukssaker som tilsynelatende har fungert som inspirasjon for utformingen av forpliktelsene i DMA art. 5 og 6. Det sistnevnte aspektet gir også mulighet til å vurdere om en nærmere gitt adferd som er funnet ulovlig under art. 102, også vil være ulovlig under DMA.

Forbudet mot misbruk av dominerende stilling fremgår av artikkel 102 TEUV. Bestemmelsen oppstiller flere vilkår, herunder kravet til en eller flere «undertakings», kravet til «affect trade between Member States» og kravet til en «dominant position within the internal market or in a substantial part of it». I tillegg må det dominerende foretakets adferd oppfylle vilkåret om «abuse», samt mangle rettfærdiggjøringsgrunner for det påståtte misbruket.⁶² DMAs materielle supplement til forbudet i art. 102 kan altså ses i lys av en rekke vilkår. For å besvare avhandlingens hovedproblemstilling er det primært forholdet mellom DMA-forpliktelsene og misbruksvilkåret i art. 102 TEUV som må belyses, og det er dette forholdet som er i fokus i det følgende.

Et første spørsmål er dermed hva som utgjør «abuse». Art. 102 lister selv opp noen adferdstyper som kan utgjøre misbruk, men det er sikker rett at denne oppstillingen ikke er uttømmende.⁶³ I tillegg fremgår det av ordlyden i art. 102 at misbruksvilkåret både omfatter tilfeller hvor det dominerende foretakets adferd ekskluderer konkurrenter fra markedet og tilfeller hvor foretaket utilbørlig utnytter kunder eller handelspartnere.

I relasjon til ekskluderende misbruk, har EU-domstolen presisert at misbruksvilkåret er et objektivt konsept som gir anvisning på adferden til en dominerende aktør ...

«which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.»⁶⁴

⁶² Sak C-209/10 *Post Danmark* paras 40-41.

⁶³ Sak 6/72 *Continental Can v Commission* para 26.

⁶⁴ Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* para 91.

Det er dermed ingen automatikk i at en dominerende aktørs adferd som ekskluderer konkurrenter fra et produkt- eller tjenestemarked, også innebærer misbruk. Sitatet trekker frem to grunnelementer ved ekskluderende misbruk: Konkurransbegrensende virkninger og adferd som ikke er en del av den normale og genuine konkurransen i markedet.⁶⁵

Hva som nærmere bestemt utgjør misbruk under art. 102, må i første rekke vurderes ut fra testene og vurderingsmomentene som er utviklet av EU-domstolen til de ulike misbrukstypene. Fem sentrale misbrukstyper vil gjennomgå nedfor i kapittel 3.2, hvor de fire første relaterer seg til ekskluderende misbruk. Alle fem vil også gjenfinnes i DMA art. 5 og 6.

3.2. Aktuelle misbrukstyper i digitale markeder

3.2.1. Koblingssalg

Koblingssalg er betegnelsen på handelspraksis hvor leverandøren av et produkt eller en tjeneste krever at kjøperen også kjøper et annet produkt eller tjeneste.⁶⁶ En slik praksis er, som de øvrige misbrukstypene under art. 102, ikke *per se* ulovlig. Koblingssalg er i stedet svært vanlig i både digitale markeder og ellers, i tillegg til at det ofte vil ha ønskelige effekter som lavere produksjons- og distribusjonskostnader samt forbedret produkt- og tjenestekvalitet.⁶⁷ Samtidig har ekskludering av konkurrenter gjennom koblingssalg lenge vært en uttrykt bekymring i digitale markeder.⁶⁸ Kommisjonen har også i lengre tid vært aktiv i håndhevelsen av art. 102 som følge av dominerende, digitale aktørers koblingssalg.⁶⁹

For at et koblingssalg skal være ulovlig under art. 102 må fire kumulative vilkår være oppfylt, i medhold av den såkalte Microsoft-testen.⁷⁰ (1) Det dominerende foretaket må ha koblet sammen to distinkte produkter eller tjenester, (2) kjøperen må ha blitt tvunget («coerced») til å ta imot begge produktene eller tjenestene,⁷¹ (3) koblingen må være egnet til å ha konkurransbegrensende eksklusjonsvirkninger og (4) det finnes ingen objektiv berettigelse for koblingen. Tilfanget av juridisk litteratur knyttet til vilkårene er stort, og denne avhandlingen har ingen ambisjon om å redegjøre inngående for de fire vilkårene. Men ettersom «coercion»-vilkåret vil trekkes frem flere ganger senere i avhandlingen, er det nødvendig å knytte noen generelle bemerkninger til dette vilkåret allerede nå.

⁶⁵ Det siste grunnelementet er også kjent som «competition on the merits», se for eksempel Sak T-612/17 *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)* para 152.

⁶⁶ Whish og Bailey (n 10) 723.

⁶⁷ Whish og Bailey (n 10) 724-725; Robert O'Donoghue og Jorge Padilla, *The law and economics of Article 102 TFEU* (2. utg, Hart 2013) 599-600.

⁶⁸ Crémer mfl. (n 14) 37.

⁶⁹ Mer generelt om koblingssalg i digitale markeder, se Stefan Holzweber, «Tying and bundling in the digital era» (2018) *European Competition Journal*, 14(2-3) 342.

⁷⁰ Vilråene bygger i hovedsak på de grunnleggende dommene T-30/89 *Hilti AG v Commission* og T-83/91 *Tetra Pak International SA v Commission* og C-333/94 P *Tetra Pak v Commission*, slik disse ble videreutviklet ved sak T-201/04 *Microsoft v Commission* paras 842 og 859.

⁷¹ For en diskusjon av hvorvidt «coercion» er et formelt krav eller ikke, se O'Donoghue og Padilla (n 67) 627-628.

Vilkåret om at kjøperen er «coerced» til å ta imot begge produktene, synes ikke å være tolket særlig strengt i praksis. I *Microsoft* fant Kommisjonen, med tilslutning fra Underretten, at Microsoft hadde koblet Windows Media Player (WMP) til selskapets PC-operativsystem (Windows), ved å teknisk integrere medieavspilleren i operativsystemet.⁷² Synspunktet var at kundene var tvunget til å motta WMP ettersom det ikke var teknisk eller kommersielt mulig å kjøpe Microsoft Windows uten å også få med WMP på kjøpet.⁷³ Det forelå altså tvang, til tross for at det ikke var tatt ekstra betalt for medieavspilleren, og til tross for at kundene stod fritt til å installere andre medieavspillere på PCen.⁷⁴

Også i *Microsoft (Tying)*, hvor Kommisjonen fant at Microsoft hadde koblet sammen nettleseren Internet Explorer med operativsystemet Windows, ble «coercion»-vilkåret tolket liberalt.⁷⁵ Det var verken rettslig eller teknisk umulig for brukerne av Windows å laste ned og ta i bruk konkurrerende nettlesere, og i likhet med WMP-saken var det en forhåndsinstallering uten ekstra kostnad for kjøperen.⁷⁶

En siste sak som bør nevnes under koblingssalg er *Google Android*.⁷⁷ Dommen gir ikke nødvendigvis ytterligere klarhet i vilkårene for at ulovlig koblingssalg skal foreligge, men saken har fungert som inspirasjon for flere av de materielle forpliktelsene i DMA, i første rekke DMA art. 6(3).⁷⁸

I *Google Android* konkluderte både Kommisjonen og Underretten med at Google hadde drevet med to former for ulovlig koblingssalg under art. 102 TEUV. På et overordnet nivå bestod adferden til Google i å innføre avtalebaserte begrensninger på mobilprodusenter (såkalte OEMs) for å sikre at trafikken på Google Android-smarttelefoner ble sluset inn på søkemotoren Google Search, og ikke inn på konkurrerende søkemotorer.⁷⁹ Dette ble gjort gjennom tre ulike standardavtaler: MADAer, RSAer og AFAer. MADAene og AFAene utgjorde koblingssalgene, og det er først og fremst MADAene som er interessante i lys av DMA.

For at en mobilprodusent (for eksempel Samsung eller Sony) skulle få lisens til å installere Play Store på mobiltelefonen, måtte produsenten inngå en MADA («Mobile Application

⁷² COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, opprettholdt ved T-201/04 *Microsoft v Commission*.

⁷³ Sak T-201/04 *Microsoft v Commission* para 963.

⁷⁴ Ibid paras 967-969. Denne konklusjonen har møtt kritikk fra flere hold. Se Nicolas Petit og Norman Neyrinck, «Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic» JECLAP (2011) 2(2) 117; Jean-Yves Art og Gregory v.S. McCurdy, «The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure» ECLR (2004) 25(11) 694.

⁷⁵ COMP/C-3/39.530 *Microsoft (tying)*. Saken fikk en midlertidig avslutning ved at Kommisjonen aksepterte Microsofts foreslåtte forpliktelser (*commitments*). Saken ble avsluttet med at Microsoft likevel ble ilagt bot, etter at Kommisjonen fant at Microsoft ikke hadde etterlevd forpliktelsene i 14 måneder.

⁷⁶ COMP/C-3/39.530 *Microsoft (tying)* para 48.

⁷⁷ AT.40099 *Google Android*; T-604/18 *Google and Alphabet v Commission (Google Android)*. Dommen er anket til EU-domstolen, se C-738/22 P; For en kommentar til kommisjonsvedtaket, se Paolo Siciliani «On the Law & Economics of the Android Case» (2019) JECLAP 10(10) 638.

⁷⁸ Jacques Crémer mfl. «Enforcing the Digital Markets Act: Institutional Choices, Compliance, and Antitrust» Policy Discussion Paper no. 7 (1 December 2022) 14; Akman (n 16) 95.

⁷⁹ Sak T-604/18 *Google Android* para 65.

Distribution Agreement») med Google. MADAen krevde at mobilprodusenten forhåndsinstallerte både Google Search og Google Chrome, og med dette utnyttet Google sin dominans på markedet for applikasjonsbutikker for Android (ultra-dominerende Play Store) til å skaffe seg en større markedsandel på markedet for nettlelere og generelle søketjenester. Med andre ord utgjorde MADAen et koblingssalg av applikasjonsbutikken Play Store, applikasjonen Google Search og nettleseren Google Chrome. Koblingssalgene medførte videre at et økende antall sluttbrukere tok i bruk Googles søketjenester, enten gjennom applikasjonen Google Search eller gjennom søkemotoren i nettleserfeltet på Google Chrome.⁸⁰

3.2.2. Leveringsnektelser

En annen form for misbruk under art. 102 TEUV er leveringsnektelser. Det grunnleggende utgangspunktet er naturligvis at selskaper står fritt til å handle med hvem de vil.⁸¹ I tillegg til å aktualisere det dominerende foretakets grunnleggende rettigheter i medhold av Charteret, vil en plikt til å levere kunne være betenkelig ved at det fjerner insentiver til å investere.⁸² Terskelen for å oppstille en leveringsplikt under art. 102 er dermed svært høy.⁸³

Det følger samtidig av EU-domstolens praksis at dominerende foretak, i visse tilfeller, kan misbruke sin dominans ved å nekte å levere et produkt eller en tjeneste, eller ved å nekte tilgang til et sted eller infrastruktur.⁸⁴ Leveringsnektelser kan utgjøre både vertikal og horisontal eksklusjonsmisbruk, men i lys av eksisterende håndhevingspraksis er det primært vertikal eksklusjonsmisbruk som er blitt slått ned på under art. 102 TEUV.⁸⁵

Der det foreligger en leveringsnektelse fra et vertikalt integrert foretak, må tre vilkår være oppfylt for at nektelsen skal utgjøre misbruk under art. 102 (Bronner-testen).⁸⁶ For det første må det nektende foretaket ha en dominerende stilling på oppstrømsmarkedet.⁸⁷ For det andre må det etterspurte produktet eller tjenesten være uunnværlig (*indispensable*) for kundens konkurranseevne på nedstrømsmarkedet.⁸⁸ For det tredje må nektelsen være egnet til å eliminere all effektiv konkurranse på nedstrømsmarkedet.⁸⁹ Det er altså ikke nødvendig at all konkurranse elimineres, så lenge all *effektiv* konkurranse kan bli eliminert. Dersom det er tale

⁸⁰ Sak T-604/18 *Google Android* para 316.

⁸¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 16 og 17.

⁸² Sak C-165/19 P *Slovak Telekom v Commission* para 47.

⁸³ Whish og Bailey (n 10) 733.

⁸⁴ Den grunnleggende dommen på vertikal ekskludering ved leveringsnektelser er sakene 6/73 og 7/73 *Commercial Solvents v. Commission*.

⁸⁵ Whish og Bailey (n 10) 734.

⁸⁶ Sak C-7/97 *Oscar Bronner GmbH*. En delings- eller leveringsnektelse foreligger der foretaket eksplisitt nekter å etterkomme en delings- eller leveringsforespørsel, samt der delingen skjer på vilkår som umulig kan godtas eller oppfylles av medkontrahenten, såkalte «constructive refusal», se for eksempel sak C-123/16 P *Orange Polska v Commission*.

⁸⁷ Herunder et hypotetisk eller potensielt oppstrømsmarked, se nærmere sak C-418/01 *IMS Health GmbH & Co v NDC Health GmbH & Co* para 44. Misbruk er dermed ikke utelukket i tilfeller der det dominerende foretaket ikke deler den etterspurte innsatsfaktoren med noen i det hele tatt.

⁸⁸ Sak C-7/97 *Oscar Bronner* para 41. Innsatsfaktoren er uunnværlig dersom det er fysisk, økonomisk eller rettslig umulig å skaffe produktet eller tjenesten på annen måte.

⁸⁹ Sak T-201/04 *Microsoft v Commission* para 563 og sak T-712/14 *CEAHR v Commission* para 91.

om å oppstille en plikt for det dominerende foretaket til å lisensiere immaterielle rettigheter, stilles det for øvrig enda strengere krav.⁹⁰

Anvendelsesområdet til Bronner-testen kan, i visse tilfeller, være begrenset i regulerte markeder. Ifølge Underretten kommer for eksempel ikke Bronner-testen til anvendelse der det dominerende foretaket er underlagt en lovpålagt plikt til å gi tilgang.⁹¹ Dette standpunktet har ikke fått eksplisitt tilslutning av EU-domstolen, men de tidligere nevnte betenkelighetene ved å oppstille en leveringsplikt gjør seg ikke gjeldende på samme måte der lovgiver allerede har etablert en leveringsplikt for det dominerende foretaket.⁹² Med andre ord vil et markedsregulatorisk instrument, dersom det oppstiller leveringsplikter for et dominerende foretak, kunne begrense anvendelsesområdet til Bronner-testen.⁹³ Dette aspektet vil jeg komme tilbake til ved den nærmere vurderingen av forholdet mellom DMA art. 6(12) og art. 102.⁹⁴

3.2.3. Selvfavorisering og *Google Shopping*

Også ekskluderende selvfavorisering (såkalt «self-preferencing») kan utgjøre misbruk under art. 102.⁹⁵ Grensen mellom selvfavorisering, koblingssalg og leveringsnektelser er ikke alltid skarp, og det er uklart om selvfavorisering i seg selv skal anses som en selvstendig misbrukstype under art. 102.⁹⁶ Det er likevel klare holdepunkter for at selvfavorisering må holdes adskilt fra de mer klassiske kategoriene koblingssalg og leveringsnektelse, og at selvfavorisering faller innenfor samlebetegnelsen «leveraging».⁹⁷ Essensen i adferden er at foretaket utnytter sin dominerende stilling på ett marked, til å favorisere seg selv på et annet marked, og dermed forsterker sin markedsposisjon på det sistnevnte markedet. Forskjellsbehandling kan bestå i å aktivt begunstige egne produkter eller tjenester, eller i å behandle konkurrentenes produkter eller tjenester verre enn egne produkter eller tjenester.⁹⁸

Enhver forskjellsbehandling er naturligvis ikke forbudt: For at det skal foreligge ulovlig favorisering av egne produkter eller tjenester under art. 102, må det dominerende foretaket

⁹⁰ C-418/01 *IMS Health* para 38.

⁹¹ T-814/17 *Lietuvos geležinkeliai AB* para 91 og T-851/14 *Slovak Telekom* para 121.

⁹² Niamh Dunne, «The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment» (2021) *World Competition* 44(3) 287, 296. EU-domstolen gir for ordens skyld ikke sin fulle tilslutning til dette standpunktet i C-165/19 P *Slovak Telekom*, ettersom den nøyet seg med å slå fast at Bronner-testen ikke kom til anvendelse ettersom det dominerende foretaket «could not and did not actually refuse to give access», jf. para 57. Det forelå altså ingen leveringsnektelse overhodet.

⁹³ Tilsvarende Whish og Bailey (n 10) 743.

⁹⁴ Se kap. 5.7.4.

⁹⁵ Uttrykkene *self-preferencing* og den grammatisk riktige varianten *self-favouring* brukes som synonymer i juridisk litteratur.

⁹⁶ Pablo Ibáñez Colomo, «Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles» (2020) *World Competition* 43(4) 417, 428.

⁹⁷ T-612/17 *Google Shopping* paras 163-164, 232-233 og 240. Underretten er også tydelig på at *refusal to supply*-doktrinen kun kommer til anvendelse der det foreligger en uttalt forespørsel om levering og en leveringsnektelse, i tillegg til at utløseren for eksklusjonsvirkningene er nektelsen som sådan, se para 232.

⁹⁸ T-612/17 *Google Shopping* para 240. For en mer snever forståelse av anvendelsesområdet, se Christian Ahlborn, Gerwin van Gerven og William Leslie, «Bronner revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination Under Article 102 TFEU» (2022) *JECLAP* 13(2) 87.

utnytte sin dominerende stilling til å ekskludere eller hindre konkurrenter på en måte som ligger utenfor konseptet «competition on the merits».⁹⁹

I *Google Shopping* ble Google (nå Alphabet) funnet å ha misbrukt sin dominerende stilling på markedet på for generelle søketjenester, ved å favorisere sin egen prissammenligningstjeneste (Google Shopping).¹⁰⁰ Favoriseringen skjedde ved at Google Shopping gjennomgående fikk høyere og bedre plassering i søkeresultatene i Google Search, samtidig som de konkurrerende prissammenligningstjenestene ble degradert på listen over søkeresultater. I tillegg var Googles egne søkeresultater fremhevet i egne bokser utstyrt med bilder av de ulike produktene, mens konkurrentenes tilbud ble vist som generiske søkeresultater (altså som ordinære blå lenker i Googles søkeresultater). Med andre ord fikk Google Shopping bedre plassering selv når konkurrerende prissammenligningstjenester leverte mer relevante søkeresultater. Samlet sett ble denne adferden ansett å utgjøre misbruk som ekskluderte konkurrerende prissammenligningstjenester.¹⁰¹

Google Shopping er et eksempel på hvordan opplistingen i art. 102 bokstav a til d bare er eksempler på hvilken adferd som kan rammes av forbudet, og dermed hvor fleksibelt misbruksvilkåret er. Både Kommisjonen og Underretten slo fast at adferden var ulovlig fordi den bestod av metoder som lå utenfor «competition on the merits» samtidig som den var egnet til å medføre konkurransebegrensende virkninger. Konklusjonen bygger altså direkte på grunnelementene i misbruksvilkåret i art. 102, uten å basere seg på øvrige domstolsskapte tester eller kriterier. En slik fleksibilitet kommer samtidig på bekostning av andre hensyn, noe jeg kommer tilbake til i kapittel 4.

3.2.4. Eksklusivitetsavtaler og lojalitetsrabatter

Misbrukstypen eksklusivitetsavtaler omfatter tilfeller hvor en leverandør forpliktes til å utelukkende levere til en dominerende aktør på et nedstrømsmarked, og tilfeller hvor en kunde på et nedstrømsmarked forpliktes til å utelukkende kjøpe varer eller tjenester fra en dominerende aktør på oppstrømsmarkedet.¹⁰² Eksklusivitetsavtaler foreligger også der det er avtalt *tilnærmet* eksklusivitet,¹⁰³ noe som antas å være over 80% av kundens etterspørsel.¹⁰⁴ En lignende adferdstype, som trolig har samme status under art. 102, er lojalitetsrabatter. Lojalitetsrabatter innebærer, i korte trekk, at en kunde av et dominerende foretak får lavere

⁹⁹ T-612/17 *Google Shopping* para 164. Grensedragningen mellom hva som er «competition on the merits» og hva som er misbruk er en krevende øvelse, se videre Pinar Akman, *The Concept of Abuse in EU Competition Law* (Bloomsbury 2015) 133-134; Alison Jones, Brenda Sufrin og Niamh Dunne, *Jones and Sufrin's EU Competition law: text, cases and materials* (7. utg, OUP 2019) 361-362; Whish og Bailey (n 10) 199-200.

¹⁰⁰ AT.39740 *Google Search (Shopping)*. Opprettholdt av Underretten i T-612/17 *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)*, foreløpig under anke til EU-domstolen i sak C-48/22 P – *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)*. Også Amazon har vært under etterforskning for selvfavorisering under art. 102, se Sak 40.703 *Amazon – Buy Box*.

¹⁰¹ T-612/17 *Google Shopping* para 341.

¹⁰² Whish og Bailey (n 10) 716.

¹⁰³ Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche* para 89.

¹⁰⁴ O'Donoghue og Padilla (n 67) 434.

pris på sine kjøp, så lenge kunden skaffer alt eller det meste av sin etterspørsel fra det dominerende foretaket.¹⁰⁵

Både eksklusivitetsavtaler og lojalitetsrabatter er presumptivt ulovlige under art. 102 TEUV.¹⁰⁶ Det dominerende foretaket kan likefullt legge frem bevis for at adferden ikke er egnet til å ekskludere en like effektiv konkurrent fra markedet, og at adferden uansett er objektivt berettiget.¹⁰⁷

I *Google Android* ble mobilprodusentene tilkjent andeler av markedsføringsinntektene som stammet fra søk gjennom Google Search, Google Chrome og adressefeltet i nettlesere som hadde Google som standard, forutsatt at mobilprodusentene utelukkende forhåndsinstallerte Google Search på en avtalt liste over mobiltelefoner (RSAs).¹⁰⁸ Disse andelene ble av både Kommisjonen og Underretten karakterisert som eksklusivitetsbetalinger.¹⁰⁹ Dersom mobilprodusenten forhåndsinstallerte en konkurrerende søketjeneste-applikasjon på en av de opplistede mobilene, ville produsenten miste alle andeler av markedsføringsinntektene i relasjon til hele listen av mobiltelefoner. På dette punkt ble Kommisjonens vedtak opphevet av Underretten, ettersom den ikke var overbevist om at Kommisjonen hadde foretatt en tilstrekkelig grundig og treffende AEC-test.¹¹⁰

3.2.5. Urimelige forretningsvilkår

Urimelige forretningsvilkår, herunder «unfair purchase or selling prices» er listet opp i art. 102 TEUV bokstav a som eksempel på misbruk. Det er altså ingen tvil om at urimelige forretningsvilkår kan være ulovlige under art. 102, til tross for at konkurransemyndigheter i liten grad prioriterer denne typen adferd.¹¹¹

For at utsalgsprisene til et dominerende foretak skal være ulovlig under art. 102, må prisen være «excessive» og «unfair».¹¹² Vilkårene for at forretningsvilkår utenom utsalgspris skal være ulovlige er på den andre siden noe underutviklet i EU-domstolens praksis. En mulig operasjonalisering av «unfair»-kriteriet er å foreta en nødvendighets- og proporsjonalitetsvurdering. Dermed vil det dominerende foretakets kommersielle interesser og medkontrahentens kommersielle interesser avveies mot hverandre, slik Kommisjonen

¹⁰⁵ Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche* para 89.

¹⁰⁶ Sak C-413/14 P *Intel* paras 136-137; Sak 85/76 *Hoffmann-La Roche* para 89.

¹⁰⁷ Sak C-413/14 P *Intel* paras 138-140. Intel-saken omhandlet lojalitetsrabatter, men uttalelsene har trolig også betydning for vurderingen av eksklusivitetsavtaler. Se også Whish og Bailey (n 10) 718.

¹⁰⁸ Sak T-604/18 *Google Android* para 621. Alphabet har også en annen sak om eksklusivitetsavtaler verserende: AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, foreløpig under anke i sak T-334/19 *Google and Alphabet v Commission (Google AdSense for Search)* (ikke avgjort).

¹⁰⁹ Sak T-604/18 *Google Android* paras 651-657.

¹¹⁰ Sak T-604/18 *Google Android* paras 692, 739-740 og 748-752.

¹¹¹ Whish og Bailey (n 10) 210.

¹¹² Sak 27/76 *United Brands v Commission* paras 248-253.

tilsynelatende gjør i *AAMS*¹¹³ og i *DSD*.¹¹⁴ Ulempen med denne operasjonaliseringen er at art. 102 bokstav a kan forby enhver unødvendige avtaleklausul i forretningsforholdet mellom dominerende foretak og dens kunder, uten noen øvrige begrensende prinsipper.

En operasjonalisering som gir misbrukstypen en mer snever rekkevidde, fremgår av *Apple – App Store Practices (music streaming)*.¹¹⁵ I den siste presiseringen av Kommisjonens «statement of objections» overfor Apples såkalte «anti steering obligations»,¹¹⁶ slår Kommisjonen fast at kontraktsvilkårene (1) ikke er nødvendige eller proporsjonale, (2) er skadelig for sluttbrukere av musikkstrømmetjenester fordi brukerne kan ende opp med å betale mer og (3) negativt påvirker interessene til leverandører av musikkstrømmetjenester ved å begrense sluttbrukernes valgfrihet.¹¹⁷ Dermed kobles nødvendigheten og proporsjonaliteten av forretningsvilkåret til både medkontrahentens kommersielle interesser og konsumentvelferdsstandarden. Selv om konseptet «unfair trading conditions» fortsatt ikke er særlig operasjonalisert, fremstår denne fremgangsmåten som mer påkoblet konkurranserettens grunnleggende prinsipper, samtidig som den unngår en så ubegrenset pro/contra avveining som Kommisjonen lente seg på i *AAMS*.¹¹⁸

4. DMAs supplerende formål og funksjon

4.1. Innledning

Frem til nå har fokuset vært på å skissere den rettslige og faktiske konteksten for drøftelsen av avhandlingens hoved- og underproblemstillinger, i tillegg til en kort fordykning i det materielle innholdet i art. 102 for å danne målestokken som DMA skal sammenlignes med. Kapittel 4 skal nå ta for seg avhandlingens første underproblemstilling: Hvordan DMA supplerer konkurranserettens formål og funksjon.

Kapittel 4 består av to hoveddeler, kapittel 4.2 og 4.3. Kapittel 4.2 tar for seg formålene med DMA, og spørsmålet om hvordan disse formålene skiller seg fra formålene med konkurranseretten. Kapittel 4.3 tar for seg DMAs funksjon, herunder spørsmålet om hvordan denne funksjonen skiller seg fra konkurranseretten på den ene siden og tradisjonell markedsregulering på den andre.¹¹⁹ Samlet sett vil kapittel 4 besvare hvordan DMA supplerer konkurranserettens formål og funksjon.

¹¹³ IV/36.010-F3 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* paras 33-46, opprettholdt ved T-139/98 *AAMS v Commission* paras 73-80.

¹¹⁴ COMP D3/34493 *DSD* para 112, opprettholdt ved anke i T-151/01 *Der Grüne Punkt- Duales System Deutschland GmbH v Commission* og C-385/07 P *Der Grüne Punkt- Duales System Deutschland GmbH v Commission*.

¹¹⁵ AT.40437 *Apple – App Store Practices (music streaming)*.

¹¹⁶ Uttrykket «anti-steering» gir anvisning på kontraktsforpliktelser som forbyr at en produkt- eller tjenesteyter informerer sine kunder om muligheten til å skaffe produktet eller tjenesten andre steder enn den aktuelle plattformen. Se nærmere om «anti-steering» i kap. 5.3.

¹¹⁷ Pressemelding IP/23/1217, se https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1217.

¹¹⁸ Se nærmere om konkurranserettens formål og begrunnelse i kap. 4.2.1.

¹¹⁹ Sondringen mellom konkurranserett og markedsregulering utdypes nedenfor i kap. 4.3.1 og 4.3.2.

4.2. DMAs supplerende formål

4.2.1. Formålene med konkurranseretten

DMA forutsetter at den ivaretar andre formål enn art. 101 og 102 TEUV.¹²⁰ I det følgende skal denne forutsetningen utfordres og underkastes et kritisk blikk, og først må derfor formålene med konkurranseretten skisseres.¹²¹

Ett av formålene med EU-retten er å ha en bærekraftig utvikling av Europa basert på, blant annet, «a highly competitive social market economy».¹²² I tillegg skal det indre marked inkludere «a system ensuring that competition is not distorted».¹²³ Verken traktaten eller tilleggsprotokollen er tydelig på hva som nærmere bestemt er konkurranserettens formål, og dette spørsmålet har dermed alltid vært gjenstand for debatt.¹²⁴ En har heller ikke lyktes med å komme frem til et konkret og allment omforent svar.¹²⁵ På et overordnet nivå går skillelinjen mellom på den ene siden rene økonomiske målsettinger og på den andre siden et større spekter av politiske målsettinger.¹²⁶

Et viktig utgangspunkt er at den europeiske konkurranseretten ikke kan forstås løsrevet fra EU-rettens overordnede formål om markedsintegrasjon, noe også EU-domstolen har presisert.¹²⁷ Konkurranseretten skal altså bidra til å tilrettelegge for de fire friheter og verne om det felles indre marked.¹²⁸ På den andre siden kan ikke markedsintegrasjonen alene begrunne konkurranserettens innhold, og den kan altså bare være ett av flere formål med EU-konkurranseretten.

Kommisjonen har lenge fremhevet konsumentvelferd som konkurranserettens formål.¹²⁹ Konsumentvelferdsstandarden setter maksimering av konsumentoverskuddet¹³⁰ som det overordnede målet, og har med andre ord ikke som mål om å maksimere det totale

¹²⁰ Fortalen avsn. 11.

¹²¹ Flere forfattere har tatt til orde for at DMA i realiteten forfølger de samme målene som art. 101 og 102, se særlig «Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement» (n 7); Schweitzer (n 16).

¹²² Artikkel 3(3) Treaty on European Union (TEU).

¹²³ Protokoll nr. 27 TEU.

¹²⁴ Whish og Bailey (n 10) 17 flg; Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 26. Det er likevel enighet om at konkurranserettens formål er felles for art. 101, 102 og fusjonskontrollen. Uenigheten knytter seg heller til hva dette formålet er.

¹²⁵ For diskusjonen i relasjon til art. 102, se Akman (n 99) 47.

¹²⁶ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 26; Akman (n 99) 25.

¹²⁷ Sak C-501/06 P *GlaxoSmithKline* para 61; C-403/08 *Football Association Premier League* para 139.

¹²⁸ Whish og Bailey (n 10) 51-52; Roberto Nazzini, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102* (OUP 2011) 28-29; Laura Parret, «The Multiple Personalities of EU Competition Law: Time for a Comprehensive Debate on its Objectives» i Daniel Zimmer (red) *The Goals of Competition Law* (Edward Elgar 2012) 65; Dunne (n 6) 32.

¹²⁹ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 46 flg; Daniel Zimmer, «The basic goal of competition law: to protect the opposite side of the market» i Daniel Zimmer (red), *The Goals of Competition Law* (Edward Elgar 2012) 492 og 497.

¹³⁰ Konsumentoverskuddet er differansen mellom hva konsumenter ville ha vært villig til å betale og hva de faktisk må betale, se nærmere Svend Albæk, «Consumer Welfare in EU Competition Policy» i Heide-Jørgensen mfl. (reds), *Aims and Values in Competition Law* (DJØF 2013) 70.

samfunnsøkonomiske overskuddet (totalvelferd).¹³¹ Kort fortalt skal konsumentvelferdsstandarden gi konsumentene lavere priser, større output, større valgfrihet, høyere kvalitet og mer innovasjon.¹³² Konsumentvelferdsstandarden er ikke uttrykkelig omfavnet av EU-domstolen, men den er heller ikke blitt avvist. I tillegg har EU-domstolen slått fast at «the well-being of both intermediary and final consumers must be regarded as the ultimate objective warranting the intervention of competition law».¹³³ Det er altså holdepunkter for at EU-domstolen, om enn noe forsiktig, har gitt sin tilslutning til konsumentvelferdsstandarden.

Samtidig spriker standpunktene i juridisk teori. På den ene siden har vi støttespillerne til en mer «tradisjonell», ordoliberal tilnærming, hvor målet med konkurranseretten forstås som å sikre individuell økonomisk frihet.¹³⁴ Den økonomiske friheten skal sikres ved å beskytte konkurransedyktige markedsstrukturer og konkurransen i seg selv.¹³⁵ Under denne synsvinkelen er ikke effektivitet (maksimering av en nærmere bestemt velferdsstandard) et mål i seg selv, bare et mulig utfall.¹³⁶ Det er for øvrig svake rettskildemessige holdepunkter for at konkurransen i seg selv er konkurranserettenens formål. For det første er ordoliberalismens gjennomslag ved utarbeidelsen av konkurransereglene høyst tvilsom.¹³⁷ For det andre er det ingen klare holdepunkter i nyere praksis fra EU-domstolen for at økonomisk frihet og konkurransen i seg selv er konkurranserettenens formål. Domstolen har riktignok trukket frem at konkurranseretten skal verne om «the competitive structure of the market», men dette er da et middel for å ikke bare ramme adferd som «may cause damage to consumers directly», men også mer indirekte skade gjennom adferdens «impact on an effective competition structure».¹³⁸

På den andre siden finner vi forfattere som mener at konkurranseretten skal forstås som et middel for å maksimere det totale samfunnsøkonomiske overskuddet (totalvelferd).¹³⁹ Innvendingen deres mot ordoliberalismen er at *konkurransen i seg selv* er uegnet som et formål for konkurranseretten, ettersom det er for ubestemt og mangler en normativ standard.¹⁴⁰ Det

¹³¹ Det samfunnsøkonomiske overskuddet er summen av produsentoverskuddet og konsumentoverskuddet. En maksimering av det samfunnsøkonomiske overskuddet kan altså skje selv om konsumentoverskuddet synker, så lenge produsentoverskuddet vokser mer enn konsumentoverskuddet synker.

¹³² Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 48; OECD (2023), *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)4/en/pdf) 5 og 12.

¹³³ C-377/20 *Servizio Elettrico Nazionale and Others* para 46. Det er hevdet at formuleringen «well-being of ... consumers» ikke er en presis oversettelse av den franske versjonen, som på sin side enda tydeligere gir sin tilslutning til konsumentvelferdsstandarden, se Assimakis Komninos, «The Consumer Welfare Standard: A 'Problem' to Fix in EU Competition Law?» i Adina Claiici, Assimakis Komninos og Denis Waelbroeck (reds), *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues* (Kluwer Law International 2023) 199, 211.

¹³⁴ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 27; Akman (n 99) 55.

¹³⁵ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 27.

¹³⁶ Akman (n 99) 49 og 60; Thomas Eilmansberger, «How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses» (2005) CMLR 42(1) 129, 133.

¹³⁷ Akman (n 99) 96.

¹³⁸ C-6/72 *Continental Can v Commission* para 26; C-280/08 P *Deutsche Telekom v Commission* para 176.

¹³⁹ Nazzini (n 128) 45 og 153.

¹⁴⁰ Nazzini (n 128) 16-17.

er også viktige, prinsipielle forskjeller mellom totalvelferd og konsumentvelferd, men for denne avhandlingens siktemål er det tilstrekkelig å slå fast at begge skal maksimere økonomisk effektivitet. Uenigheten rundt hva som er riktig målestokk, og hvordan man skal måle dette, er diskusjoner som jeg lar ligge i denne omgang.

Rettskildebildet i EU-retten vedrørende konkurranserettsens formål er altså ikke fullstendig entydig.¹⁴¹ Uenigheten i juridisk litteratur skyldes trolig en kombinasjon av ulike slutninger fra henholdsvis traktatstekstene, uttalelsene fra EU-domstolen og forarbeidene, i tillegg til at det råder ulike syn på hva som rent normativt er det ideelle formålet for konkurranseretten. Et ytterligere moment er at økonomiske teorier, som konkurranseretten unektelig bygger på, kan endre seg over tid. Dermed kan også innholdet i reglene, inkludert reglenes målsettinger, endre seg uten aktive grep fra EU-lovgiver. Maksimering av konsumentvelferden har likevel ikke blitt avvist av EU-domstolen, og ved Kommisjonens håndhevelse er det utvilsomt konsumentvelferd som er formålet. Så selv om svaret ikke er fullstendig sikkert, legger jeg i det følgende til grunn at konsumentvelferd er et av EU-konkurranserettsens formål.

Et annet spørsmål er om, og eventuelt i hvilken grad, *rettferdighet* er et selvstendig formål med konkurranseretten.

På et generelt nivå kan rettferdighet forstås på to måter.¹⁴² Formell rettferdighet viser til fravær av fordommer eller diskriminering ved anvendelsen av regler eller ved fordelingen av ressurser. Her er det *prosessen* i seg selv som skal være rettferdig. Materiell rettferdighet sikter til utfallet av fordelingen av ressurser, hvor det samlede overskuddet på et gitt marked er rettferdig fordelt mellom produsenter og konsumenter. Både formell og materiell rettferdighet gir derfor anvisning på fordelingen av samfunnets ressurser. Hovedforskjellen er at formell rettferdighet ikke sier noe om hva som er et rettferdig utfall, bare hva som utgjør en rettferdig fordelingsprosess.

I juridisk litteratur er det presentert en rekke ulike synspunkter på rettferdighetens betydning i konkurranseretten.¹⁴³ Ett synspunkt er at rettferdighet er et middel for å maksimere det samfunnsøkonomiske overskuddet på lang sikt, og at selskapene derfor skal få konkurrere på likefot uten å bli ekskludert av dominerende foretak som følge av andre grunner enn overlegen effektivitet.¹⁴⁴ Under denne synsvinkelen er rettferdigheten formell, og den legger ikke føringer for hva som er en rettferdig fordeling på kort sikt. I forlengelsen av dette kan ikke rettferdighet anses som et mål i seg selv, bare et middel for å maksimere det samfunnsøkonomiske overskuddet. Et lignende synspunkt er å finne under en ordoliberal synsvinkel: Ved å sette vernet av den økonomiske frihet som det overordnede målet med konkurranseretten, er det prosessen og markedsstrukturene som følger er beskyttelsesverdige. Den økonomiske friheten er ivaretatt når like konkurransemuligheter er

¹⁴¹ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 42.

¹⁴² Nazzini (n 128) 22; Akman (n 99) 159.

¹⁴³ Se blant annet Akman (n 99) 167; Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 27; Richard Whish og David Bailey, *Competition Law* (9. utg, OUP 2018) 23 (diskusjonen er ikke kommet med i 10. utgave); Parret (n 128) 74.

¹⁴⁴ Nazzini (n 128) 153.

sikret, og implisitt i dette ligger det at konkurransen er rettferdig.¹⁴⁵ Dermed er rettferdighet som et selvstendig, overordnet formål overflødig. I tillegg til disse to synspunktene, er det også hevdet at den europeiske konkurranseretten både verner om rettferdig konkurranse og om rettferdig omfordeling av samfunnets ressurser.¹⁴⁶

Håndhevingspraksis tyder samtidig på at rettferdighet har en plass i den europeiske konkurranseretten.¹⁴⁷ Uklarheten knytter seg først og fremst til hva rettferdighet egentlig er. I praksis fra både Kommisjonen, Underretten og Domstolen har «fairness» blitt forstått som absolutt nødvendighet, likhet, proporsjonalitet, transparens, objektivitet og forutberegnelighet i det kommersielle forholdet mellom det dominerende foretaket og dens kunder.¹⁴⁸

Rettferdighet kan altså sies å ha en plass i den europeiske konkurranseretten, men i realiteten er betydningen trolig tonet ned i takt med Kommisjonens «more economic approach».

Oppsummert må konkurranserettens hovedformål sies å være maksimering av konsumentvelferden. I tillegg skal konkurranseretten ivareta den europeiske markedsintegrasjonen, til tross for at hovedtyngden i konkurranseretten ligger på økonomisk effektivitet. Rettferdighet har en noe mer uklar rolle som selvstendig formål, og er i beste fall underordnet formålet om å maksimere konsumentvelferden. Med disse utgangspunktene i bakhånd, skal avhandlingen nå ta for seg formålene med DMA.

4.2.2. Hva er «contestability»?

Det overordnede formålet med DMA er å styrke det felles, indre marked ved å gi harmoniserte regler på tvers av EU.¹⁴⁹ De mer spesifikke formålene med DMA er å sikre «contestable» og «fair markets» i den digitale sektoren hvor portvokterne er til stede.¹⁵⁰

At forordningen skal sikre «contestable» digitale marked, innebærer at DMA er ment å senke etablerings- og ekspansjonsbarrierer, og videre gi konkurrenter mulighet til å utfordre portvokterne «on the merits of their products and services».¹⁵¹ DMA artikulere eksplisitt hva som blant annet er å anse som etableringshindringer, ved å liste opp nettverkseffekter, stordriftsfordeler og dataavlede fordeler.¹⁵² Oppstillingen i fortalen er ikke uttømmende, og manglende «contestability» kan dermed også oppstå som følge av høye irreversible kostnader («sunk costs»)¹⁵³ og høye byttekostnader for kunder («switching costs»)¹⁵⁴. Både nettverkseffekter, stordriftsfordeler, dataavlede fordeler, høye irreversible kostnader og

¹⁴⁵ Alfonso Lamadrid de Pablo, «Competition Law as Fairness» (2017) JECLAP 8(3) 147. Noe annerledes Akman (n 99) 153, som tar til orde for at ordoliberalismen ikke har presentert noe klart svar på hva som utgjør «fairness».

¹⁴⁶ Schweitzer (n 16); Parret (n 128) 74.

¹⁴⁷ O'Donoghue og Padilla (n 67) 11; Parret (n 128) 74.

¹⁴⁸ Akman (n 99) 156-157.

¹⁴⁹ DMA art. 1(1) og fortalen avsn. 7. Forordningen har derfor hjemmel i art. 114 TEUV. For en drøftelse av hvorvidt art. 114 er riktig rettslig grunnlag, se Lamadrid de Pablo og Fernández (n 17).

¹⁵⁰ DMA art. 1(1).

¹⁵¹ Fortalen avsn. 32.

¹⁵² Fortalen avsn. 32.

¹⁵³ Vektlagt i Kommisjonens vurdering av Intels dominans i COMP/C-3/ 37.990 *Intel*.

¹⁵⁴ Vektlagt i Kommisjonens vurdering av Microsofts dominans i COMP/C-3/37.792 *Microsoft* para 463.

høye byttekostnader kan karakteriseres som naturlige konkurranseutfordringer, ettersom de alle utgjør iboende karakteristikk i de relevante markedene, uavhengig av portvokterens markedsadferd.¹⁵⁵

I tillegg forutsetter DMA at portvokterens *adferd* kan redusere plattformenes og økosystemenes «contestability», ettersom DMA skal forby «practices by gatekeepers that are liable to increase barriers to entry or expansion».¹⁵⁶ Formålet om å fremme «contestability» på de digitale markedene handler altså ikke bare om å avdempe konsekvensene av de naturlige markeds karakteristikkene, men også om å forby portvokteradferd som vanskeliggjør etablering eller ekspansjon på enten tilbuds- eller etterspørselssiden av markedene.¹⁵⁷

«Contestability» handler for øvrig ikke bare om å senke etablerings- og ekspansjonsbarrierene på markedene for plattformtjenester. Forordningen er også ment å håndtere tilfeller hvor portvokterens markedsstilling er så fast etablert at konkurransen mellom plattformene ikke er effektiv på kort sikt, ved å styrke konkurransen *på* dem.¹⁵⁸ Et praktisk eksempel på dette er plattformene applikasjonsbutikker for smarttelefoner, hvor henholdsvis Play Store og App Store dominerer hvert sitt marked. Konkurransen mellom de to dominerende foretakene og deres konkurrenter, er preget av at Google og Apple har monopolisert hvert sitt marked for applikasjonsbutikker. Dette har i sin tur konsekvenser for konkurransen *på* plattformene, altså konkurransen mellom foretakene som leverer mobilapplikasjoner gjennom applikasjonsbutikkene, hvor også portvokteren er vertikalt integrert.¹⁵⁹ En av flere løsninger på problemene som oppstår i kjølvannet av denne kombinasjonen av monopol på oppstrømsmarkedet og vertikal integrering, er altså å fremme konkurransen *på* disse plattformene.

Dermed er det også klart at «contestability» relaterer seg til lave etableringshindringer på markedene for de sentrale plattformtjenestene (konkurranse mellom plattformer) og til lave etableringshindringer på plattformenes nedstrømsmarkeder (konkurranse på plattformene).¹⁶⁰

En uklarhet rundt formålet «contestability» er hvilken betydning effektivitetsgevinster har. Fortalen peker ut noen markeds karakteristikk som problematiske i et konkurranseperspektiv, uten å nevne at de samme karakteristikkene også medfører effektivitetsgevinster. Til tross for at fortalen ikke nevner effektivitetsgevinster i tilknytning til «contestability»-formålet, har enkelte forfattere tatt til orde for at «contestability»-formålet

¹⁵⁵ Se også O'Donoghue og Padilla (n 67) 155 flg.

¹⁵⁶ Fortalen avsn. 32.

¹⁵⁷ Noe annerledes Akman (n 16) 106, som synes å forutsette at hovedtyngden bak «contestability»-formålet er å håndtere «the structure and inherent features of the relevant markets».

¹⁵⁸ Fortalen avsn. 32, hvor det for øvrig skjedd en feil i oversettelsen av DMA: Den danske versjonen taler her om å «skabe konkurrence mellom platforme eller øge den». På den andre siden slår den engelske og den svenske versjonen fast at det er konkurransen *på* plattformene som på dette punkt er det overordnede målet. Samtidig slår den franske versjonen fast at «la concurrence interplateformes doit être créée ou renforcée», som oversatt betyr at det er konkurransen mellom plattformene som skal skapes eller styrkes.

¹⁵⁹ Se kap. 3.2.5.

¹⁶⁰ Se kap. 2.1.3.

skal forstås i lys av slike betraktninger.¹⁶¹ Et slikt standpunkt harmonerer dårlig med forordningens utvetydige utgangspunkt om at «contestability» handler om evnen til å *effektivt overvinne etablerings og ekspansjonsbarrierer på marked hvor portvokteren er til stede*. Så lenge det ikke er mulig å sette likhetstegn mellom effektivitetsgevinster og lavere etablerings- og ekspansjonsbarrierer, bør en være svært varsom med å lese «contestability»-formålet i lys av effektivitetsmålssettinger. Tausheten fra fortalen om effektivitetsgevinster sin relevans, bør heller tas til inntekt for at slike betraktninger ikke er relevante overhodet.¹⁶²

To andre nært beslektede spørsmål er om DMA forsøker å ivareta konkurransen i markeder som enda ikke har veltet, og om forordningen har som formål å skape konkurranse i markeder som allerede har veltet og dermed ikke lenger er «contestable». I relasjon til det siste spørsmålet, er fortalen tydelig på at forordningen skal «ensure contestability ... with respect to core platform services listed in the designation decision».¹⁶³ DMA skal altså fremme konkurranse på markedene for sentrale plattformtjenester (konkurranse mellom plattformer), og disse markedene har normalt veltet i favør av en enkelt aktør. Denne siden av «contestability»-formålet finner en også igjen i enkeltforpliktelser i art. 5 og 6. Et eksempel er art. 6(4), som tar sikte på å åpne opp markedene for mobilapplikasjonsbutikker, som i lang tid har vært dominert av henholdsvis Alphabets Play Store og Apples App Store.¹⁶⁴ Her er altså formålet å tilrettelegge for at brukerne reelt kan bytte mellom ulike applikasjonsbutikker, eller eventuelt bruke flere av dem parallelt («multi-homing»). Med andre ord skal DMA fremme konkurranse i markeder som har veltet i favør av en portvokter, og dermed motvirke de naturlige konkurranseutfordringene i disse plattformmarkedene.

Spørsmålet om DMA skal ivareta konkurranse i markeder som enda ikke har veltet, kan også besvares basert på slutninger fra fortalen. Fortalen er eksplisitt på at DMA skal «ensure contestability ... with respect to *other digital products and services into which gatekeepers leverage their gateway position*» (min utheving).¹⁶⁵ I tillegg er det ingen holdepunkter for at DMA normativt skiller mellom manglende «contestability» her og nå, og «contestability» i fremtiden. Med andre ord skal DMA forhindre at tilgrensende marked til de sentrale plattformtjenestene med tiden får høyere etablerings- eller ekspansjonsbarrierer som følge av portvokterens dominans på plattformmarkedet. Også dette aspektet av «contestability»-formålet kommer til syne i enkeltforpliktelser i DMA. Et eksempel er forbudet mot selvfavorisering i rangeringsprosessen i art. 6(5), som forbyr at portvokterne favoriserer egne tjenester eller produkter i forhold til lignende tjenester eller produkter som tilbys av en tredjepart. Med dette er det klart at bestemmelsen skal tilrettelegge for etablering og ekspansjon på markeder hvor det i stor grad finnes effektiv konkurranse, men hvor det på

¹⁶¹ Alexandre de Stree, «DMA Compass» i Alexandre de Stree mfl, «Effective and proportionate implementation of the DMA» CERRE 2023 31 tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4323647.

¹⁶² Flere forfattere har uttrykt bekymring for at DMA er for «hensynsløs» når den ikke åpner for unntak fra forpliktelsene basert på effektivitetsgevinster eller konkurransefremmende begrunnelser, se særlig Akman (n 16) 111 og Schweitzer (n 16) 538.

¹⁶³ Fortalen avsn. 31 siste punktum.

¹⁶⁴ Se nærmere om art. 6(4) i kap. 5.6.

¹⁶⁵ Fortalen avsn. 31 siste punktum.

grunn av portvokterens mektige posisjon på plattformmarkedet er fare for at markedet etter hvert velter i favør portvokteren.

En siste avklaring i relasjon til «contestability»-formålet, er at det ikke bygger på «contestable markets theory», i alle fall ikke slik teorien opprinnelig ble presentert.¹⁶⁶ Denne teorien forutsetter at så lenge aktørene på markedet er under konstant trussel om etablering fra nye konkurrenter, vil markedsaktørene yte effektivt og konkurrere på pris.¹⁶⁷ Teorien taler dermed for en høyere inngrepsterskel enn det DMA legger opp til, ettersom DMA griper inn i både åpne og konkurransedyktige markeder. Uttrykket «contestable markets» har samtidig fått en noe videre betydning, og kan nå forstås som marked med lave etablerings- og utgangsbarrierer, hvor trusselen om etablering fra potensielle konkurrenter «significantly constrain the incumbent».¹⁶⁸ Denne forståelsen av uttrykket harmonerer bedre med DMAs mål om å sikre «contestability».

Oppsummert skal «contestability» forstås som et mål om å fremme konkurranse i portvokternes nærvær, både i relasjon til konkurransen om markedet, konkurransen på markedet og konkurransen på tilgrensende marked. Konsumentvelferdsstandarden er i det vesentlige lagt bort, og hovedfokuset er på å senke etablerings- og ekspansjonsbarrierene.¹⁶⁹ DMA vil i likhet med art. 102 forby portvokteradferd som kan skape, forsterke eller opprettholde etableringsbarrierene, men en viktig nyvinning er at DMA også skal håndtere etableringshindringer som eksisterer uavhengig av portvokterens adferd. «Contestability»-formålet er altså et mål om å tilrettelegge for både potensielle og eksisterende konkurrenter av portvokterne, og formålet legger seg tett opptil den ordoliberal tradisjonen som opphøyer *konkurransen i seg selv* som et mål.¹⁷⁰

4.2.3. Hva er «fairness»?

Uttrykket «unfairness» (heretter *urettferdighet*) skal i DMA forstås som «an imbalance between the rights and obligations of business users where the gatekeeper obtains a disproportionate advantage».¹⁷¹ Det er dermed klart at rettferdighet, i DMAs forstand, angår forholdet mellom bedriftsbrukere og portvoktere, og dermed primært konkurransen på plattformene.

Den underliggende bekymringen er at portvokterposisjonen og den tilhørende forhandlingsmakten forhindrer bedriftsbrukere i å «capture fully the benefits of their own contributions» og at portvokterne ensidig fastsetter «unbalanced conditions for the use of their

¹⁶⁶ Schweitzer (n 16) 506; Monti (n 12) 91-92. For en generell innføring i teorien, se William J. Baumol, «Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure» (1982) *The American Economic Review* 72(1) 1.

¹⁶⁷ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 22-23. Schweitzer (n 16) omtaler teorien som en «generalised assumption of a constant threat of short-term entry such that desirable welfare outcomes can be expected even in highly concentrated or monopolistic markets».

¹⁶⁸ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 23.

¹⁶⁹ I samme retning Schweitzer (n 16) 513-14.

¹⁷⁰ Se også Martin Peitz, «The Prohibition of Self-Preferencing in the DMA» CERRE 2022 6.

¹⁷¹ Fortalen avsn. 33.

core platform services». ¹⁷² En sentral del av rettferdighetsmålsettingen er derfor å forhindre at portvokterne avspiser bedriftsbrukernes overskudd, og målsettingen bærer videre preg av å være et mål om omfordeling mellom portvokterne og bedriftsbrukerne. ¹⁷³

Rettferdighetsmålsettingen er samtidig ikke begrenset til dette, ettersom fortalen taler om enhver ubalanse i forholdet mellom bedriftsbrukeren og portvokteren hvor portvokteren får en «disproportionate advantage». ¹⁷⁴

Enkelte forfattere har på dette punkt uttrykt bekymring for at DMA nærmer seg en normativt ubegrenset kontraktsregulering av portvokternes forhold til sine bedriftsbrukere. ¹⁷⁵

Bekymringen, og kritikken, retter seg mot mangelen på begrensende prinsipper, og at rettferdighetsmålsettingen går for langt i å fremme rettferdighet i forholdet mellom bedriftsbrukeren og portvokteren. Selv om rettferdighetsmålsettingen utvilsomt er bredt formulert, kan kriteriet likevel operasjonaliseres og konkretiseres mer enn kritikerne gir uttrykk for.

I den nærmere konkretiseringen av «fairness»-kriteriet, må en ta utgangspunkt i de to grunnkomponentene som fortalen oppstiller. Urettferdighet består av (1) en ubalanse mellom bedriftsbrukerens rettigheter og plikter og (2) at portvokteren oppnår en uforholdsmessig fordel som følge av denne ubalansen. ¹⁷⁶ Slik fortalen er formulert, må grunnkomponentene anses som kumulative. ¹⁷⁷ Men ettersom de samme omstendighetene i stor utstrekning vil oppfylle begge komponentene, er det hensiktsmessig å behandle dem samlet i det følgende. I tillegg vil en uforholdsmessig fordel i favør portvokteren normalt innebære en ubalanse mellom bedriftsbrukerens rettigheter og plikter, og det er dermed hensiktsmessig å ta utgangspunkt i den andre grunnkomponenten i «fairness»-kriteriet.

En uforholdsmessig ubalanse kan for det første foreligge selv om plattformtjenesten tilbys «free of charge to a specific group of users». ¹⁷⁸ En sentral konsekvens av dette er at urettferdighet kan foreligge selv om plattformtjenesten leveres gratis til sluttbrukeren og dermed gir kortsiktige effektivitetsgevinster. Presiseringen er en logisk konsekvens av at «fairness»-formålet i første rekke ivaretar bedriftsbrukerens interesser. I tillegg, og i likhet med «contestability»-formålet, distanserer den DMA og dens formål fra konsumentvelferdsstandarden.

Videre kan en uforholdsmessig ubalanse bestå i «discriminating against business users» særlig, men ikke utelukkende begrenset til, tilfeller hvor bedriftsbrukeren konkurrerer med tjenester levert av portvokteren. ¹⁷⁹ DMA tar derfor for seg prosessuell (formell) rettferdighet,

¹⁷² Fortalen avsn. 33.

¹⁷³ I samme retning de Streel (n 161) 30.

¹⁷⁴ For en mer snever forståelse av rettferdighetsmålsettingen, se de Streel (n 161) 30-31.

¹⁷⁵ Schweitzer (n 16) 521; de Streel (n 161) 30. Førstnevnte advarer mot å forstå «fairness»-formålet som et mål om omfordeling, uavhengig av implikasjonene for konkurranse og/eller totalvelferd.

¹⁷⁶ Fortalen avsn. 33.

¹⁷⁷ At komponentene er kumulative og ikke alternative, underbygges også av ordlyden i DMA art. 12(5)(b).

¹⁷⁸ Fortalen avsn. 33.

¹⁷⁹ Fortalen avsn. 33.

ved at konkurransen på plattformene mellom portvokteren og bedriftsbrukeren skal skje på like vilkår. Der portvokteren har mer gunstige konkurransevilkår enn bedriftsbrukerne vil det altså foreligge urettferdighet, med mindre det foreligger en saklig begrunnelse for forskjellsbehandlingen. Men der portvokteren diskriminerer mellom bedriftsbrukere, uten at portvokteren oppnår en fordel selv, er adferden tilsynelatende *ikke* problematisk i et rettferdighetsperspektiv, ettersom portvokteren i slike tilfeller ikke oppnår en «disproportionate advantage». Det er uklart hvorfor rettferdighetsstandarden ikke skal omfatte slike tilfeller, særlig i lys av at det er avdekket flere tilfeller hvor bedriftsbrukere utsettes for vilkårlig og diskriminerende adferd uten at portvokteren nødvendigvis oppnår nevneverdige fordeler av dette.¹⁸⁰ Likefullt utgjør kravet til en uforholdsmessig portvokterfordel en sentral begrensning av «fairness»-kriteriet.

Samtidig er det ikke nødvendig å påvise diskriminering for at adferden er å anse som urettferdig, ettersom urettferdig adferd også kan bestå i «excluding [...] business users».¹⁸¹ Dermed er også ekskludering av bedriftsbrukere, særlig på nedstrømsmarkeder hvor portvokteren er vertikalt integrert, å anse som urettferdig under DMA. Med andre ord har «contestability» og «fairness» delvis overlappende innhold, noe som innebærer at de ofte, men ikke alltid, vil trekke i samme retning.

Diskriminering og ekskludering av plattformtjenestenes bedriftsbrukere er som nevnt først urettferdig idet forskjellsbehandlingen eller ekskluderingen gir portvokteren en uforholdsmessig fordel. En slik uforholdsmessig fordel vil normalt foreligge der portvokteren påfører bedriftsbrukeren strengere eller mer ugunstige konkurransevilkår enn det portvokteren oppstiller overfor seg selv. I tillegg vil en uforholdsmessig fordel foreligge der det er ubalanse mellom den tjenesten portvokteren leverer til bedriftsbrukeren og den fordel portvokteren oppnår for denne tjenesten.¹⁸² Portvokteren kan naturligvis kreve vederlag for å levere sin tjeneste til bedriftsbrukeren, men ikke mer enn det som er forholdsmessig i lys av den portvoktertjenesten som tilbys. På denne måten tar DMA sikte på å sikre en forholdsmessig fordeling av overskuddet på plattformen mellom portvokteren og bedriftsbrukerne (materiell rettferdighet). Hva som nærmere utgjør en forholdsmessig fordeling, og hvordan man skal måle dette, er DMA derimot taus om. På dette punkt er det behov for presiseringer fra Kommisjonen, konkurranseøkonomien og EU-domstolen.¹⁸³

Avslutningsvis er det klart at «fairness»-formålet står på egne ben, til tross for at den har en tett tilknytning til «contestability»-formålet. Med andre ord kan portvokteradferden i prinsippet være uten innvirkning på markedenes «contestability», totalvelferd eller

¹⁸⁰ Se særlig The Netherlands Authority for Consumers & Markets, «Market study into mobile app stores» (2019) (ACM-rapporten) 109, tilgjengelig på tilgjengelig på <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf>.

¹⁸¹ Fortalen avsn. 33.

¹⁸² Se også fortalen avsn. 62.

¹⁸³ For noen økonomiske betraktninger om rettferdighetsstandarden i DMA, se Luís Cabral mfl, «The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts» Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021 30.

konsumentvelferd, men samtidig anses som urettferdig under DMA.¹⁸⁴ Særlig for den fremtidige regelutviklingen av DMA er det av stor betydning at «fairness»-formålet strekker seg lenger enn bare til rettferdig konkurranse mellom bedriftsbrukerne og portvokterne, men også videre til omfordeling mellom portvokteren og bedriftsbrukeren uavhengig av innvirkningen dette har på totalvelferd og konsumentvelferden.

Oppsummert kan rettferdighet i DMAs forstand forstås som både materiell og formell rettferdighet.¹⁸⁵ Rettferdighet inneholder en forventning om at overskuddet på plattformen fordeles proporsjonalt mellom portvokteren og bedriftsbrukeren, og en forventning om at portvokteren og bedriftsbrukeren konkurrerer mot hverandre på like vilkår. Urettferdighet kan foreligge selv om det ikke foreligger elementer av tvang, press eller annen utilbørlig adferd fra portvokterens side. Manglende «fairness» er altså ikke nødvendigvis en moralsk fordømmelse av portvokterens adferd, men heller en betegnelse på manglende proporsjonalitet i det kommersielle forholdet mellom portvokteren og bedriftsbrukeren.

4.2.4. Foreløpig sammenfatning

I lys av det som er sagt ovenfor må EU-lovgiver sies å ha rett i at DMA forfølger andre formål enn konkurranseretten.¹⁸⁶ Formålene til DMA går lenger enn konkurranseretten på flere måter, særlig ved å rette fokus vekk fra både total- og konsumentvelferdsstandarden og samtidig opphøye rettferdighet som et selvstendig og prinsipielt likestilt formål.

Ved å se bort fra totalvelferd og konsumentvelferd, plasserer «contestability»-formålet seg nærmere den ordoliberal tradisjonen, ettersom lave etablerings- og ekspansjonsbarrierer blir et mål i seg selv. På denne måten tar «contestability»-formålet et betydelig steg vekk fra konkurranseretten slik det i det vesentlige er blitt forstått de siste 20 årene.

Rettferdighet har liten selvstendig rolle som formål i konkurranseretten. DMA innfører på sin side en rettferdighetsmålsetting med innslag av både formell og materiell rettferdighet i forholdet mellom bedriftsbrukere og portvoktere. Selv om også konkurranseretten har elementer av rettferdighet i seg, er det kun i DMA en finner et uttalt mål om å skape mer rettferdig fordeling av overskuddet mellom portvokteren og bedriftsbrukeren. Konsekvensen av dette er at adferd kan være ulovlig under DMA, til tross for manglende konkurransebegrensende virkninger.

DMA trer likevel inn i det konkurransepolitiske landskapet gjennom å adressere en rekke konkurranseutfordringer som på sikt er antatt å være uheldig for konsumentenes valgfrihet og dynamisk effektivitet. Dermed er DMA også en anerkjennelse av at eksistensen av naturlige monopol ikke nødvendigvis er sunt for konkurransen i markedet, særlig ikke på lengre sikt. Samtidig, i lys av den noe åpne rettferdighetsstandarden under «fairness»-formålet, går DMA lenger enn konkurranseretten i å jevne ut maktforholdet mellom portvokterne og

¹⁸⁴ Annerledes de Streel (n 161) 30; Schweitzer (n 16) 514-14.

¹⁸⁵ I samme retning Petit (n 16) 549-550.

¹⁸⁶ Fortalen avsn. 11.

bedriftsbrukerne. Dermed er det også klart at DMA forfølger lignende, men likefullt andre formål enn konkurranseretten.¹⁸⁷ Det neste spørsmålet som oppstår er hvordan DMA skal ivareta disse formålene.

4.3. DMAs supplerende funksjon

4.3.1. Hvordan og i hvilken grad bør markeder reguleres?

Det er i hovedsak to måter lovgiver kan håndtere konkurranseutfordringer på, nemlig gjennom konkurranserett eller gjennom markedsregulering. Skillet mellom dem er ikke nødvendigvis skarpt, men grunnleggende sett ivaretar de to instrumentene ulike hensyn. Med andre ord er det flere motstridende hensyn som må avveies mot hverandre når lovgiver skal forfølge konkurransepolitiske målsettinger og håndtere konkurranseutfordringer.

I første rekke må hensynet til hurtig korrigerende av konkurranseutfordringene avveies mot hensynet til treffsikkerhet.¹⁸⁸ Mens førstnevnte relaterer seg til hvor lang tid det tar å få stanset eller endret en ulovlig adferd eller uønsket tilstand, relaterer sistnevnte seg til i hvilken grad intervensjonen reelt oppfylder reglens konkurransepolitiske formål. Høy treffsikkerhet i den enkelte sak gir størst sannsynlighet for riktig utfall, samtidig som dette krever grundigere etterforskning, saksbehandling og ofte domstolsbehandling. Grundighet tar tid, og går dermed på bekostning av hurtigheten.

I tillegg må forutberegnelighetshensynet avveies mot hensynet til fleksibilitet.¹⁸⁹ Forutberegnelighet relaterer seg til i hvilken grad reglens pliktsubjekter er i stand til å forutse sin rettsstilling, og innrette seg etter reglens påbud og forbud. Hensynet har tung forankring i EU-retten, og utgjør en grunnpilar i ethvert rettssystem bygget på demokratiske verdier. På den andre siden vil behovet for fleksibilitet medføre at reglene til en viss grad må abstraheres, slik at reglene kan fange opp ulike typetilfeller av adferd eller tilstander. Jo mer abstraksjon jo mer fleksibilitet, men samtidig tilsvarende mindre forutberegnelighet.

En tradisjonell inndeling av regelverk som håndterer konkurranseutfordringer, er som nevnt sontringen mellom konkurranserett og økonomisk markedsregulering (heretter bare *markedsregulering*).¹⁹⁰ Konkurranseretten består som kjent av art. 101 og 102 TEUV med tilhørende nasjonale forbud, samt fusjonskontrollen. Økonomisk markedsregulering er på sin side en samlebetegnelse for regelverk som i større eller mindre grad erstatter de frie markedskreftene i en bestemt sektor eller industri.

Markedsregulering vil, i sin tradisjonelle form, i større grad ivareta hensynet til hurtighet og forutberegnelighet enn konkurranseretten. Ettersom hurtighet og forutberegnelighet går på

¹⁸⁷ Annerledes Schweitzer (n 16) 521; Giuseppe Colangelo, «In fairness we (should not) trust. The duplicity of the EU competition policy mantra in digital markets» (2023) ICLE White Paper 15, tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4360057.

¹⁸⁸ Akman (n 16) 102.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Whish og Bailey (n 10) 1035; O'Donoghue og Padilla (n 67) 44-47; Dunne (n 6) 33-51.

bekostning av henholdsvis treffsikkerhet og fleksibilitet, er markedsregulering normalt forbeholdt industrier hvor vi med sikkerhet vet at de frie markedskreftene alene ikke gir tilfredsstillende konkurranse.¹⁹¹ De klassiske eksemplene er marked knyttet til jernbanenettet eller telekommunikasjonsnettet, hvor kontroll over infrastrukturen skaper såkalte flaskehalsmonopol¹⁹² som forhindrer konkurrenter på nedstrømsmarkedet.¹⁹³

Konkurranseretten er generelt mer fleksibel og mer treffsikker i den enkelte sak enn markedsregulering. Både art. 101 og 102, som i utgangspunktet kommer til anvendelse på alle marked og alle foretak, innehar vage formuleringer som gjør at bestemmelsene fanger opp et bredt spekter av uønsket og skadelig adferd. Dermed er bestemmelsene også egnet til å håndtere nye måter å drive konkurransebegrensende samarbeid eller misbruke markedsdominans på.¹⁹⁴ Ulempen er at håndhevelsen av bestemmelsene tar lang tid, særlig i misbrukssaker i digitale markeder hvor det er krevende å definere de konkrete markedene, markedsdominansen er bestridt og partene tvistes om påståtte effektivitetsgevinster.¹⁹⁵

4.3.2. Nærmere om markedsregulering

Konkurranseretten har som nevnt en vid innfallsvinkel når det kommer til hvilke økonomiske aktører og hvilke markeder som omfattes av forbudene. Samtidig er konkurranseretten generelt, og art. 102 spesielt, i liten grad egnet til å korrigere strukturelle konkurranseutfordringer, ettersom både art. 101 og 102 utelukkende rammer *adferden* til de økonomiske aktørene.¹⁹⁶ I markeder hvor mangelen på effektiv konkurranse skyldes andre grunner enn bare markedsaktørenes adferd, blir det gjerne tatt i bruk markedsregulering.¹⁹⁷ Det samme gjelder der de identifiserte konkurranseutfordringene ikke relaterer seg til økonomisk effektivitet, men heller distribusjonelle bekymringer eller strukturell markedsineffektivitet.¹⁹⁸

Markedsregulering er ikke legaldefinert i EU-retten, men forstås her som «public interventions which affect the operation of markets through command and control».¹⁹⁹ Hovedtrekket er at offentlige myndigheter positivt innfører unntak fra den frie markedsprosessen i en bestemt sektor.²⁰⁰ Markedsregulering handler altså om å pålegge markedsaktører i en nærmere bestemt industri eller bransje mer spesifikke plikter eller forbud enn det som følger av konkurranseretten. Slike plikter eller forbud kan blant annet legge

¹⁹¹ Se også Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 66; Whish og Bailey (n 10) 1035.

¹⁹² Monopolet karakteriseres som «flaskehals» ettersom det er umulig eller svært vanskelig for konkurrenter å etablere rivaliserende infrastruktur som er lønnsomt, samtidig som tilgang til infrastrukturen er nødvendig for at det skal være konkurranse, se Whish og Bailey (n 10) 1036.

¹⁹³ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 66.

¹⁹⁴ For et eksempel på fleksibiliteten til art. 102, se gjennomgangen av *Google Shopping* i kap. 3.2.3.

¹⁹⁵ Se også DMA, fortalen avsn. 5.

¹⁹⁶ Dunne (n 6) 42, 173, 175; OECD (2021), *Ex Ante Regulation in Digital Markets – Background Note*, DAF/COMP(2021)15 13, tilgjengelig på

[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2021\)15&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2021)15&docLanguage=En).

¹⁹⁷ Whish og Bailey (n 10) 1035.

¹⁹⁸ Dunne (n 6) 173-179.

¹⁹⁹ Jones, Sufirin og Dunne (n 99) 66.

²⁰⁰ Dunne (n 6) 3.

begrensninger på pris, kvalitet eller kontraktsvilkår, pålegge enkeltaktører bestemte mandat, og/eller oppstille krav til ikke-diskriminerende tilgang til essensiell infrastruktur.²⁰¹ Samtidig er reglene normalt innrettet som påbud om en nærmere bestemt markedsadferd, i motsetning til konkurranseretten som i det vesentlige forbyr bredere kategorier av konkurranseskadelig adferd.²⁰² Grovt skissert handler markedsregulering om å erstatte de frie markedskreftene, mens konkurranseretten skal underbygge eller ivareta dem.²⁰³

Markedsregulering vil ofte forfølge de samme formålene som konkurranseretten.²⁰⁴ Formålslikheten kommer særlig til syne der markedene reguleres som følge av liberalisering og privatisering av markeder som har vært underlagt statlige monopol.²⁰⁵ Formålslikhet er likevel ikke en nødvendighet, og det finnes eksempler på markedsregulering som forfølger andre formål enn økonomisk effektivitet.²⁰⁶ Selv om det ofte er stor formålslikhet mellom konkurranseretten og markedsregulering, skiller markedsregulering seg fra konkurranseretten på andre måter.

En forskjell som ofte trekkes frem er at markedsregulering normalt virker *ex ante*, mens konkurranseretten normalt virker *ex post*.²⁰⁷ Med andre ord vil markedsregulering ofte danne et regelverk som skal forhindre markedssvikter fra å oppstå, mens konkurranseretten håndheves etter at den ulovlige adferden er avdekket.²⁰⁸ Selv om denne erkjennelsen danner et noe upresist utgangspunkt, er det egnet til å belyse at konkurranseretten er mer reaktiv overfor konkurransebegrensende adferd enn det markedsregulering er, ettersom adferden først kan sanksjoneres under art. 101 eller 102 der det ulovlige samarbeidet eller adferden er satt i verk.²⁰⁹ Markedsregulering er på sin side mer forebyggende ved å forsøke å forhindre at konkurranseskadelig adferd oppstår i utgangspunktet, gjennom en mer helhetlig og systematisk løsning.²¹⁰ Både utformingen av reglene og håndhevelsen av dem gjennom et uavhengig nasjonalt tilsynsorgan legger normalt strengere begrensninger på aktørenes økonomiske handlefrihet enn det man på generelt grunnlag kan utlede fra art. 102.

Den nærmere oppfølgingen fra nasjonale tilsynsorganer har en mer preventiv virkning enn forbudet i art. 102 av særlig to grunner. For det første har tilsynsmyndighetene normalt et mer

²⁰¹ Jones, Sufrin og Dunne (n 99) 66; Whish og Bailey (n 10) 1035.

²⁰² Dunne (n 6) 35; Akman (n 16) 101.

²⁰³ Dunne (n 6) 40.

²⁰⁴ Jones, Sufrin og Dunne (n 99) 67; Kevin Coates, *Competition Law and Regulation of Technology Markets* (OUP 2011) 7; Noe annerledes, Katalin J. Cseres, «Intersection of Competition and Regulation in Abuse of Dominance and Monopolization» i Pinar Akman, Or Brook og Konstantinos Stylianou, *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization* (Edward Elgar 2023).

²⁰⁵ Whish og Bailey (n 10) 1036; Jones, Sufrin og Dunne (n 99) 66.

²⁰⁶ Dunne (n 6) 174.

²⁰⁷ Jones, Sufrin og Dunne (n 99) 67; Barry Doherty, «Competition law and sector-specific regulation» (2001) CTLR 7(8) 225, 227.

²⁰⁸ Dunne (n 6) 43.

²⁰⁹ Skillet mellom markedsregulering og konkurranserett er likevel ikke svart/hvitt på dette punkt, ettersom også konkurranseretten har *ex ante*-virkninger i markedet. Både art. 101 og 102 har en forebyggende effekt ved at selskaper avstår fra å drive konkurransebegrensende adferd som følge av sanksjonstrusselen under art. 101 og 102. Samtidig har markedsregulering innslag av *ex post*-elementer, ettersom sanksjoneringen av overtredelser også her ofte må skje etter at ulovligheten har oppstått.

²¹⁰ Dunne (n 6) 44.

omfattende og detaljert innblikk i de relevante markedene enn det konkurransemyndighetene har.²¹¹ Mens konkurransemyndighetene i første rekke forfølger enkeltsaker på et bredt spekter av ulike marked, er nasjonale tilsynsmyndigheter som håndhever markedsreguleringer i større grad dedikert til ett markedssegment.²¹² For det andre vil et nasjonalt tilsynsorgan som håndhever markedsregulering normalt etablere mer detaljerte og skreddersydde plikter, og deretter overvåke at disse pliktene etterleves. I art. 102-saker vil adferdsmessige plikter kunne oppstilles som følge av en dominerende aktørs brudd på art. 102, men slike plikter kan kun oppstilles fra sak til sak og har mer begrenset virkning og omfang enn det som er mulig under markedsregulering.

Oppsummert har markedsregulering normalt en sterkere preventiv effekt og er mer *dirigiste* enn konkurranseretten.²¹³ I tillegg vil markedsregulering være bedre egnet til å fremtvinge endringer i markedsadferden raskere enn det art. 101 eller 102 er i stand til å gjøre.²¹⁴ Dette skyldes kombinasjonen detaljregulering, tettere oppfølging fra tilsynsmyndigheten og bedre muligheter for å ilegge sanksjoner og avbøtende tiltak raskt. På den andre siden kan markedsregulering ha flere uønskede konsekvenser, som å forstyrre sunn konkurranse, redusere investeringsvilligheten og fremtvinge økonomisk ineffektiv markedsadferd.²¹⁵

4.3.3. DMA: konkurranserett eller markedsregulering?

DMA skiller seg fra konkurranseretten på flere måter. Forpliktelsene i DMA er mer spesifikke og betingelsesløse enn det man på generelt grunnlag kan utlede fra art. 102. Forbudene i DMA kan karakteriseres som *per se* forbud, ettersom adferden som rammes er ulovlig uavhengig av konkurransebegrensende virkninger, effektivitetsgevinster eller andre rettfærdiggjøringsgrunner. I tillegg er både portvokterne og plattformtjenestene utpekt av Kommisjonen *før* en eventuell overtredelse finner sted. Dette gir sterke assosiasjoner til tradisjonell markedsregulering.

Samtidig skiller DMA seg fra tradisjonell markedsregulering på flere viktige punkter. For det første er det gjennom DMA ikke ett digitalt marked eller en spesifikk sektor som reguleres.²¹⁶ Forpliktelsene tar heller ikke sikte på å åpne opp markeder på ett spesifikt produksjonsledd, men heller på flere ledd i verdikjeden på et bredt spekter av digitale marked hvor det finnes store og viktige aktører (portvoktere). DMA har dermed et vesentlig mer mangfoldig tilfang av pliktsubjekter og markedssegmenter enn det man finner i den tradisjonelle markedsreguleringen.²¹⁷ Dermed kan DMA i større grad ligne på enhetsregulering («entity regulation»), ettersom forordningens forpliktelser i realiteten etableres for selskaper basert på deres relative viktighet på enkelte marked.²¹⁸

²¹¹ I noe samme retning, se Jones, Sufrin og Dunne (n 99) 67.

²¹² Dunne (n 6) 43.

²¹³ Jones, Sufrin og Dunne (n 99) 67.

²¹⁴ Akman (n 16) 88.

²¹⁵ O'Donoghue og Padilla (n 67) 44.

²¹⁶ Se også Akman (n 16) 103.

²¹⁷ Akman (n 16) 103-104.

²¹⁸ Ibid. 104.

Den andre grunnen til at DMA skiller seg fra tradisjonell markedsregulering er at DMA i stor utstrekning oppstiller negative forpliktelser (forbud), i motsetning til tradisjonell markedsregulering som primært etablerer positive forpliktelser (påbud).²¹⁹ Forskjellen er en naturlig konsekvens av at DMA skal adressere en rekke ulikeartede konkurranseutfordringer, i tillegg til å ivareta en relativt åpen rettferdighetsmålsetting. DMA skal åpne opp velte markeder, forhindre at markeder velter, samt ivareta og styrke konkurransen i markeder hvor portvokterne er til stede, herunder konkurransen på plattformenes nedstrømsmarkeder.²²⁰ Disse målsettingene kan vanskelig oppnås uten å etablere negative forpliktelser.

Samtidig vil en blanding av negative og positive plikter også gi en blanding av *ex ante* og *ex post* håndhevelse. Selv om DMA også skal forhindre at konkurransebegrensende adferd oppstår, vil håndhevelsen av forordningens negative plikter skje *etter* at den ulovlige adferden har funnet sted. Dette betyr likevel ikke at de negative pliktene ikke vil ha *ex ante*-virkninger, ettersom spesifikke *per se* forbud kombinert med tett oppfølging og veiledning fra Kommisjonen i stor utstrekning kan forhindre at de negative pliktene overtredes i utgangspunktet.

DMA kan altså ikke plasseres i én bås, ettersom forordningen fremstår som en hybridløsning mellom konkurranserett og tradisjonell markedsregulering. DMA kan dermed sies å være en regulatorisk nyskapning, samtidig som den bygger på erfaringer fra både art. 102 og tradisjonell markedsregulering. Sammenlignet med art. 102 gir DMA større grad av forutberegnelighet for både pliktsubjektene og andre berørte parter, samtidig som spesifikke *per se* påbud og forbud trolig vil forkorte håndhevelsesprosessen og gi hurtigere endringer i adferd og tilstander i digitale markeder tilknyttet plattformtjenestene.

Ulempen med denne innfallsvinkelen er at regelverket er mer statisk enn art. 102. DMA vil for eksempel ikke ramme adferd som ikke listes opp i art. 5 eller 6, eller adferd som foregår i relasjon til plattformer som ikke er listet opp som en sentral plattformtjeneste. Ettersom DMA skal regulere høyst innovative og dynamiske markeder, er det ikke usannsynlig at det vil oppstå tilfeller som er problematiske i lys av «contestability»- eller «fairness»-formålet, men som ikke rammes av forpliktelsene i art. 5 eller 6. Her vil en eventuell håndhevelse måtte skje i art. 102-sporet, før listen over forpliktelser oppdateres i medhold av DMA art. 19.

DMA risikerer ikke bare å ligge ett steg bak de dynamiske og innovative portvokterne, også overhåndhevelse er en risiko ved etablering av spesifikke *per se* påbud og forbud. Samtidig er det noe unaturlig å tale om «overhåndhevelse» i en kontekst der regelverket ikke utelukkende skal fremme effektiv konkurranse og økonomisk effektivitet. Ettersom rettferdighetsbetraktninger generelt, og en omfordelingstanke spesielt, har fått betydelig innpass i DMAAs normative fundament, er det ikke automatisk «overhåndhevelse» i tilfellene hvor adferden er ulovlig til tross for at den medbringer økonomiske effektivitetsgevinster eller på andre måter er positiv for konkurransen. I disse tilfellene kan det like gjerne være den

²¹⁹ Akman (n 16) 105.

²²⁰ Se kap. 2.1.3.

bredere «fairness»-målsettingen som har fått gjennomslag i regelverket. Sagt med andre ord, er ikke adferden nødvendigvis ulovlig fordi den er konkurranseskadelig. Ofte vil adferden heller være ulovlig fordi lovgiver mener den er urettferdig.

4.4. Avsluttende refleksjoner om DMAs formål og funksjon

Gjennomgangen i kap. 4.2 og 4.3 kan sammenfattes i tre hovedpunkter.

Det første hovedpunktet er at DMA ivaretar lignende, men likefullt andre formål enn konkurranseretten. DMA forfølger to likestilte, selvstendige og sammenvevde formål i «contestability» og «fairness». Formålslikheten til konkurranseretten medfører at DMA langt på vei vil ligge på linje med det normative fundamentet under konkurranseretten og art. 102, men dette er ikke en nødvendighet. Særlig DMAs sterke innslag av rettferdighet og manglende tilknytning til konsumentvelferdsstandarden frakobler forordningen fra konkurranseretten, noe som gjør at en bestemt adferd kan være ulovlig under DMA, men lovlig under art. 102.

I forlengelsen av dette er det også klart at DMA ikke er en overforenkling av art. 102.²²¹ Forordningen kan heller ses som en bredere og mer helhetlig tilnærming til konkurranseutfordringene i digitale markeder ved å oppstille unntaksløse påbud og forbud som skal adressere utfordringer som art. 102 ikke kan håndtere på egenhånd. Dette gjelder særlig målet om å forhindre at markedene velter i favør av en portvokter, og målet om å sikre en rettferdig fordeling av overskuddet mellom portvokteren og bedriftsbrukeren. Tilnærmingen er bredere ettersom de samme forpliktelsene gjelder på tvers av markedene hvor portvokterne er til stede, og mer helhetlig fordi påbudene og forbudene er ubetingede og gjelder for alle portvokterne.

Det andre hovedpunktet er at DMA og art. 102 vil fungere på både like og forskjellige måter. Funksjonen er mest lik der DMA etablerer negative forpliktelser (forbud) som også kan utledes fra art. 102. Her vil adferden naturligvis måtte korrigeres og eventuelt sanksjoneres etter at skaden er skjedd. Funksjonen hos de to regelverkene er samtidig ikke identisk, ettersom det er større sannsynlighet for at spesifikke *per se* forbud har sterkere og bredere *ex ante*-virkninger enn misbrukstypene under art. 102 har. I tillegg oppstiller DMA en rekke positive forpliktelser, noe som bare unntaksvis kan utledes fra art. 102.²²²

Den viktigste forskjellen mellom regelverkene funksjon må likevel være DMAs sterke preg av tradisjonell markedsregulering. Spesifikke påbud og forbud, kombinert med rapporteringsplikter fra portvokterne og regulatorisk dialog mellom Kommisjonen og portvokterne, gjør at DMA er bedre egnet til å senke etablerings- og ekspansjonsbarrierer som

²²¹ Tilsvarende Schweitzer (n 16); Monti (n 12).

²²² Se likevel kap. 3.2.2 om leveringsnektende eksklusjonsmisbruk.

ikke nødvendigvis skyldes misbruk fra portvokternes side.²²³ Like viktig er at denne korreksjonen kan skje raskt og på tvers av markeder.

Det tredje hovedpunktet er at art. 102 har stor selvstendig betydning ved siden av DMA-forpliktelsene. Fordelene med DMA kommer ikke uten ulemper, og fra et håndhevingsperspektiv må en ta til takke med art. 102 der DMA kommer til kort på grunn av forordningens manglende fleksibilitet. Dette punktet aktualiserer avhandlingens andre underproblemstilling, som tar for seg det konkrete forholdet mellom enkeltforpliktelser i DMA og misbrukstyper under art. 102 TEUV.

5. DMAs materielle supplement

5.1. Innledning

Med DMAs normative fundament som bakteppe, vil analysen nå gå over til å behandle enkeltforpliktelser i DMA art. 5 og 6, og sammenligne innholdet med art. 102 TEUV. Fremstillingen tar sikte på å belyse hvor regelverkene overlapper, hvor DMA går lenger enn art. 102 og endelig hvor det bare er art. 102 som påbyr eller forbyr en bestemt adferd. I tillegg vil fremstillingen ta for seg de enkelte DMA-forpliktelsesens funksjon, noe som krever et sideblikk til noen prosessuelle spørsmål.

Et viktig poeng innledningsvis er at det finnes noen fundamentale materielle forskjeller mellom DMA-forpliktelsene og art. 102 TEUV. DMA krever ikke at det påvises dominans innenfor et definert marked, og en trenger heller ikke påvise konkurransebegrensende virkninger for at adferden skal være ulovlig. I tillegg kan ikke portvokterne legge frem effektivitetsgevinster eller annen rettferdiggjøring av adferden. Selv om disse forskjellene er viktige utgangspunkt for sammenligningen av de to regelverkene, vil fremstillingen i kapittel 5 vise at forskjellene mellom de to regelsettene ikke nødvendigvis er så store.

For øvrig bygger den videre analysen på noen antagelser om hvilke aktører og tjenester som vil bli berørt av DMA. Antagelsene består først og fremst i at Alphabet, Facebook, Apple, Amazon og Microsoft blir utpekt som portvoktere, og at de største plattformtjenestene deres blir listet opp i utpekingsvedtaket. Disse antagelsene påvirker bare eksemplifiseringen som foretas for å gjøre gjennomgangen mer tilgjengelig og pedagogisk, og ikke innholdet i den rettslige argumentasjonen.

²²³ Se også Anne Witt, «The Digital Markets Act – Regulating the Wild West» (2023) CMLR 60(3) 625, 650.

5.2. DMA art. 6(5): *Per se* forbud mot selvfavorisering

5.2.1. Likebehandling i rangeringsprosessen

Lovgivers skepsis mot adferden som utspilte seg i *Google Shopping* finner nå blant annet uttrykk i DMA art. 6(5).²²⁴ Bestemmelsen lyder slik:

The gatekeeper shall not treat more favourably, in ranking and related indexing and crawling, services and products offered by the gatekeeper itself than similar services or products of a third party. The gatekeeper shall apply transparent, fair and non-discriminatory conditions to such ranking.

Bestemmelsens første punktum forbyr at portvokteren favoriserer sine egne tjenester og produkter. Enhver favorisering er ikke forbudt: Kun favorisering ved «ranking and related indexing and crawling» rammes, så lenge favoriseringen av portvokterens varer eller tjenester går på bekostning av tredjeparters «similar» (heretter *tilsvarende*) varer eller tjenester.

Et første spørsmål som må besvares er hva «ranking» nærmere bestemt innebærer, og hvilke plattformtjenester «ranking» foregår på. Ved å besvare dette spørsmålet vil bestemmelsens anvendelsesområde klargjøres, noe som er en nødvendig forutsetning for å redegjøre nærmere for innholdet i likebehandlingsplikten som art. 6(5) oppstiller.

Ordet «ranking» er legaldefinert i art. 2(22). Legaldefinisjonen er forholdsvis detaljert og teknisk, og det er ikke hensiktsmessig å drøfte rangeringsbegrepet inngående her. Det er tilstrekkelig å fremheve at «ranking» i DMA er sortering og etterfølgende fremstilling av søkerresultater, varer eller tjenester. Det er irrelevant *hvordan* søkerresultatene, varene eller tjenestene fremstilles. Så lenge det skjer en sortering og fremstilling, foreligger det «ranking».²²⁵ Fremstillingen kan altså bestå i en vertikal opplisting, visuell fremheving, vurdering eller andre former for relativisering av måten resultatene presenteres for sluttbrukeren. Fremstillingen trenger for øvrig ikke være visuell: Også der en virtuell assistent leser opp de aktuelle resultatene vil det foreligge «ranking».

Mer konkret kan rangering i DMAs forstand skje på to ulike måter. For det første vil «ranking» foreligge der «goods or services offered through online intermediation services, online social networking services, video-sharing platform services or virtual assistants» gis en «relative prominence».²²⁶ Dermed vil enhver fremstilling av varer og tjenester som leveres på de nevnte plattformtjenestene, hvor minst en vare eller tjeneste fremstilles mer prominent enn de øvrige, utgjøre «ranking».

For det andre kan «ranking» være resultatet av en forutgående søkeprosess. En slik rangering foreligger der en online søkemotor leverer søkerresultater, som videre presenteres, organiseres

²²⁴ T-612/17 *Google Shopping*. Andre DMA-forpliktelser som forbyr en form for selvfavorisering, er art. 6(2), 6(3) og 6(4).

²²⁵ Fortalen avsn. 52.

²²⁶ DMA art. 2(22).

eller kommuniseres av en plattformtjeneste.²²⁷ Det er for øvrig ikke bare ved den endelige rangeringen at portvokteren ikke kan favorisere sine egne tjenester eller produkter: Også indirekte favorisering ved den forutgående «indexing and crawling», altså under søkeprosessen som leder frem til den endelige rangeringen, vil rammes av art. 6(5).

5.2.2. Nærmere om favoriseringsbegrepet

Det ligger i rangeringens natur at noen søkerresultater, varer eller tjenester kommer bedre ut enn andre. At portvokterens ytelser fremstilles høyest, best eller på annen måte mer prominent, kan altså ikke være ulovlig i seg selv. Det som er forbudt under art. 6(5) er at portvokteren «*treat more favourably*» varer eller tjenester som den selv tilbyr. Spørsmålet videre er hva som ligger i dette uttrykket.

Favorisering i art. 6(5) skal forstås som «any form of differentiated or preferential treatment» i rangeringen eller i prosessen som leder opp til den.²²⁸ Dette gjelder både gjennom rettslige, kommersielle eller tekniske virkemidler.²²⁹ Det er altså ikke bare gjennom justeringer av algoritmer at portvokteren kan overtre forbudet: Enhver forskjellsbehandling i favør av portvokterens egne varer eller tjenester omfattes. Bestemmelsen må utover dette tolkes i lys av sitt formål, som forutsetningsvis er å forhindre at portvokterne «*undermine directly the contestability for those products or services on those core platform services, to the detriment of business users which are not controlled by the gatekeeper*» (min utheving).²³⁰ Forbudet skal altså primært senke etableringsbarrierene på nedstrømsmarkedene til de relevante plattformtjenestene, og dermed fremme konkurranse på plattformen.

Innholdet i favoriseringsbegrepet må videre leses i lys av art. 6(5) andre punktum, som slår fast at portvokteren skal anvende «*transparent, fair and non-discriminatory conditions to such ranking*». Et krav til ikke-diskriminering ligger i kjernen av forbudet mot favorisering av egne varer og tjenester, og innebærer at tredjepartene skal ha like forutsetninger for å rangeres like prominent som portvokterens. Parameterne som avgjør hvilken rekkefølge eller prominens søkerresultatene, varene eller tjenestene får i rangeringen, må altså likebehandle portvokteren og de øvrige tredjepartene som tilbyr sine varer eller tjenester på plattformen.²³¹ Kravet til likebehandling gjelder også for kriteriene som bestemmer det relevante innholdet forut for den endelige rangeringen, altså kriteriene under «*crawling*» og «*indexing*».

Spørsmålet er dermed når parameterne som rangeringsprosessen bygger på, likebehandler portvokteren og øvrige tredjeparter. Et minstekrav ved rangering basert på en søkemotor må være at parameterne er basert på *objektive kriterier* som i størst mulig grad er innrettet for å oppfylle eller treffe på den enkelte søkers individuelle ønske. Med andre ord er det søkerens

²²⁷ Presentasjonen, organiseringen eller fremstillingen må skje gjennom en online formidlingstjeneste, sosial nettverkstjeneste, videodelingsplattform, virtuell assistent eller online søkemotor (art. 2(22)). Et søkerresultat er responsen på et forutgående søk fra brukeren av søkemotoren (art. 2(23)).

²²⁸ Fortalen avsn. 52.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Fortalen avsn. 51.

²³¹ Fortalen avsn. 52 andre punktum.

presumptive ønske som må danne den normative standarden for hva som er objektive rangeringskriterier, og dermed for hva som er å anse som likebehandling. På dette punkt vil P2B-forordningen også oppstille nærmere krav til kriteriene.²³² Utover dette må utformingen av parameterne, og vurderingen av om disse oppfyller kravene i art. 6(5), skje i samarbeid mellom Kommisjonen og hver enkelt portvokter.²³³

Også ved rangeringer utenom søkemotorer må parameterne for å fremstilles mest prominent være basert på objektive kriterier. Men ettersom rangeringen ikke bygger på et forutgående søk fra sluttbrukeren, kan ikke kravet være at parameterne skal bestemmes ut fra den enkelte sluttbrukers ønske. Et praktisk eksempel er der sluttbrukeren blir gjennom en online markeds plass uten å søke etter bestemte varer eller tjenester. Også i slike tilfeller skal fremstillingen bygge på objektive kriterier, og verken direkte eller indirekte gi portvokterens varer eller tjenester en fordel.

Kravet til «non-discriminatory conditions» i art. 6(5) andre punktum kan gi opphav til forvirring. På den ene siden slår 6(5) første punktum fast at tilsvarende varer og tjenester skal likebehandles i rangeringsprosessen, mens et krav til «non-discriminatory» adferd bare krever at like tilfeller behandles likt *med mindre forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet*. Slik kravet til ikke-diskriminering generelt er å forstå i EU-retten, vil det altså i prinsippet åpne for å forskjellsbehandle tilsvarende varer eller tjenester, såfremt portvokteren kan påvise en objektivt saklig begrunnelse. En slik forståelse av art. 6(5) har også fått tilslutning i teorien.²³⁴

Denne forståelsen av art. 6(5) vil samtidig tømme essensen i første punktum for dets innhold. Første punktum nedlegger et eksplisitt forbud mot forskjellsbehandling av «similar» varer og tjenester, og fortalen er tydelig på at forbudet rammer «any form of differentiated or preferential treatment».²³⁵ En annen løsning er uansett vanskelig å forene med formålet om å senke etableringsbarrierene på plattformtjenestenes nedstrømsmarked. Det er derfor mer nærliggende å forstå DMA art. 6(5) første punktum som at den oppstiller et absolutt forbud mot forskjellsbehandling av tilsvarende varer eller tjenester. Kravet til ikke-diskriminering i andre punktum oppstiller ikke noe unntak fra første punktum, men fungerer heller som en presisering.

I tillegg til at forutsetningene for rangeringen ikke kan være diskriminerende, må de også være «transparent» og «fair». Formålet med de to kravene er å sikre at forbudet i art. 6(5) er effektivt.²³⁶ Særlig transparens er nødvendig for å sikre at det reelt sett ikke skjer en favorisering av portvokterens søkeresultater, varer eller tjenester. Transparens gir mulighet til kontroll, men enda viktigere gir det mulighet for tredjepartene til å innrette seg etter hvordan parameterne for rangeringsprosessen er bestemt, noe som er en grunnleggende forutsetning

²³² Regulation (EU) 2019/1150 (Forordning om rimelig forretningspraksis på plattformer).

²³³ Gjennom såkalt «regulatory dialogue» og Kommisjonens adgang til å spesifisere art. 6-forpliktelsene, jf. art. 8

²³⁴ Christophe Carugati, «How to implement the ban on self-preferencing in the Digital Markets Act» (2022)

Bruegel Policy Contribution 3.

²³⁵ Fortalen avsn. 52.

²³⁶ Fortalen avsn. 52 andre punktum.

for at de samme tredjepartene skal kunne konkurrere mot den vertikalt integrerte portvokteren. Ikke-diskriminerende parametere er av liten verdi for bedriftsbrukerne dersom bare portvokteren vet hva som skal til for å rangere mest prominent.

Hva angår kravet til transparens, er ikke DMA eksplisitt på hvilken informasjon portvokterne skal gjøre tilgjengelig. Andre steder i forordningen etablerer DMA mer spesifikke transparenskrav, slik som ved portvokternes opplysningsplikt overfor Kommisjonen i forkant av fusjoner i den digitale sektor.²³⁷ Online søkemotorer og formidlingstjenester (herunder online markedsplasser, bookingtjenester m.m.) er allerede underlagt et forholdsvis detaljert transparenskrav i P2B-forordningen art. 5(1) til 5(6).²³⁸ DMA synes å forutsette at de samme kravene skal gjelde for portvokterne i relasjon til DMA art. 6(5), til tross for at art. 6(5) ikke bare adresserer søkemotorer og formidlingstjenester, men også sosiale nettverkstjenester, videodelingsplattformer og virtuelle assistenter.²³⁹ Hvorvidt P2B art. 5 med tilhørende retningslinjer gir en tilstrekkelig presisering av innholdet i transparenskravet for disse plattformtjenestene gjenstår å se, ettersom Kommisjonen kan (og trolig bør) spesifisere dette kravet i medhold av DMA art. 8(2).

Endelig må forutsetningene for rangeringen være rettferdige. Rettferdighet, i DMAAs forstand, tar sikte på å sikre en forholdsmessig fordeling av overskuddet på plattformen mellom portvokteren og bedriftsbrukerne, samt å sikre like konkurransevilkår mellom dem.²⁴⁰ I lys av dette har kravet i art. 6(5) til at forutsetningene for rangeringen skal være «fair», liten selvstendig betydning ved siden av kravene til likebehandling, ikke-diskriminering og transparens. Kravet til «fair» rangeringsprosess får først selvstendig betydning der bedriftsbrukeren likebehandles med portvokteren, forutsetningene for denne prosessen er transparente, men portvokteren *likevel* oppnår en uforholdsmessig fordel i bedriftsbrukerens disfavør. Dette er først aktuelt der rangeringsprosessen gir bedriftsbrukeren en uforholdsmessig liten andel av overskuddet på plattformen.

5.2.3. Hva er «similar services»?

Kravet til likebehandling gjelder bare mellom portvokterens varer eller tjenester og «similar services or products of a third party».²⁴¹ Dersom det ikke er snakk om «similar» tjenester eller produkter, står portvokteren fritt til å rangere sine egne produkter eller tjenester mer prominent. Et eksempel på dette er prissammenligningstjenestene som rangerer øverst i resultatene når en sluttbruker legger inn søk etter varer i Google Search. Selv om disse tjenestene får en mer prominent plassering i søkeresultatene enn de generiske søkeresultatene, vil denne forskjellsbehandlingen være lovlig så lenge Alphabet likebehandler sin egen prissammenligningstjeneste med øvrige tilsvarende prissammenligningstjenester. Et

²³⁷ DMA art. 14(2).

²³⁸ Regulation (EU) 2019/1150 (Forordning om rimelig forretningspraksis på plattformer)

²³⁹ Fortalen avsn. 52 siste punktum.

²⁴⁰ Se kap. 4.2.3. En beskjeden dissonans mellom den generelle rettferdighetsmålsettingen og kravet til «fair» parametere i art. 6(5), er at art. 6(5) verner om *enhver* tredjepart, og ikke bare bedriftsbrukere.

²⁴¹ Uttrykket «third party» er ikke begrenset til bedriftsbrukere. Enhver tredjepart som tilbyr varer eller tjenester på den relevante plattformen er omfattet.

avgjørende spørsmål under art. 6(5) er altså når det foreligger «similar» tjenester eller produkter.

Konkurranseretten har lang erfaring med å identifisere og avgrense relevante produkt- og tjenestemarked, blant annet ved å vurdere produktenes eller tjenestenes substituerbarhet.²⁴² Selv om en slik vurdering utvilsomt vil kunne gi anvisning på hvorvidt det er naturlig å omtale to tjenester eller produkter som «similar», er det klart forutsatt at DMA *ikke* legger opp til slike vurderinger.²⁴³ Det er altså ikke nødvendig å vurdere tjenestenes substituerbarhet for å påvise at det foreligger to «similar» tjenester eller produkter under DMA art. 6(5). En annen sak er at «similar»-vilkåret vil være oppfylt dersom tjenestene eller produktene er substitutter for hverandre.

Ordet «similar» er ikke definert i DMA. Ordet legger opp til en sammenligning av to eller flere tjenester eller produkter, og kriteriet må dermed vurderes konkret i hver enkelt sak, i mangel på ytterligere presiseringer fra Kommisjonen. Det er naturligvis ikke mulig å angi kasuistisk hvilke tjenester eller produkter som er tilstrekkelig like til at de er å anse som «similar», da enhver tjeneste eller ethvert produkt som rangeres på portvokterens plattformtjeneste omfattes av likebehandlingskravet, såfremt de tilsvarer portvokterens egen tjeneste eller eget produkt.

Det er ulike syn i teorien på hvilke momenter som er relevante i «similar»-vurderingen. Ett synspunkt er at produktene eller tjenestene må gi sammenlignbare brukeropplevelser, og at tjenesten eller produktet tilbys eller kan tilbys av en tredjepart på frittstående grunnlag.²⁴⁴ Et annet synspunkt er at produktene og tjenestene må kategoriseres etter deres respektive hovedfunksjon.²⁴⁵ I mer uformelle fora er det foreslått et tredje alternativ, som er å vurdere hvilket formål og hvilken funksjonalitet tjenesten har for sluttbrukeren.²⁴⁶

Både den første og den siste forståelsen kan sies å ha forankring i forordningens fortale. I eksemplifiseringen av hva som kan utgjøre ulovlig favorisering i søkeresultatene som presenteres av en søkemotor, trekker fortalen frem situasjonen der produkter eller tjenester som er «considered or used by certain end users as a service *distinct or additional* to the online search engine» (min utheving) blir presentert sammen med søkeresultatene. I slike tilfeller er ikke produktene eller tjenestene lenger en del av søketjenesten, men i stedet et distinkt produkt eller en distinkt tjeneste som skal likebehandles med øvrige tilsvarende produkter eller tjenester. Uttalelsen slår ikke utvetydig fast hvilke momenter som er

²⁴² Se *Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law* para 7.

²⁴³ Fortalen avsn. 5.

²⁴⁴ Peitz (n 170) 8.

²⁴⁵ Carugati (n 234) 8.

²⁴⁶ Alba Ribera Martínez, «First Workshop on the DMA – This is not a Blueprint for the DMA: No Query is Similar to the Next» Kluwer Competition Law Blog (6. desember 2022), hvor forfatteren treffer oppsummerer hovedsynspunktene til blant annet Alphabets representant på «similar»-kriteriet under Kommisjonens workshop om DMA art. 6(5).

avgjørende i «similar»-vurderingen, men det er i det minste sluttbrukerens oppfatninger som skal danne utgangspunktet for sammenligningen.

Ettersom «similar»-kriteriet har et uklart innhold, kan det være fristende å la vurderingen inspireres av forbudet mot diskriminerende misbruk under art. 102(c) TEUV, som på sin side har flere momenter, utviklet i teori og praksis, til vurderingen av om «equivalent transactions» forskjellsbehandles av det dominerende foretaket.²⁴⁷ En vesentlig forskjell mellom art. 102(c) og DMA art. 6(5) er at en under art. 102(c) skal sammenligne *transaksjonene* som er foretatt av det dominerende foretaket. Dette er en bredere sammenligning enn den «similar»-kriteriet i DMA art. 6(5) gir anvisning på, ettersom sistnevnte bare skal ta for seg likhetene og forskjellene mellom to tjenester eller produkter. På den andre siden er et bredt spekter av momenter relevante under art. 102(c), som for eksempel de kommersielle omstendighetene rundt de aktuelle transaksjonene og deres nærhet i tid.²⁴⁸ Så lenge disse momentene ikke forteller noe om de spesifikke produktene eller tjenestenes likheter og forskjeller, kan de ikke være relevante i vurderingen under DMA art. 6(5).

Selv der det er mulig å utlede tilsynelatende relevante momenter fra praksis under art. 102(c), bør en være svært varsom med å la art. 102 styre presiseringen av DMA. Uten klarere holdepunkter i DMAs lovtekst og fortale, bør innholdet i «similar»-kriteriet heller presiseres av Kommisjonen basert på hva som i tilstrekkelig grad vil gi lave etableringsbarrierer på nedstrømsmarkedene til plattformtjenestene. Presiseringen må altså ta utgangspunkt i «contestability»-formålet, *ikke* i hva som vil fremme totalvelferd eller forbrukervelferd.²⁴⁹

5.2.4. Forholdet til art. 102 TEUV

DMA art. 6(5) forbyr i hovedsak en mer spesifikk type selvfavorisering enn det som omfattes av det lignende forbudet under art. 102. Selvfavorisering under art. 6(5) er begrenset til online formidlingstjenester, sosiale nettverkstjenester, videodelingsplattformer, virtuelle assistenter og online søkemotorer. I tillegg er forbudet begrenset til selvfavorisering gjennom rangeringsprosessen, inkludert en eventuell forutgående «crawling» og «indexing». At art. 6(5) i hovedsak utgjør en spesifisering, innebærer videre at art. 102 og art. 6(5) i stor grad overlapper materielt.

Overlappen mellom DMA art. 6(5) og art. 102 illustreres av den avdekkede adferden i *Google Search (Shopping)*, hvor Alphabet justerte rangeringsalgoritmene slik at konkurrerende prissammenligningstjenester ble *degradert* i søkeresultatene, i tillegg til å presentere sin egen prissammenligningstjeneste i egne separate bokser øverst i søkeresultatene. *Begge* grepene som samlet sett utgjorde misbruk i *Google Shopping*, vil være ulovlig *hver for seg* under DMA art. 6(5), ettersom begge to utgjør favorisering av Google Shopping på bekostning av tilsvarende prissammenligningstjenester.

²⁴⁷ O'Donoghue og Padilla (n 67) 789-795.

²⁴⁸ O'Donoghue og Padilla (n 67) 792-795.

²⁴⁹ For en slik sammenblanding av formålene med DMA art. 6(5) og art. 102 TEUV, se Peitz (n 170) 23.

DMA art. 6(5) har samtidig et mer snevert anvendelsesområde enn art. 102. Begrensningene rundt art. 6(5) er viktige ettersom bestemmelsen oppstiller et ubetinget forbud, og går dermed lenger enn det flere økonomiske eksperter anbefalte i tiden mellom *Google Shopping* og utarbeidelsen av DMA.²⁵⁰ Hovedsynspunktet er at selvfavorisering i mange tilfeller kan ha positive innvirkninger på konkurransen, eller i det minste medbringe betydelige effektivitetsgevinster.²⁵¹ DMA art. 6(5) bygger på sin side på en antagelse om at selvfavorisering av varer og tjenester der portvokteren er vertikalt integrert, normalt vil øke etablerings- eller ekspansjonsbarrierene.²⁵² Bestemmelsen vil derfor også forby adferd som i enkelte tilfeller medbringer effektivitetsgevinster, og som av den grunn vil være lovlig under art. 102. I slike tilfeller vil adferden bare være ulovlig under DMA art. 6(5), og ikke art. 102 TEUV.

En viktig materiell forskjell fra art. 102 er at kriteriene under art. 6(5) er løsere formulert, og at adferden dermed lettere er ulovlig dersom bestemmelsen først kommer til anvendelse. For det første er avgrensningen av det relevante markedet byttet ut med «similar»-kriteriet, og sistnevnte er unektelig et løsere begrep enn markedsavgrensningen under art. 102. Kombinert med at art. 6(5) ikke er begrenset til å verne om portvokterens konkurrenter eller bedriftsbrukere, men i stedet verner om enhver «third party», vil art. 6(5) også ramme tilfeller hvor portvokterens adferd forsterker etableringsbarrierer på markeder som portvokteren ikke er til stede på. Art. 6(5) forbyr altså adferd som ikke nødvendigvis er «leveraging abuse».

For det andre er det noe diffuse kriteriet «competition on the merits» under art. 102 byttet ut med et absolutt krav til likebehandling under DMA art. 6(5). Avvik fra det sistnevnte kriteriet må på generelt grunnlag være lettere å påvise enn avvik fra «competition on the merits», ettersom «competition on the merits» må vurderes konkret i relasjon til det spesifikke plattformmarkedet, i tillegg til at forskjellsbehandling i prinsippet kan være «competition on the merits». Under DMA art. 6(5) er det tilstrekkelig å påvise at det foreligger en forskjellsbehandling mellom to eller flere tilsvarende tjenester.

DMA art. 6(5) er altså i stor grad en spesifisering, men også en forenkling av, misbruksvilkåret under art. 102. En konsekvens av dette er at DMA art. 6(5) også er *strengere* enn art. 102, når art. 6(5) først kommer til anvendelse. Det absolutte kravet til likebehandling og *antagelsen* om at adferden som forbys også er ekskluderende, innebærer at art. 6(5) forbyr adferd som ikke er ulovlig under art. 102. Samtidig innebærer kravet til rettfærdige rangeringskriterier, herunder den underliggende omfordelingstanken mellom bedriftsbrukeren og portvokteren, at art. 6(5) påbyr adferd som ikke kan påbys under art. 102.

Den materielle overlappen er likevel betydelig, og dermed er kanskje den viktigste nyvinningen med art. 6(5) at portvokteren årlig må rapportere til Kommisjonen om blant

²⁵⁰ Crémer mfl. (n 14) 65-68.

²⁵¹ Crémer mfl. (n 14) 65-68 flg; Peitz (n 170) 21-25 med videre henvisning til empiriske studier.

²⁵² Gjennom «similar»-kriteriet i art. 6(5) er forbudet begrenset til der portvokteren er vertikalt integrert og favoriserer sin egen tjeneste på nedstrømsmarkedet, og det er disse tilfellene som er mest suspekte i et konkurranseperspektiv. Se også Crémer mfl. (n 14) 66.

annet hvordan rangeringsparameterne likebehandler tredjeparters «similar» tjenester og produkter.²⁵³ Dette gir ikke bare Kommisjonen anledning til å avdekke parametere som forskjellsbehandler tjenester eller produkter. Slik rapportering gir også anledning til å sammenligne de ulike portvokternes parametere over tid. Dermed kan også Kommisjonen lettere identifisere avvik eller endringer i parameterne. Det er likevel ikke tale om forhåndsgodkjenning av endringer i parameterne for rangeringsprosessen, og eventuelle brudd på likebehandlingsplikten i art. 6(5) må håndheves *ex post*, i likhet med forbudet under art. 102.

5.3. DMA art. 5(4): *Per se* forbud mot *anti-steering*

5.3.1. Fri samhandling mellom bedriftsbrukere og sluttbrukere

DMA art. 5(4) etablerer et forbud mot *anti-steering*. Adferdstypen kjennetegnes av at portvokteren forhindrer bedrifts- og sluttbrukeren fra å samhandle utenfor portvokterens egen plattformtjeneste. Denne typen adferd har fanget både Kommisjonens og nasjonale konkurransemyndigheters oppmerksomhet tidligere, og er nå i stor utstrekning *per se* ulovlig under DMA art. 5(4).²⁵⁴

Bestemmelsen lyder slik:

The gatekeeper shall allow business users, free of charge, to communicate and promote offers, including under different conditions, to end users acquired via its core platform service or through other channels, and to conclude contracts with those end users, regardless of whether, for that purpose, they use the core platform services of the gatekeeper.

I korte trekk krever bestemmelsen at bedriftsbrukere tillates å kommunisere og inngå avtaler med sluttbrukere utenfor plattformtjenesten til portvokteren, såfremt sluttbrukeren er «acquired». I disse tilfellene kan ikke portvokteren legge begrensninger på bedriftsbrukerens markedsføring overfor sluttbrukerne, eller forhindre dem fra å inngå avtaler. Denne regelen gjelder selv i relasjonen mellom bedriftsbrukere og sluttbrukere som er skaffet gjennom plattformtjenesten til portvokteren. Regelen gjelder også uavhengig av om bedriftsbrukeren bruker den sentrale plattformtjenesten til det formål å inngå avtaler med sluttbrukere. Forbudet mot *anti-steering* gjelder i relasjon til alle plattformtjenestene som er listet opp i utpekingsvedtaket, og gjelder dermed i prinsippet for alle plattformtjenester som omfattes av DMA.

Forbudet mot *anti-steering* er en naturlig forlengelse av forbudet mot prisparitetsklausuler i DMA art. 5(3). Forbudet mot prisparitetsklausuler behandles ikke nærmere i denne avhandlingen, men innebærer i korte trekk at bedriftsbrukere skal tillates å tilby sine produkter eller tjenester gjennom andre distribusjonskanaler og til en lavere pris enn det produktene eller tjenestene tilbys for gjennom portvokterens formidlingstjeneste. I medhold

²⁵³ DMA art. 11(1).

²⁵⁴ Se nærmere om *Apple – App Store Practices* i kapittel 3.2.5.

av art. 5(4) skal altså bedriftsbrukeren stå fritt til å *promotere* slike tilbud, og inngå avtaler basert på dem.

5.3.2. Når er en sluttbruker «acquired»?

Et sentralt spørsmål i relasjon til art. 5(4) er når en sluttbruker er å anse som «acquired». Så lenge sluttbrukeren ikke er «acquired», står ikke art. 5(4) i veien for at portvokteren legger begrensninger på samhandlingen mellom bedriftsbrukeren og sluttbrukeren. Vilkåret oppstiller dermed et avgjørende skjæringspunkt for forbudets anvendelsesområde.

En sluttbruker er «acquired» når den har «entered into a commercial relationship with the business user and, where applicable, the gatekeeper has been directly or indirectly remunerated by the business user for facilitating the initial acquisition of the end user by the business user».²⁵⁵ En sluttbruker er derfor ikke «acquired» før den har inngått et forretningsforhold («commercial relationship») med bedriftsbrukeren. Et forretningsforhold foreligger klart der det er inngått en avtale mellom bedriftsbrukeren og sluttbrukeren. Ethvert kjøp av bedriftsbrukerens tjenester eller produkter innebærer altså at sluttbrukeren er å anse som «acquired», herunder kjøp av abonnement. I tillegg omfattes gratisytelser og gratis prøveperioder,²⁵⁶ noe som innebærer at det er tilstrekkelig at sluttbrukeren er registrert hos bedriftsbrukeren for at den skal anses som «acquired».

For øvrig må «acquired»-vilkåret forstås i lys av sitt formål, som forutsetningsvis er å forhindre at bedriftsbrukere blir gratispassasjerer på de sentrale plattformtjenestene. Portvokteren skal altså kunne kreve kompensasjon for å tilrettelegge for forretningsforholdet mellom bedrifts- og sluttbrukeren. Dette kompensasjonselementet i «acquired»-vilkåret kommer naturligvis ikke til anvendelse der sluttbrukeren og bedriftsbrukeren har inngått et forretningsforhold gjennom andre kanaler enn portvokterens sentrale plattformtjeneste, eller der portvokteren ikke tar betalt for å knytte sammen sluttbrukeren og bedriftsbrukeren.

Der portvokteren mottar vederlag fra bedriftsbrukeren for å tilrettelegge for etableringen av et forretningsforhold mellom bedriftsbrukeren og sluttbrukeren, er sluttbrukeren først å anse som «acquired» der portvokteren har mottatt et slikt vederlag.²⁵⁷ Vurderingen av om «acquired»-vilkåret er oppfylt må derfor foretas konkret i lys av det aktuelle kommersielle forholdet mellom bedriftsbrukeren og portvokteren, og i lys av den aktuelle oppgjørsmåten dem imellom.

Et praktisk viktig eksempel på hva som er en «acquired» sluttbruker, er sluttbrukere av musikkstrømmetjenester. Uavhengig av om disse har gratis- eller betalingsabonnement, er disse å anse som «acquired» idet de er registrert som brukere hos bedriftsbrukeren.²⁵⁸ Dette gjelder som nevnt uavhengig av om portvokteren har tilrettelagt for avtaleinngåelsen mellom

²⁵⁵ Fortalen avsn. 40.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Fortalen avsn. 40 og formuleringen «has been directly or indirectly remunerated by the business user» (min utheving).

²⁵⁸ Forutsatt at portvokteren har mottatt sitt eventuelle vederlag.

leverandøren av strømmetjenesten og sluttbrukeren, for eksempel ved at sluttbrukeren har kjøpt tjenesten gjennom applikasjonsbutikken til portvokteren. Idet sluttbrukeren er registrert som kunde hos strømmetjenesten, kan altså ikke portvokteren legge begrensninger på kommunikasjonen og den fremtidige samhandlingen mellom bedriftsbrukeren og sluttbrukeren. Bedriftsbrukeren skal dermed fritt kunne promotere sine tjenester til denne sluttbrukeren, herunder promotere ytelser og tilbud som kan skaffes utenfor plattformtjenesten eller økosystemet.

Dersom sluttbrukeren ikke er «acquired», står ikke art. 5(4) i veien for at portvokteren legger begrensninger på samhandlingen mellom bedriftsbrukeren og sluttbrukeren. Dette er praktisk viktig på online markedsplasser, hvor bedriftsbrukerne kan være fristet til å kommunisere til sluttbrukerne at produktet eller tjenesten kan fås billigere i bedriftsbrukerens egne kanaler, før sluttbrukeren foretar sitt første kjøp. Bestemmelsen er altså ikke til hinder for at portvokteren forbyr denne typen kommunikasjon. Men idet sluttbrukeren har kjøpt en vare fra bedriftsbrukeren gjennom portvokterens online markedsplass, er det oppstått et forretningsforhold og sluttbrukeren er å anse som «acquired».²⁵⁹ Fra dette tidspunktet skal bedriftsbrukeren fritt kunne kommunisere med sluttbrukeren, og inngå nye avtaler gjennom sine egne kanaler.

5.3.3. Hva skal portvokteren tillate?

Idet sluttbrukeren er «acquired», skal portvokteren tillate at bedriftsbrukeren «communicate and promote offers» overfor sluttbrukeren, og at bedriftsbrukeren «conclude contracts» med sluttbrukeren. Bestemmelsen krever at portvokteren tillater et bredt spekter av ulike former for samhandling mellom bedrifts- og sluttbrukeren, uten ekstra kostnad for bedriftsbrukeren. Adgangen til å promotere alternative distribusjonskanaler ligger i kjernen av forbudet, men også enhver annen type kommunikasjon mellom bedrifts- og sluttbrukeren skal tillates.²⁶⁰

Utenom at tillatelsen fra portvokteren skal komme «free of charge», utelukker ikke ordlyden at tillatelsen fra portvokteren kommer med betingelser. Fortalen stenger imidlertid for at portvokteren legger noen som helst begrensninger på bedriftsbrukerens kommunikasjon og avtaleinngåelse med sluttbrukeren, da bedriftsbrukeren skal være «free to promote and choose the distribution channel ... for the purpose of interacting with any end users that those business users have already acquired».²⁶¹ Tillatelsen skal altså være betingelsesløs.

Et særlig spørsmål er når det foreligger en begrensning, og bedriftsbrukeren ikke lenger står fritt til å kommunisere, promotere sine produkter eller tjenester, promotere en annen distribusjonskanal eller inngå nye avtaler med sluttbrukeren. Forbudet i art. 5(4) rammer begrensninger på bedriftsbrukerens adgang til å kommunisere med sluttbrukerne, noe som betyr at portvokteren ikke kan legge føringer for *hvem* bedriftsbrukeren kan kontakte eller for *innholdet* i den aktuelle kommunikasjonen. Dette innebærer videre at portvokteren ikke kan

²⁵⁹ Forutsatt at portvokteren har mottatt sitt eventuelle vederlag.

²⁶⁰ Plikten er unntaksløs, og innebærer at selv usaklig kommunikasjon må tillates.

²⁶¹ Fortalen avsn. 40.

forhindre sluttbrukeren fra å motta informasjon fra bedriftsbrukeren. Et eksempel er tilfellene der portvokteren nedlegger uttrykkelige forbud mot at bedriftsbrukeren promoterer andre distribusjonskanaler enn portvokterens plattformtjeneste.²⁶²

Forbudet strekker seg samtidig lenger enn til å bare sikre fri kommunikasjon mellom bedrifts- og sluttbrukeren. Bedriftsbrukeren skal også være fri til å inngå avtaler med sluttbrukeren. Ethvert tiltak som vanskeliggjør en slik avtaleinngåelse, vil i prinsippet omfattes av forbudet. Her gjelder de samme prinsippene som ved kommunikasjonen: Portvokteren kan ikke legge føringer for *hvem* bedriftsbrukeren inngår avtaler med (så lenge de er «acquired») eller *innholdet* i disse avtalene.

Endelig er DMA art. 13(4) en viktig utvidelse forbudet i art. 5(4). Selv om portvokteren formelt tillater at bedriftsbrukeren kommuniserer og inngår nye avtaler med sluttbrukeren, finnes det utallige måter for portvokteren å forhindre at sluttbrukeren flyttes over til en annen distribusjonskanal. Dersom denne adferden står i veien for en «effective compliance» av art. 5(4), vil den være ulovlig. Effektiv etterlevelse av art. 5(4) foreligger først der bedriftsbrukeren reelt og uten hindringer kan kommunisere med, promotere tilbud overfor og inngå avtaler med sluttbrukere som er «acquired». Eksempler på manglende *effektiv* etterlevelse av forpliktelsen er sanksjoner overfor bedriftsbrukeren som følge av at bedriftsbrukeren styrer sluttbrukerne over til sin egen distribusjonskanal, eller at portvokteren advarer, fraråder eller på andre måter påvirker sluttbrukerens evne eller vilje til å følge opp promoteringen fra bedriftsbrukeren. Også tekniske begrensninger på brukernes frie adgang til å kommunisere og inngå avtaler rammes av forbudet.

5.3.4. Forholdet til art. 102 TEUV

DMA art. 5(4) er i første rekke ment å forhindre at bedriftsbrukere blir ytterligere avhengig av portvokterens sentrale plattformtjeneste og å fremme såkalt «multi-homing».²⁶³ Forbudet skal altså forsterke sluttbrukernes muligheter til å ta informerte valg, og gjøre det lettere for sluttbrukerne å bytte fra plattformen den opprinnelig ble rekruttert på til en alternativ distribusjonskanal. På denne måten skal det også bli lettere for bedriftsbrukere å ekspandere på det relevante produktmarkedet, og dermed gjøre disse markedene mer «contestable». Den underliggende tanken er at sluttbrukerne ikke skal forhindres fra å utforske andre plattformer eller distribusjonskanaler, og at bedriftsbrukerne ikke skal være avhengig av den sentrale plattformtjenesten for å samhandle med sluttbrukerne. Såkalte «free rider»-problem avdempes til en viss grad gjennom «acquired»-vilkåret.

For å oppnå dette, oppstiller art. 5(4) et *per se forbud* mot *anti-steering*. Selv om denne adferden i teorien kan være ulovlig under art. 102 TEUV, må art. 5(4) likevel karakteriseres som en materiell nyvinning. Adferden som art. 5(4) forbyr kan i prinsippet falle inn under

²⁶² Se for eksempel Apple App Store Review Guidelines artikkel 3.1.1, som regulerer kjøp innad i appen. Siste setning første kulepunkt slår fast at «Apps and their metadata may not include buttons, external links, or other calls to action that direct customers to purchasing mechanisms other than in-app purchase, except as set forth in 3.1.3(a)» (lest 22. juni 2023).

²⁶³ Fortalen avsn. 40.

«unfair trading conditions» i art. 102 bokstav a, men det er flere grunner til at dette er en lite effektiv måte å slå ned på *anti-steering* klausuler som pålegges bedriftsbrukere. For det første, og kanskje aller viktigst, er det her ofte snakk om utnyttende misbruk som i liten grad prioriteres av konkurransemyndighetene. For det andre er læren om urimelige forretningsvilkår diffus og underutviklet. I sum gir dette også grobunn for fragmentert håndheving blant nasjonale konkurransemyndigheter.

Med andre ord er lovligheten av *anti-steering* under art. 102 høyst usikker. Denne usikkerheten blir ytterligere forsterket av den noe ubestemte og omstridte betydningen av *rettferdighet* under art. 102. En mangler altså både en klar normativ standard og operasjonaliserte kriterier for å få en tilstrekkelig forutsigbar rettstilstand på *anti-steering* under art. 102, og det er tilnærmet umulig å redusere brukernes avhengighet på tvers av ulike digitale markeder basert på art. 102(a). DMA art. 5(4) fungerer derfor som en *presisering*, sammenlignet med art. 102(a).

Kommisjonen tar i bruk kriteriene «necessary» og «proportionate» når den vurderer hvorvidt *anti-steering*-klausuler er ulovlige under art. 102(a).²⁶⁴ Disse kriteriene er illustrerende for hvor snevert nedslagsfeltet er for slike håndhevingssaker, ettersom *nødvendighet* og *proporsjonalitet* må vurderes konkret i det aktuelle kommersielle forholdet mellom portvokteren og bedriftsbrukeren. Håndhevelse av art. 102(a) har derfor liten effekt dersom målet er å skape større endringer i adferd hos ulike markedsaktører i ulike marked.

I lys av det som er sagt ovenfor, har art. 5(4) en supplerende funksjon i relasjon til art. 102 TEUV. Med art. 5(4) får man klarskårne og operasjonaliserte kriterier som kan knyttes til en tydelig normativ standard («contestability» og «fairness»). Proporsjonalitetsavveiningen er tatt av lovgiver på et mer generelt nivå, noe som gir lite fleksibilitet i den enkelte sak, men samtidig generaliserer nok slik at en større gruppe aktører rammes av det samme forbudet. Kombinert med portvokterens rapporteringsplikt overfor Kommisjonen, er art. 5(4) egnet til å skape adferdsendringen på tvers av de digitale markedene hvor portvokterne er til stede. Supplementet er til en viss grad materiell, men adferden som forbys i art. 5(4) kan i prinsippet også kan være ulovlig under art. 102(a). For eksempel vil *anti-steering* klausulene som er under etterforskning i *Apple App Store (music streaming)*, utvilsomt rammes av DMA art. 5(4).²⁶⁵

²⁶⁴ Se kap. 3.2.5.

²⁶⁵ Ibid.

5.4. DMA art. 5(8): Per se forbud mot koblingsalg av sentrale plattformtjenester

5.4.1. Tilgang til én og én plattformtjeneste

DMA art. 5(8) lyder slik:

The gatekeeper shall not require business users or end users to subscribe to, or register with, any further core platform services listed in the designation decision pursuant to Article 3(9) or which meet the thresholds in Article 3(2), point (b), as a condition for being able to use, access, sign up for or registering with any of that gatekeeper's core platform services listed pursuant to that Article.

Bestemmelsen forbyr, i korte trekk, at portvokterne kobler en av sine øvrige sentrale plattformtjenester til en plattformtjeneste som er listet opp i utpekingsvedtaket i medhold av DMA art. 3(9).²⁶⁶ Forbudet er ment å senke etableringsbarrierene på markedene for plattformtjenestene, ved å forhindre at bedrifts- og sluttbrukere blir låst til flere plattformtjenester der de søker tilgang til bare én.²⁶⁷ Det er også antatt av lovgiver at slike innlåsingseffekter gir datafordeler for portvokteren, noe som også er egnet til å forsterke etableringsbarrierene.²⁶⁸ Med andre ord er art. 5(8) ment å sikre markedstilgang på markedene for sentrale plattformtjenester, og må altså i første rekke forstås i lys av DMAs «contestability»-formål.²⁶⁹

5.4.2. Hvilke plattformtjenester er det forbudt å koble sammen?

Når en bedrifts- eller sluttbruker skal bruke, få tilgang til, melde seg inn eller registrere seg hos en plattformtjeneste som er opplistet i portvokterutpekingsvedtaket (heretter plattform A), kan ikke portvokteren kreve at brukeren registrerer seg eller abonnerer på en annen sentral plattformtjeneste (heretter plattform B) for å få den nevnte adgangen til plattform A. Fra dette utgangspunktet kan man utlede hvilke koblinger som er lovlige, og hvilke som ikke er det, under art. 5(8).

For at koblingen skal være ulovlig under art. 5(8) må tilgangsforespørselen fra bedrifts- eller sluttbrukeren være rettet mot en plattformtjeneste som er opplistet i utpekingsvedtaket. Dersom tilgangsforespørselen er rettet mot en tjeneste som ikke er positivt angitt i utpekingsvedtaket, vil en eventuell kobling mellom denne tjenesten og en annen plattformtjeneste være lovlig under art. 5(8). Dette gjelder selv om den tilknyttede plattformtjenesten (plattform B) står opplistet i utpekingsvedtaket.²⁷⁰

²⁶⁶ Det er altså ikke forbudt å kreve registrering/abonnering på den samme plattformtjenesten bedrifts- eller sluttbrukeren ønsker tilgang til.

²⁶⁷ Fortalen avsn. 44.

²⁶⁸ Fortalen avsn. 44. Se mer generelt om datafordeler i kap. 2.1.2.

²⁶⁹ Kap. 4.2.2.

²⁷⁰ Kommisjonen kan oppdatere utpekingsvedtaket for å inkludere nye plattformtjenester etter hvert som portvokterens øvrige plattformtjenester oppfyller vilkårene for utpeking, jf. DMA art. 4(1) og 4(2).

Der tilgangsforespørselen er rettet mot en plattformtjeneste som er opplistet i utpekingsvedtaket, vil en kobling bare være ulovlig dersom den tilkoblede plattformen (plattform B) er opplistet i utpekingsvedtaket *eller* overstiger terskelverdiene for antall aktive slutt- og bedriftsbrukere på plattformen i EU i medhold av DMA art. 3(2) bokstav b. Dette innebærer at dersom den tilkoblede plattformen ikke står opplistet i utpekingsvedtaket, må den ha minst 45 millioner månedlige aktive sluttbrukere i EU og minst 10 000 årlige aktive bedriftsbrukere i EU for at koblingen skal være ulovlig. Dermed er det klart at det bare er koblingssalg av de aller største plattformtjenestene som rammes av forbudet i art. 5(8).

At plattformtjeneste A må være listet opp i utpekingsvedtaket for at koblingen skal være ulovlig, gir assosiasjoner til art. 102 hvor koblingssalg først kan være ulovlig der foretaket har en dominerende stilling i markedet for det tilkoblende produkt/tjeneste.²⁷¹ Det som derimot ikke kreves i medhold av Microsoft-kriteriene er at den dominerende aktøren også har markedsdominans i markedet for det tilkoblede produktet. Dermed forbyr art. 102 koblingssalg som består i å utnytte markedsdominans på marked A til å befestе eller skaffe seg større markedsdominans på marked B. Slik er det derimot ikke under DMA art. 5(8), ettersom også den tilkoblede tjenesten (plattform B) må være opplistet i utpekingsvedtaket *eller* overstige terskelverdiene i art. 3(2) bokstav b for at koblingen skal være ulovlig. Art. 5(8) er dermed innrettet slik at den normalt (men ikke alltid) vil ramme tilfeller hvor portvokteren er dominerende på begge de relevante markedene. Bestemmelsen forbyr derimot ikke adferd som består i å utnytte markedsrett på marked A (hvor plattform A er dominerende) til å skaffe seg større markedsandel på et marked hvor portvokteren ikke har en stor plattformtjeneste.²⁷² Den forbyr heller ikke koblingssalg hvor den tilkoblede tjenesten ikke er en sentral plattformtjeneste, slik disse er definert i DMA.²⁷³ Koblinger mellom plattformtjeneste A og andre tjenester enn plattformtjenester, for eksempel Microsofts koblingssalg av operativsystemet Windows og medieavspilleren WMP, er altså lovlig under art. 5(8). Slike koblingssalg vil derimot i enkelte tilfeller rammes av DMA art. 6(3).²⁷⁴

Et spørsmål som ofte kan være krevende å ta stilling til under vurderingen av om koblingssalget er ulovlig under art. 102 TEUV, er om det foreligger et koblingssalg av to distinkte produkter eller tjenester. DMA art. 5(8) bygger på det samme prinsippet: Koblingssalget må være mellom plattformtjenesten som brukeren ønsker tilgang til (plattform A) og en «further» plattformtjeneste (plattform B). Identifiseringen av de to plattformtjenestene vil samtidig være vesentlig enklere enn under art. 102. Grunnen til dette er at forbudet i art. 5(8) bare rammer to typer koblingssalg: (i) koblingssalg av to eller flere plattformtjenester som alle på forhånd er opplistet av Kommisjonen i utpekingsvedtaket i medhold av DMA art. 3(9) og (ii) koblingssalg av en plattformtjeneste opplistet i utpekingsvedtaket og en annen sentral plattformtjeneste som oppfyller terskelverdiene for antall aktive slutt- og bedriftsbrukere. Med andre ord vil Kommisjonen normalt avgjøre hva som utgjør separate plattformtjenester i DMAs forstand før ulovligheten oppstår.

²⁷¹ Se kap. 3.2.1.

²⁷² Størrelsen målt i antall sluttbrukere og bedriftsbrukere i medhold av DMA art. 3(2) bokstav b.

²⁷³ Se DMA art. 2(2).

²⁷⁴ Se kap. 5.5.

5.4.3. Hvilke former for koblingssalg er forbudt?

For at det skal foreligge et ulovlig koblingssalg av plattform A og plattform B, må portvokteren «require» at bedrifts- eller sluttbrukeren «subscribe to, or register with» plattformtjeneste B. Et viktig utgangspunkt er altså at det ikke er ulovlig å kreve registrering eller abonnering på den plattformtjenesten som tilgangsforespørselen er rettet mot (plattform A). I slike tilfeller kan også registrering hos plattform A være *den eneste* registreringsløsningen som er tilgjengelig, uten at dette kommer på kant med art. 5(8).

Hva det vil si å «subscribe to» eller «register with» en annen plattformtjeneste vil normalt ikke by på tolkningsproblemer, og uttrykkene omfatter blant annet oppretting av brukerkonto eller bruker-ID hos plattform B²⁷⁵ og registrerings- og abonnementsløsninger der man automatisk blir registrert eller abonnent på flere plattformtjenester der en oppretter én brukerkonto.²⁷⁶ Særlig sistnevnte registreringsløsning er vanlig i digitale markeder: Med én og samme brukerkonto får sluttbrukeren normalt tilgang til en rekke av portvokterens plattformtjenester, og gjerne hele økosystemer. DMA art. 5(8) forbyr ikke at portvokterne tilbyr slike flere-i-en løsninger som sådan, men forbyr at slike løsninger er den *eneste måten* slutt- eller bedriftsbrukeren kan få tilgang til plattformtjeneste A på.

Uttrykkene «subscribe to» eller «register with» omfatter derimot ikke tilfellene der plattformtjeneste B er åpen for alle, uten at brukerne må melde seg inn som bruker eller kunde, eller på annen måte inngå i et avtalebasert abonnement på tjenesten. Dette innebærer at teknisk produkt- eller tjenesteintegrasjon normalt ikke rammes av forbudet.²⁷⁷ Et praktisk viktig eksempel er koblingssalg av nettlesere og søketjenester. Der sluttbrukeren legger inn et søk i nettleserfeltet på Google Chrome, går søket gjennom den generelle søketjenesten Google Search. Denne typen tekniske koblingssalg innebærer ikke at sluttbrukeren må «subscribe to» eller «register with» plattformtjenesten Google Search, og er derfor lovlig under DMA art. 5(8). På dette punkt har art. 5(8) et mer snevert anvendelsesområde enn art. 102, ettersom forbudet mot konkurransebegrensende koblingssalg utvilsomt også rammer tekniske integrasjoner.²⁷⁸ For ordens skyld betyr ikke dette at koblingssalg av Google Search og Google Chrome er ulovlig under art. 102: Eksempelet er kun ment som illustrasjon.

Hva det vil si å «require» registrering eller abonnering kan i større grad by på tolkningstvil. Verbet «require» må basert på en alminnelig forståelse innebære å oppstille en nødvendig eller obligatorisk betingelse. Lest i sammenheng med resten av art. 5(8), er det snakk om å oppstille en nødvendig betingelse for tilgang²⁷⁹ til plattform A. En betingelse for tilgang er først nødvendig der tilgangen ikke kan oppnås uten at omstendighetene eller forholdene som

²⁷⁵ For eksempel vil det være forbudt å kreve at sluttbrukeren oppretter en Facebook-konto for å få tilgang til Instagram.

²⁷⁶ For eksempel Amazon Prime, et abonnement hos Amazon.com som inkluderer både en videostømmingstjeneste og en online formidlingstjeneste (Amazon Marketplace).

²⁷⁷ Tilsvarende Petit (n 16) 536. Denne forståelsen harmonerer med art. 6(3), som synes å forutsette at denne typen koblingssalg i prinsippet kan være lovlig under DMA. Se nærmere om art. 6(3) i kap. 5.5.

²⁷⁸ Se kap. 3.2.1.

²⁷⁹ Herunder «use, access, sign up for or registering».

vilkåret gir anvisning på, foreligger. Dermed vil eksistensen av alternative vilkår, hvorav minst ett av vilkårene oppfylles uten å abonnere på eller registrere seg hos plattformtjeneste B, i utgangspunktet falle utenfor ordlyden «require». Det er for øvrig klare holdepunkter i DMA for at «require»-vilkåret må tolkes enda videre enn det den alminnelige språklige forståelsen av verbet indikerer.

Art. 5(8) må nemlig, i likhet med de øvrige forpliktelsene i art. 5 og 6, leses i lys av art. 13(4) som krever en «effective compliance» med DMA-forpliktelsene. Portvokterne kan ikke omgå påbudene eller forbudene, for eksempel på kontraktsmessige, kommersielle eller tekniske måter. De kan heller ikke ta i bruk adferdsmessige teknikker eller utforme grensesnittet på en måte som undergraver en effektiv etterlevelse av forpliktelsene. Adferd som «corresponds to the type of practice that is the subject of one of the obligations» vil ikke være «effective compliance».²⁸⁰ Dette gjelder særlig portvokteradferd som undergraver eller svekker brukerens autonomi, beslutningsprosess eller valg.²⁸¹

I forlengelsen av dette, og i relasjon til «require»-vilkåret i art. 5(8), vil adferd som «corresponds» (tilsvarer) med å oppstille abonnering eller registrering på plattform B som et nødvendig vilkår for tilgang til plattform A, rammes av forbudet. Der det i realiteten er oppstilt en nødvendig betingelse om å abonnere eller registrere seg hos plattform B, for eksempel fordi det er teknisk, kommersielt eller kontraktsmessig umulig å oppfylle ett av de andre alternativene, vil «require»-vilkåret være oppfylt, ettersom dette utvilsomt er reell tvang.

Den nedre grensen for når det foreligger reell tvang kan derimot ikke trekkes etter hva som er teknisk, kommersielt eller kontraktsmessig *mulig*. Annen portvokteradferd som fremstiller de øvrige abonnerings- eller registreringsalternativene på en måte som undergraver eller svekker bedrifts- eller sluttbrukerens reelle valgfrihet, vil også oppfylle «require»-vilkåret. Brukerens reelle valgfrihet kan begrenses på ulike måter, og naturligvis i ulik grad. Praktiske eksempler er å gjøre øvrige alternativer mer tidkrevende å forfølge, fremstille dem mindre prominent for sluttbrukeren, eller påføre brukeren ulemper som følge av at andre alternativer blir valgt.

Sammenlignet med Microsoft-kriteriene, ser «require»-vilkåret ut til å strekke seg lenger enn «coercion»-vilkåret. Selv om Underretten og Kommisjonen ved flere anledninger har lagt til grunn en forholdsvis liberal forståelse av «coercion»-kriteriet, er det lite sannsynlig at dette kriteriet kan strekkes så langt som det «require» gir anvisning på under DMA art. 5(8). Denne forskjellen skyldes i første rekke lovgivers forsøk på å forhindre omgåelser av DMA-forpliktelsene gjennom art. 13(4), og kravet til «effective compliance» med disse forpliktelsene. Selv en unøytral fremstilling av de ulike registrerings- eller abonneringsmulighetene overfor sluttbrukeren, i favør av plattformtjeneste B, vil oppfylle «require»-vilkåret i art. 5(8).²⁸² En slik fremstilling vil normalt ikke oppfylle «coercion»-

²⁸⁰ Fortalen avsn. 70.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² En unøytral fremstilling vil for eksempel kunne bestå av forskjellig plassering, ulik skriftstørrelse eller skriftstil.

kriteriet under Microsoft-testen, så lenge det reelt er mulig å få tilgang til plattform A uten å også få tilgang til plattform B.

5.4.4. Forholdet til art. 102 TEUV

Under DMA art. 5(8) er det *per se* forbudt å drive med koblingssalg av sentrale plattformtjenester som er eller kan bli listet opp i utpekingsvedtaket i medhold av art. 3(9). Forbudet forutsetter at det er tale om koblingssalg av to distinkte tjenester, og at koblingen skjer gjennom å kreve registrering eller abonnering på plattformtjeneste B. DMA art. 5(8) kan altså ses som et mer spesifikt *per se* forbud av det mer generelle forbudet mot ekskluderende koblingssalg under art. 102 TEUV. Det er altså nok en gang tale om overlappende regler.

En forskjell mellom de to bestemmelsene er at «require»-vilkåret ligner på, men strekker seg noe lenger enn, «coercion»-kriteriet i medhold av *Microsoft*-testen. Forskjellen må likevel ikke overdrives, ettersom «coercion»-vilkåret under art. 102 er tolket og anvendt noe liberalt i praksis. Rekkevidden til «require»-vilkåret i art. 5(8) innebærer likefullt at bestemmelsen forbyr adferd som vil være lovlig under Microsoft-kriteriene.

Utenom nyanseforskjellene mellom «coercion» og «require»-vilkårene, vil DMA art. 5(8) også ramme et mer snevert spekter av koblinger enn det art. 102 gjør. Den viktigste konsekvensen av dette er at DMA art. 5(8) normalt ikke rammer teknisk produkt- eller tjenesteintegrasjon, noe som er en vesentlig del i oppbygningen av portvokternes økosystemer. Tekniske koblingssalg må altså håndteres etter andre DMA-bestemmelser eller etter art. 102 TEUV, noe som illustrerer at ekskluderende koblingssalg under art. 102 fortsatt vil være en sentral misbrukstype ved siden av DMA art. 5(8).

Den tiltenkte funksjonen til DMA art. 5(8) illustrerer nok en gang hvordan DMA er bedre egnet til å fremtvinge adferdsendringer hos en rekke ulike aktører på en rekke ulike markeder betydelig raskere enn art. 102 TEUV. DMA art. 5(8) skal forhindre at portvokterne bruker sin markedsrett på markedet for plattformtjeneste A, til å forsterke eller ivareta sin markedsrett på markedet for plattformtjeneste B. Enda viktigere er det at bestemmelsen skal bidra til å forhindre innlåsingeffekter av bedrifts- og sluttbrukere i portvokternes økosystemer. I stedet skal brukerne reelt og effektivt få velge hvilke deler av økosystemet den ønsker å ta del i, og denne valgfriheten skal gi et tilsvarende mulighetsrom for konkurrerende plattformtjenester. Ettersom tekniske koblingssalg normalt faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, kan ikke art. 5(8) alene stå for en slik fragmentering av portvokternes økosystemer. Bestemmelsen vil likevel utgjøre et bidrag i denne retning, sammen med andre bestemmelser i DMA og eventuelt art. 102 TEUV.

5.5. DMA art 6(3): Påbud om å tillate avinstalleringer og endringer i standardinnstillinger

5.5.1. Valgfrihet og individuell tilpasning

Etter art. 6(3) første og andre ledd, plikter portvokterne å tilrettelegge for at sluttbrukerne kan foreta to ulike tekniske endringer av portvokterens operativsystem, virtuell assistent og nettleser. For det første må sluttbrukeren tillates å avinstallere enhver «software application» (heretter *applikasjon*) i operativsystemet.²⁸³ For det andre må sluttbrukeren tillates å endre standardinnstillingene i portvokterens operativsystem, virtuelle assistent og nettleser, såfremt innstillingene leder sluttbrukeren videre til produkter eller tjenester som tilbys av portvokteren.

Ettersom første og andre ledd inneholder hvert sitt selvstendige påbud, skal disse behandles hver for seg i punkt 5.5.3 og 5.5.4. I disse underkapitlene vil også ordlyden presenteres nærmere. Først skal det behandles et spørsmål som er felles for begge påbudene, nemlig hva som ligger i uttrykket «allow and technically enable»: Første ledd krever at portvokteren «allow and technically enable» sluttbrukeren til å avinstallere applikasjoner på portvokterens operativsystem, mens andre ledd krever at portvokteren «allow and technically enable» sluttbrukeren til å endre nærmere bestemte standardinnstillinger.

5.5.2. «allow and technically enable»

Et sentralt spørsmål i relasjon til art. 6(3) er altså hva som nærmere ligger i uttrykket «allow and technically enable». Innholdet i uttrykket utgjør en avgjørende del av plikten etter både første og andre ledd, men er ikke nærmere definert i DMA. Innholdet må derfor, likhet med øvrige tolkningsspørsmål i DMA, utledes basert på slutninger fra ordlyden i både art. 6(3) og omgåelsesklausulen i art. 13(4), samt forordningens formål om å sikre «fair» og «contestable» digitale marked.

Uttrykket oppstiller for det første en plikt for portvokteren til å *avstå* fra å legge begrensninger på sluttbrukernes mulighet til å avinstallere applikasjonene eller endre standardinnstillingene. For det andre oppstiller uttrykket en plikt for portvokteren til å *aktivt* tilrettelegge for at sluttbrukerne kan avinstallere applikasjonene eller endre standardinnstillingene. Samlet innebærer disse negative og positive elementene at det er portvokterens ansvar å sørge for at det er teknisk og praktisk mulig for sluttbrukerne å utføre de aktuelle endringene.

Kravet til graden av tilrettelegging må ses i sammenheng med vilkåret om at avinstalleringen og endringen i standardinnstillingene skal kunne skje «easily». Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at det er teknisk mulig for sluttbrukeren å avinstallere applikasjonen eller endre standardinnstillingen. De nevnte handlingene må i tillegg kunne utføres på så kort tid og med så lite innsats at målet oppnås «easily» for sluttbrukeren. Nøyaktig hvor raskt og enkelt avinstalleringen og endringen skal kunne skje, må vurderes konkret i relasjon til den aktuelle

²⁸³ En «software application» er «any digital product or service that runs on an operating system» (art. 2(15)).

tekniske enheten (mobiltelefon, datamaskin, nettbrett) og helst basert på empiriske data om brukervaner og brukeradferd.

Uttrykket må for øvrig forstås i lys av omgåelsesklausulen i art. 13(4), som forbyr portvokteradferd som «undermines effective compliance with the obligations». Den selvstendige betydningen til art. 13(4) er trolig ikke særlig stor ved siden av kravet i art. 6(3) til at handlingene skal kunne utføres «easily». Forbudet mot omgåelser er likevel aktuell der det teknisk sett er lett å avinstallere applikasjonen eller endre innstillingene, men sluttbrukerens valgalternativer i denne sammenheng fremstilles på en unøytral måte slik at terskelen for å utføre handlingen øker. Et praktisk eksempel på unøytrale fremstillinger av valgalternativer, er der portvokteren direkte eller indirekte advarer eller fraråder sluttbrukeren fra å utføre handlingen.

5.5.3. Adgangen til å avinstallere applikasjoner

DMA art. 6(3) første ledd lyder slik:

The gatekeeper shall allow and technically enable end users to easily un-install any software applications on the operating system of the gatekeeper, without prejudice to the possibility for that gatekeeper to restrict such un-installation in relation to software applications that are essential for the functioning of the operating system or of the device and which cannot technically be offered on a standalone basis by third parties.

I medhold av art. 6(3) første ledd, skal portvokteren tillate at sluttbrukeren avinstallerer applikasjoner fra portvokterens operativsystem. I praksis er denne bestemmelsen i første rekke relevant for sluttbrukere av smarttelefoner, nettbrett og personlige datamaskiner, ettersom det er slike enheter som har operativsystemer som trolig vil oppfylle de kvantitative kriteriene i DMA art. 3(2), og som samtidig gir muligheten til å installere «software applications».

De generelle utgangspunktene under uttrykket «allow and technically enable» er allerede gjort rede for. For å forstå det nærmere innholdet i forpliktelsen er det særlig to gjenstående spørsmål som må besvares: (1) Hva er det sluttbrukeren nærmere bestemt skal tillates å foreta seg og (2) hvilke applikasjoner skal kunne avinstalleres?

For å ta det første spørsmålet først: Bestemmelsen beskriver en positiv handling som sluttbrukeren skal være i stand til å foreta, nemlig avinstallering av applikasjoner. Uttrykket «un-install» er ikke legaldefinert i DMA, men må etter sin ordlyd innebære å fjerne eller slette en nærmere bestemt digital tjeneste eller et digitalt produkt. Ettersom det bare er denne positive handlingen portvokteren er forpliktet til å tillate og teknisk tilrettelegge for, forbyr ikke art. 6(3) første ledd forhåndsinstallasjoner av applikasjoner. Det eneste bestemmelsen krever er at applikasjonene kan avinstalleres.

I tillegg er bestemmelsen taus om sluttbrukerens adgang til å laste ned eller installere tredjeparters applikasjoner, noe som normalt er en forutsetning for at en sluttbruker skal være villig til å avinstallere de fleste applikasjoner. Sagt med andre ord vil det ofte være utilfredsstillende for en sluttbruker å avinstallere en applikasjon dersom etterspørselen ikke kan dekkes ved å laste ned en alternativ applikasjon. DMA art. 6(4) imøtekommer dette behovet, og utgjør dermed en naturlig forlengelse av art. 6(3) første ledd.²⁸⁴ Et praktisk eksempel er applikasjoner som gir karttjenester: Sluttbrukeren har i medhold av art. 6(3) rett til å avinstallere Google Maps fra sin Android-telefon, og i medhold av art. 6(4) rett til å laste ned Apple Maps.

Det andre spørsmålet er som nevnt *hvilke* applikasjoner sluttbrukeren skal kunne avinstallere. Bestemmelsen krever at sluttbrukeren skal kunne avinstallere «any software application». Ordlyden skiller ikke mellom portvokterens egne applikasjoner og tredjeparters applikasjoner, noe som innebærer at adgangen til å avinstallere gjelder uavhengig av hvem som er apputvikleren. For eksempel dersom Apple skulle gjenoppta med å forhåndsinstallere Google Maps på iPhone, noe som var fast praksis frem til lanseringen av iPhone 6,²⁸⁵ ville Apple vært forpliktet til å tillate sluttbrukerne å avinstallere denne applikasjonen.

For øvrig skal sluttbrukeren kunne avinstallere applikasjonen uavhengig av om den er forhåndsinstallert av utstyringsprodusenten eller om den er lastet ned av sluttbrukeren selv, ettersom applikasjonen i begge tilfeller er «on the operating system». Med andre ord skal sluttbrukeren enkelt kunne avinstallere *enhver* applikasjon i portvokterens operativsystem, med mindre applikasjonen er «essential for the functioning of the operating system or of the device».²⁸⁶

Plikten til å tillate avinstalleringer etter art. 6(3) første ledd gjelder imidlertid bare i relasjon til «the operating system of the gatekeeper». Dette vilkåret har særlig to implikasjoner for adgangen til å avinstallere applikasjoner. For det første vil portvokteren kunne handle i strid med forpliktelsen selv om den ikke produserer og selger enheten som applikasjonene er installert eller lastet ned på: Det avgjørende er om applikasjonen er installert i portvokterens *operativsystem*. Med andre ord vil Alphabet måtte overholde plikten etter 6(3) første ledd så lenge mobiltelefonen er utstyrt med operativsystemet Android, noe som omfatter de fleste smarttelefoner utenom iPhone. Alphabet må altså tillate at enhver applikasjon som er installert på for eksempel Samsung-, Nokia-, Motorola- eller OnePlus-smarttelefoner avinstalleres av sluttbrukeren.

For det andre innebærer det nevnte vilkåret at en portvokter kan forhindre at bestemte applikasjoner avinstalleres dersom de er installert i et operativsystem som leveres av et annet foretak. Et eksempel er dersom Microsoft inngår en eksklusivitetsavtale med en

²⁸⁴ Se kapittel 5.6.

²⁸⁵ ACM-rapporten (n 180) 50.

²⁸⁶ Plikten til å tillate avinstalleringer etter art. 6(3) første ledd er altså ikke absolutt. Unntaket er så snevert formulert at det trolig ikke vil omfatte mer enn applikasjoner som gir tilgang til enhetens og operativsystemets innstillinger, men dette unntaket må presiseres av Kommisjonen i samspill med dataingeniører.

datamaskinprodusent som selger datamaskiner med et operativsystem som *ikke* kjører på Windows, og Microsoft med dette sikrer egne applikasjoner eksklusiv tilstedeværelse på de aktuelle datamaskinene. Denne adferden vil ikke rammes av art. 6(3) første ledd, og må heller vurderes under art. 102.

5.5.4. Adgangen til å endre standardinnstillinger

DMA art. 6(3) andre ledd lyder slik:

The gatekeeper shall allow and technically enable end users to easily change default settings on the operating system, virtual assistant and web browser of the gatekeeper that direct or steer end users to products or services provided by the gatekeeper. That includes prompting end users, at the moment of the end users' first use of an online search engine, virtual assistant or web browser of the gatekeeper listed in the designation decision pursuant to Article 3(9), to choose, from a list of the main available service providers, the online search engine, virtual assistant or web browser to which the operating system of the gatekeeper directs or steers users by default, and the online search engine to which the virtual assistant and the web browser of the gatekeeper directs or steers users by default.

Første setning oppstiller den generelle plikten etter andre ledd: Portvokteren skal tillate at sluttbrukeren endrer standardinnstillingene på tre bestemte sentrale plattformtjenester,²⁸⁷ såfremt disse innstillingene styrer sluttbrukeren videre til andre produkter eller tjenester som tilbys av portvokteren. Andre setning presiserer når og hvordan portvokteren skal be sluttbrukeren om å ta stilling til hvilken søkemotor, virtuell assistent eller nettleser sluttbrukeren ønsker å sette som standard.

Det er bare operativsystemets, virtuelle assistenters og nettleseres «default settings» (standardinnstillinger) som sluttbrukeren har rett til å endre etter 6(3) andre ledd. Det første spørsmålet som må besvares i relasjon til andre ledd er dermed hva som skal anses som *standardinnstillinger*. Uttrykket «default settings» er ikke legaldefinert i DMA, men må etter sin ordlyd omfatte alle forhåndsbestemte parametere eller verdier som styrer hvordan en tjeneste eller et produkt fungerer. En standardinnstilling vil altså bestemme produktets eller tjenestens funksjon, uten at sluttbrukeren nødvendigvis selv aktivt har valgt denne funksjonen. Dette omfatter blant annet valget av hvilken søkemotor som tas i bruk når sluttbrukeren legger inn et søk i en virtuell assistent, eller valget av hvilken søkemotor som tas i bruk når sluttbrukeren legger inn et søk i nettleserfeltet i portvokterens nettleser. Andre standardinnstillinger kan være valget av hvilken musikkstrømmetjeneste som tas i bruk når sluttbrukeren ber den virtuelle assistenten spille av en sang, eller hvilke karttjenester som tas i bruk der sluttbrukeren ber den virtuelle assistenten finne raskeste vei til en bestemt destinasjon. Også kalender- eller timeplanfunksjoner omfattes: Der en kalender er satt som standard vil timeavtaler eller hendelser med et enkelt tastetrykk eller en stemmekommando raskt kunne legges til i kalenderen.

²⁸⁷ Standardinnstillinger på for eksempel online markeds plasser, sosiale nettverkstjenester og videodelingsplattformer plikter altså portvokteren ikke å tillate at sluttbrukeren kan endre.

Et særlig spørsmål i relasjon til «default setting»-vilkåret, er om innstillingen må være forhåndsbestemt av noen andre enn sluttbrukeren selv for at den skal anses som «default». Hvis svaret på dette spørsmålet er ja, vil det være lovlig for portvokteren å nekte sluttbrukeren i å endre innstillingen etter at sluttbrukeren har tatt sitt valg. Sagt med andre ord: Dersom innstillingen må være forhåndsbestemt av portvokteren eller mobilprodusenten for at innstillingen skal anses å være «default», vil forhåndsbestemte innstillinger være standardinnstillinger *frem til sluttbrukeren har gjort endringer i dem*. Etter dette skjæringspunktet er innstillingene egendefinerte, og i så fall oppstiller ikke art. 6(3) en plikt for portvokteren til å tillate endringer i dem.

En naturlig forståelse av ordet «default» tilsier at innstillingene er forhåndsbestemt av noen andre enn sluttbrukeren, ettersom det er unaturlig å tale om en forhåndsbestemt verdi eller parameter der sluttbrukeren selv har gjort endringer. Samtidig tar ordet «default» strengt tatt bare sikte på at verdien er forhåndsbestemt av *noen*, og ordlyden stenger derfor ikke for at også egendefinerte innstillinger er å anse som standardinnstillinger.

Det er den sistnevnte forståelsen av ordet som i størst grad vil senke etableringsbarrierene på de relevante markedene. Dersom sluttbrukeren «låses» til sitt valg av innstillinger, vil det bli vesentlig vanskeligere for nye og innovative tjenestetilbydere å konkurrere mot allerede etablerte portvoktertjenester. Av hensyn til nedstrømsmarkedenes «contestability», må altså sluttbrukeren kunne endre standardinnstillingene også etter at den har gjort endringer i dem. En annen løsning ville uansett vært problematisk i lys av forbudet mot omgåelser i art. 13(4), og konklusjonen kan altså ikke være tvilsom, til tross for at ordlyden ikke er fullstendig klar. Innstillinger som er forhåndsbestemt av portvokteren eller mobilprodusenten er altså å anse som «default settings» etter at sluttbrukeren har gjort endringer i dem.

Frem til nå har fremstillingen fokusert på hva som er «default settings». Det neste spørsmålet som oppstår, er *hvilke* standardinnstillinger som omfattes av plikten i art. 6(3) andre ledd første punktum. Det er nemlig bare standardinnstillingene i operativsystemet, den virtuelle assistenten eller nettleseren som «direct or steer» sluttbrukeren til andre tjenester eller produkter som omfattes av plikten. Med andre ord må sluttbrukeren styres fra den relevante plattformtjenesten til en distinkt tjeneste eller et distinkt produkt som tilbys av portvokteren. Normalt vil det ikke være problematisk å identifisere når sluttbrukeren styres over til en annen tjeneste eller et annet produkt, men tvilstilfeller vil kunne oppstå. I slike tilfeller vil det kunne være uklart hvorvidt sluttbrukeren fortsatt bare tar i bruk nettleseren eller den virtuelle assistenten, eller om standardinnstillingene flytter brukeren over til en distinkt tjeneste.

I tvilstilfeller må en ta utgangspunkt i bestemmelsens primære formål, som forutsetningsvis er å forhindre at portvokteren «favour its own or third-party services or products ... to the detriment of *the same or similar services that end users could obtain through other third parties*» (min utheving).²⁸⁸ Ettersom det er hensynet til alternative tjenesteytere som

²⁸⁸ Fortalen avsn. 49.

begrunner forpliktelsen i 6(3) andre ledd, blir det sentrale spørsmålet om sluttbrukeren styres til en tjeneste som er lik eller lignende på det som kan tilbys på en individuell basis av tredjeparter. Etersom art. 6(3) bygger på de samme hensynene som art. 6(5), nemlig «contestability» innad på plattformen, bør denne «similar»-vurderingen bygge på de samme momentene som under «similar»-vurderingen etter 6(5).²⁸⁹

Et siste spørsmål i relasjon til art. 6(3) andre ledd første punktum, er *hvem* sine produkter eller tjenester standardinnstillingene må styre sluttbrukeren videre til for at plikten skal komme til anvendelse. Svaret fremgår forholdsvis klart av både ordlyden og fortalen. Plikten til å tillate endringer av standardinnstillingene gjelder bare for innstillinger som styrer brukeren til produkter eller tjenester som er «provided by the gatekeeper». Med andre ord kommer art. 6(3) andre ledd bare til anvendelse på portvokterens proprietære produkter og tjenester. Fortalen understreker dette poenget ved å slå fast at portvokteren skal tillate endringer i standardinnstillingene der innstillingene «favour their own software applications and services».²⁹⁰ Dersom en tjeneste eller et produkt er satt som standard i operativsystemet, den virtuelle assistenten eller nettleseren, og denne tjenesten eller dette produktet leveres av en tredjepart, kommer ikke plikten i 6(3) andre ledd til anvendelse. Dette innebærer for eksempel at Apple ikke vil bli forpliktet til å tillate at sluttbrukerne setter en annen søketjeneste som standard i nettleseren Safari, ettersom standardsøketjenesten i Safari per dags dato leveres av Alphabet. Annerledes blir det for Alphabets egen nettleser, Google Chrome, som også har Google Search som standardsøketjeneste. Her vil Google i medhold av DMA art. 6(3) andre ledd første punktum være forpliktet til å tillate at sluttbrukeren endrer standardsøketjenesten i nettleseren.

Dermed er det også klart at art. 6(3) andre ledd første punktum i første rekke utgjør en begrensning på portvokterens adgang til å teknisk integrere sine egne tjenester og produkter i sine sentrale plattformtjenester, og ikke en begrensning på dens adgang til å teknisk integrere tredjeparters (herunder andre portvokters) tjenester og produkter.

DMA art. 6(3) andre ledd andre punktum er ikke særlig pedagogisk formulert, men gir en spesifisering av hva plikten etter første punktum *blant annet* innebærer. Mens første punktum regulerer enhver tjeneste eller ethvert produkt som sluttbrukeren styres til gjennom et operativsystem, en virtuell assistent eller en nettleser, regulerer andre punktum tilfellene der sluttbrukeren styres videre til tre bestemte sentrale plattformtjenester gjennom portvokterens operativsystem, virtuelle assistent eller nettleser. Der sluttbrukeren gjennom operativsystemet blir styrt videre til en søkemotor, en virtuell assistent eller nettleser, skal sluttbrukeren få valget mellom de viktigste tilgjengelige leverandørene av søkemotorer, virtuelle assistenter eller nettlesere. Det samme gjelder der sluttbrukeren gjennom portvokterens virtuelle assistent eller nettleser styres videre til portvokterens søkemotor: Her skal sluttbrukeren få valget mellom de viktigste leverandørene av søkemotorer.

²⁸⁹ Se kap. 5.2.3.

²⁹⁰ Fortalen avsn. 49.

Hovedforskjellen mellom første og andre punktum er at første punktum bare krever at endringene i standardinnstillingene skal kunne utføres på en lett måte for sluttbrukeren, mens andre punktum krever at portvokteren uttrykkelig anmoder sluttbrukeren om å ta stilling til hvilken søkemotor, virtuell assistent eller nettleser den ønsker å ta i bruk.

En uklarhet i andre punktum, som Kommisjonen bør presisere i medhold av DMA art. 8(2) andre ledd, er *når* sluttbrukeren skal anmodes av portvokteren om å ta stilling til hvilken tjeneste den ønsker å sette som standard. Bestemmelsen angir at dette skal skje ved sluttbrukerens «first use» av søkemotoren, den virtuelle assistenten eller nettleseren, men det er uklart hva dette vilkåret nærmere innebærer. En mulig forståelse er at anmodningen skal komme ved første bruk eller installasjon på en ny enhet.²⁹¹ En annen forståelse, som i større grad tar bestemmelsen på ordet, er at anmodningen skal komme første gang sluttbrukeren tar i bruk søkemotoren, den virtuelle assistenten eller nettleseren. I så fall er det ikke nødvendig å anmode sluttbrukeren om å ta standpunkt til standardinnstillingen på nytt dersom vedkommende for eksempel kjøper ny smarttelefon som kjører på samme operativsystem som den forrige.

5.5.5. Forholdet til art. 102 TEUV

DMA art. 6(3) første og andre ledd er igjen eksempler på spesialreguleringer av tilfeller der portvokteren bruker sin sentrale plattformtjeneste til å favorisere andre tjenester eller produkter som den selv yter. Favoriseringen skjer enten gjennom å sikre egne applikasjoner mer robust eller permanent tilstedeværelse i operativsystemet, eller gjennom å bruke operativsystemet, den virtuelle assistenten eller nettleseren til å styre sluttbrukeren videre til portvokterens tjenester eller produkter.

Adferden som forbys under art. 6(3) første ledd vil normalt karakteriseres som koblingssalg under art. 102 TEUV: Sluttbrukere som ønsker tilgang til portvokterens operativsystem blir tvunget til å også ta imot portvokterens applikasjon(er), og det var nøyaktig denne typen adferd som ble sanksjonert i *Microsoft*.²⁹² I stedet for et krav til dominans på markedet for operativsystemer, er kravet at applikasjonen er installert i et operativsystem som er listet opp i utpekingsvedtaket. I praksis innebærer dette at operativsystemene er så store og betydningsfulle at portvokterne også er dominerende på markedene for operativsystemer. Kravet til potensielle konkurransebegrensende eksklusjonsvirkninger under art. 102 er i DMA art. 6(3) første ledd byttet ut med antagelsen om at adferden forsterker etablerings- eller ekspansjonshindringene for tredjeparter som leverer like eller lignende ytelser. DMA art. 6(3) første ledd overlapper altså i stor grad med art. 102, såfremt koblingssalget skjer i relasjon til et operativsystem. I relasjon til koblingssalg, bringer altså art. 6(3) første ledd med seg lite nytt, sammenlignet med art. 102.

²⁹¹ Alexandre de Streel mfl, «Recommendations for the Effective and Proportionate DMA Implementation» i Alexandre de Streel (coord), «Effective and Proportionate Implementation of the DMA» CERRE 2023 19.

²⁹² Se kap. 3.2.1.

En sentral materiell begrensning i art. 6(3) første ledd, er at forbudet ikke forbyr forhåndsinstallasjoner.²⁹³ Dermed vil koblingssalg som MADAene i *Google Android* medførte, ikke være forbudt under DMA art. 6(3) første ledd. Bestemmelsen rammer heller ikke eksklusivitetsavtaler, slik som RSAene i *Google Android*, så lenge portvokteren sørger for at sluttbrukeren kan avinstallere applikasjonene som eksklusivt er forhåndsinstallert av mobilprodusenten.

Adferden som forbys under art. 6(3) andre ledd vil ofte være en form for koblingssalg. Dersom sluttbrukeren ikke er i stand til å endre standardinnstillingene vil bruken av operativsystemet, den virtuelle assistenten eller nettleseren normalt innebære at sluttbrukeren også må ta i bruk en annen tjeneste som leveres av portvokteren. Tvangen stammer fra den manglende muligheten til å endre standardinnstillingen, og at sluttbrukeren dermed ikke får bestemme hvilken tjeneste operativsystemet, den virtuelle assistenten eller nettleseren skal styre henne videre til. Denne typen koblingssalg har ikke fått særlig oppmerksomhet av konkurransemyndighetene, men det er ikke tvilsomt at slike tekniske koblingssalg kan være ulovlige under art. 102.

Både første og andre ledd skal primært åpne de aktuelle plattformtjenestene opp for alternative produkt- og tjenesteytere, og DMA art. 6(3) er dermed i første rekke ment å fremme konkurransen på disse plattformene. Sagt med andre ord skal bestemmelsen, gjennom å fremme sluttbrukernes valgfrihet, senke etablerings- og ekspansjonsbarrierene på nedstrømsmarkedene under markedene for operativsystem, virtuelle assistenter og nettlelere. Dette gjelder både på markeder som har veltet, for eksempel markedene for generelle søketjenester, men også på alle andre markeder som sluttbrukeren får tilgang til gjennom operativsystemet, den virtuelle assistenten eller nettleseren.

Selv om ordlyden i art. 6(3) er uklar på et par punkter, er det liten tvil om den viktigste essensen i de to forpliktelsene. Bestemmelsen er altså tilstrekkelig spesifikk til å ha *ex ante* virkninger i de relevante nedstrømsmarkedene, ettersom det raskt vil bli åpenbart om (1) sluttbrukerne kan avinstallere applikasjonene eller ikke og (2) om sluttbrukerne kan endre standardinnstillingene på de relevante plattformtjenestene. Den preventive effekten av art. 6(3) er altså trolig sterkere enn under art. 102. I tillegg er DMA art. 6(3) første ledd en viktig forutsetning for at DMA art. 6(4) skal være effektiv,²⁹⁴ og art. 6(3) første ledd har dermed en viktig funksjon til tross for at den i lys av Microsoft-saken til en viss grad slår inn åpne dører.

DMA art. 6(3) andre ledd er noe mindre spesifikk enn første ledd, men er samtidig en viktigere nyvinning. Selv om bruk av standardinnstillinger i prinsippet kan utgjøre ulovlig koblingssalg under art. 102, er det ingen håndhevingssaker fra verken Kommisjonen eller EU-domstolene som gir noen klare holdepunkter for at slik adferd er suspekt under art. 102. En konsekvens av dette er at sluttbrukere i stor grad styres gjennom standardinnstillinger i operativsystemet, virtuelle assistenter og nettlelere. Plikten i art. 6(3) andre ledd vil dermed i

²⁹³ Se kap. 5.5.3.

²⁹⁴ Se kap. 5.6 nedenfor.

større grad enn art. 102 medføre preventive *ex ante* virkninger, særlig der nye og innovative tjenester integreres i portvokterens operativsystem, virtuelle assistent eller nettleser: Ved å gi reell mulighet for sluttbrukeren til å endre standardinnstillingene, er det også mulig å forhindre at det nye markedet velter i favør av portvokteren. DMA art. 6(3) andre ledd har dermed klart en supplerende funksjon i forhold til art. 102 TEUV.

5.6. DMA art. 6(4): Påbud om å tillate *side loading*

5.6.1. Tilgang til tredjeparters distribusjonskanaler

DMA art. 6(4) krever at portvokteren tillater såkalt *side loading* av tredjeparters applikasjoner og applikasjonsbutikker. Uttrykket *side loading* er ikke et legaldefinert uttrykk, og brukes heller ikke i DMAAs lovtekst, men er generelt brukt som betegnelse på tilfeller hvor en sluttbruker installerer applikasjoner på en enhet uten å gå innom den offisielle distribusjonskanalen for applikasjoner.²⁹⁵ Slike handlinger er altså portvokteren forpliktet til å tillate i medhold av DMA art. 6(4).

DMA art. 6(4) første ledd lyder slik:

The gatekeeper shall allow and technically enable the installation and effective use of third-party software applications or software application stores using, or interoperating with, its operating system and allow those software applications or software application stores to be accessed by means other than the relevant core platform services of that gatekeeper. The gatekeeper shall, where applicable, not prevent the downloaded third-party software applications or software application stores from prompting end users to decide whether they want to set that downloaded software application or software application store as their default. The gatekeeper shall technically enable end users who decide to set that downloaded software application or software application store as their default to carry out that change easily.

Bestemmelsen oppstiller i første ledd to påbud og to forbud, og alle skal gjennomgås nedenfor. Forpliktelsen vil i praksis gjelde for portvoktere som har operativsystemer på listen over sentrale plattformtjenester i utpekingsvedtaket, og dermed i første rekke Apple, Google og Microsoft.

DMA art. 6(4) første ledd er en av få DMA-forpliktelse som ikke er unntaksløse. Etter både andre og tredje ledd er det oppstilt unntak fra første ledd, av hensyn til henholdsvis «the integrity of the hardware or operating system» (andre ledd) og «security in relation to third-party software applications or software application stores» (tredje ledd). Begge unntakene er svært snevre, og begge krever at eventuelle tiltak er «strictly necessary and proportionate». Unntakene vil ikke behandles i det følgende.

²⁹⁵ ACM-rapporten (n 180) 45.

5.6.2. Adgangen til å installere tredjepartsapplikasjoner og -applikasjonsbutikker

DMA art. 6(4) første ledd første punktum krever at portvokteren tillater at brukere installerer og tar i bruk tredjeparters²⁹⁶ applikasjoner og applikasjonsbutikker, såfremt applikasjonen eller applikasjonsbutikken bruker eller interagerer med portvokterens operativsystem.²⁹⁷ I tillegg skal brukerne få tilgang til disse tredjepartsapplikasjonene eller -applikasjonsbutikkene uten å måtte bruke portvokterens sentrale plattformtjenester. Første punktum tar både sikte på å forby urettferdig portvokteradferd og å fremme «contestability» på markedene for sentrale plattformtjenester.²⁹⁸ Første punktum må altså forstås i lys av begge DMA-formålene.

Et første spørsmål er *hvem* som skal kunne installere applikasjonene og applikasjonsbutikkene. Bestemmelsens primære målgruppe er naturligvis sluttbrukerne, ettersom det er disse som normalt installerer og tar i bruk applikasjoner og applikasjonsbutikker på smarttelefoner og personlige datamaskiner.²⁹⁹ Samtidig oppstiller art. 6(4) første ledd første punktum et krav om å tillate «the installation and effective use of third party software applications or software application stores», og avgrenser *ikke* plikten til å bare gjelde overfor sluttbrukere. Bestemmelsen er altså formulert vidt nok til å også gi mobil- og datamaskinprodusenter rett til å forhåndsinstallere tredjepartsapplikasjoner og tredjepartsapplikasjonsbutikker. Med andre ord skal en datamaskin- og mobilprodusent kunne forhåndsinstallere tredjepartsapplikasjoner og tredjepartsapplikasjonsbutikker, til tross for at disse tjenestene konkurrerer med portvokterens tjenester.³⁰⁰ DMA art. 6(4) kan dermed ses som en respons på eksklusivitetsavtalene i *Google Android*, hvor Alphabet gjennom standardkontrakter (RSAs) forhindret mobilprodusentene fra å forhåndsinstallere konkurrerende søketjenester.³⁰¹ Slike begrensninger vil være ulovlige under DMA art. 6(4) første ledd.

Særlig sluttbrukernes adgang til å laste ned, installere og ta i bruk tredjepartsapplikasjoner og -applikasjonsbutikker må forstås i lys av art. 13(4), som innebærer at både nedlastningen, installeringen og bruken skal være fri for kommersielle og tekniske begrensninger. I tillegg kan ikke portvokteren ta i bruk «behavioural techniques» eller «interface design» som undergraver en «effective compliance» med plikten etter art. 6(4).³⁰² Hva som nærmere ligger i kravet til effektiv etterlevelse av DMA-forpliktelsene, er gjort rede for i tidligere kapitler.³⁰³

²⁹⁶ Uttrykket «third-party services or products» (tredjepart) er ikke definert i DMA, men det er utvilsomt at uttrykket skal forstås som alle produkter og tjenester som ikke er portvokterens egne.

²⁹⁷ Om kriteriet «allow and technically enable», se kap. 5.5.2.

²⁹⁸ Fortalen avsn. 50.

²⁹⁹ Dette fremgår også implisitt av fortalen avsn. 50.

³⁰⁰ Det er mulig denne forståelsen vil møte motstand, ettersom *side loading* normalt brukes som betegnelse på sluttbrukeres adgang til å laste ned applikasjoner utenfor den offisielle distribusjonskanalen, og ikke mobilprodusenters adgang til å forhåndsinstallere tredjepartsapplikasjoner og -applikasjonsbutikker. Problemet med denne innvendingen er at den ikke tar ordlyden i DMA art. 6(4) første ledd på alvor, men heller baserer seg på innholdet i et uttrykk (*side loading*) som ikke en gang er nevnt i lovteksten.

³⁰¹ Se kap. 3.2.4.

³⁰² DMA art. 13(4).

³⁰³ Se kap. 5.2.2, 5.3.3 og 5.4.3.

De samme synspunktene gjør seg gjeldende i relasjon til kriteriet «installation and effective use» i art. 6(4).

Det er som nevnt bare applikasjoner og applikasjonsbutikker som er «using ... or interoperating with» portvokterens operativsystem, som skal kunne installeres og brukes. Et særlig spørsmål er om portvokteren er forpliktet til å gjøre operativsystemet sitt tilgjengelig for tredjeparters applikasjonsbutikker. Er portvokteren forpliktet til å gjøre operativsystemet sitt interoperabelt med tredjepartsapplikasjonsbutikker, og videre dele den nødvendige informasjonen til tilbydere av applikasjonsbutikker? DMA art. 6(4) oppstiller ingen slike plikter, men etter DMA art. 6(7) første ledd andre punktum vil portvokteren av et operativsystem være forpliktet til å effektivt tilrettelegge for interoperabilitet mellom *blant annet* tredjepartsapplikasjonsbutikker og operativsystemet, og portvokteren skal gi tilbydere av applikasjonsbutikker tilgang til operativsystemet.³⁰⁴ Dermed er etterlevelse av art. 6(7) en grunnleggende forutsetning for at adgangen til å installere konkurrerende applikasjonsbutikker etter art. 6(4) skal være reell.

Et siste spørsmål i relasjon til art. 6(4) første ledd første punktum, er *hvordan* sluttbrukeren skal få mulighet til å laste ned og installere de aktuelle applikasjonene og applikasjonsbutikkene. På dette punkt slår bestemmelsen fast at sluttbrukeren skal få tilgang uten å måtte bruke «the relevant core platform services of that gatekeeper». Uttrykket «the relevant core platform services» viser til enhver plattformtjeneste som er listet opp i utpekingsvedtaket, mens uttrykket «that gatekeeper» viser til portvokteren for det aktuelle operativsystemet. Dermed er det klart at portvokteren av operativsystemet som tredjepartsapplikasjonen eller -applikasjonsbutikken skal installeres på, ikke kan kreve at sluttbrukeren må ta i bruk en av portvokterens sentrale plattformtjenester opplistet i utpekingsvedtaket, for å få tilgang til de nevnte applikasjonene eller applikasjonsbutikkene.

Den viktigste konsekvensen av denne plikten, er at portvoktere av operativsystem skal tillate at sluttbrukeren laster ned tredjepartsapplikasjonsbutikker uten å gå innom portvokterens egen applikasjonsbutikk. Den mest nærliggende måten for portvokteren å overholde denne forpliktelsen, vil være å tillate og teknisk muliggjøre at sluttbrukeren laster ned applikasjonsbutikker fra internett gjennom nettleseren. For eksempel må Apple tilrettelegge for at sluttbrukere av iPhone, reelt og effektivt, kan laste ned tredjepartsapplikasjonsbutikker og tredjepartsapplikasjoner uten å gå innom Apple App Store, for eksempel gjennom nedlastninger fra internett gjennom nettleseren.

Første punktum legger med dette bare begrensninger på portvokterens adgang til å sette bruk av *sentrale plattformtjenester opplistet i utpekingsvedtaket* som vilkår for nedlastning og installasjon av tredjepartsapplikasjonen eller tredjepartsapplikasjonsbutikken. Bestemmelsen forbyr derimot ikke at portvokteren setter bruk av *andre tjenester* som vilkår for slik tilgang. Et eksempel på hva som faller utenfor forbudet er tilfellet der portvokteren krever at sluttbrukeren tar i bruk en applikasjonsbutikk som ikke er listet opp i utpekingsvedtaket, for å

³⁰⁴ Unntak følger av art. 6(7) andre ledd.

få tilgang til tredjepartsapplikasjonen eller tredjepartsapplikasjonsbutikken. Der portvokteren leverer en applikasjonsbutikk som *ikke* er opplistet i utpekingsvedtaket, trenger den altså ikke å tillate *side loading*.

5.6.3. Adgangen til å anmode sluttbrukere om å velge standardinnstilling

Etter DMA art. 6(4) første ledd andre punktum er det forbudt for portvokteren å

prevent the downloaded third-party software applications or software application stores from prompting end users to decide whether they want to set that downloaded software application or software application store as their default.

Bestemmelsen er en naturlig forlengelse av DMA art. 6(3) andre ledd, som på sin side krever at portvokteren tillater at sluttbrukeren gjør endringer i standardinnstillinger som styrer brukeren videre til portvokterens tjenester eller produkter.³⁰⁵ DMA art. 6(4) første ledd andre punktum tar denne plikten ett steg videre, ved å kreve at portvokteren tillater at tredjepartstilbydere av applikasjoner og applikasjonsbutikker spør sluttbrukeren om den ønsker å sette applikasjonen eller applikasjonsbutikken som standard. Der sluttbrukeren for eksempel laster ned en karttjeneste på en Google Android smarttelefon, kan ikke Alphabet nekte utvikleren av karttjenesten å anmode sluttbrukeren om den ønsker å sette den nedlastede karttjenesten som standard, på bekostning av Google Maps.

I tillegg til at tredjeparten skal kunne anmode sluttbrukeren om å sette applikasjonen eller applikasjonsbutikken som standard, skal portvokteren i medhold av art. 6(4) første ledd tredje punktum «technically enable» sluttbrukere til å utføre denne handlingen «easily». Denne plikten har selvstendig betydning ved siden av den lignende plikten i art. 6(3) andre ledd første punktum, ettersom sistnevnte bestemmelse bare kommer til anvendelse på endringer i standardinnstillinger som styrer sluttbrukeren videre til produkter eller tjenester som tilbys av portvokteren selv. DMA art. 6(4) første ledd tredje punktum kommer på sin side til anvendelse på alle tilfeller hvor en tredjepartstilbyder av en applikasjon eller en applikasjonsbutikk anmoder sluttbrukeren om den ønsker å sette applikasjonen eller applikasjonsbutikken som standard. For spørsmålet om hva som nærmere ligger i uttrykket «technically enable ... to carry out that change easily», vil betraktningene under det samme vilkåret i art. 6(3) være relevante.³⁰⁶

Et viktig spørsmål som oppstår i lys av ordlyden i art. 6(4) første ledd andre punktum, er *hvilke* applikasjoner eller applikasjonsbutikker som skal kunne anmode sluttbrukeren. Plikten gjelder klart nok bare overfor tredjepartsapplikasjoner og tredjepartsapplikasjonsbutikker, i tillegg til at den bare gjelder der applikasjonen eller applikasjonsbutikken er «downloaded». Etter ordlyden er portvokteren altså ikke forpliktet til å tillate anmodninger der applikasjonen eller applikasjonsbutikken er *forhåndsinstallert*.³⁰⁷ Det er uklart hvorfor forpliktelsen er

³⁰⁵ Se kap. 5.5.4.

³⁰⁶ Se kap. 5.5.2.

³⁰⁷ I noe samme retning de Streel mfl. (n 291) 18, men forfatterne synes å anse ordlyden som uklar.

begrenset til nedlastede applikasjoner og applikasjonsbutikker, men en nærliggende forklaring er at «contestability»-problematikken ikke er like prekær der tjenesten allerede er forhåndsinstallert. Ettersom sluttbrukere har en tendens til å ta i bruk tjenester som er forhåndsinstallert eller satt som standard, vil en forhåndsinstallert tredjepartsapplikasjon eller tredjepartsapplikasjonsbutikk normalt yte sterkere konkurransepress mot portvokterens lignende tjenester. Synspunktet er nok derfor at der applikasjonen eller applikasjonsbutikken er forhåndsinstallert, vil ekspansjonsbarrierene for tjenesteyteren være tilstrekkelig lave ettersom den presumptivt vil høste fruktene av sluttbrukernes «status quo bias». I slike tilfeller vil tredjeparten konkurrere på like vilkår som portvokteren av operativsystemet, med mindre portvokteren setter sine egne forhåndsinstallerte tjenester som standard. Sistnevnte tilfelle reguleres av art. 6(3) andre ledd, og hensynet til tredjeparten er ivaretatt gjennom den bestemmelsen.

Kravet til at applikasjonen eller applikasjonsbutikken er «downloaded» innebærer altså at dersom en mobilprodusent forhåndsinstallerer en applikasjonsbutikk fra en tredjepart på mobiler som kjører på operativsystemet Google Android, forbyr ikke art. 6(4) første ledd andre punktum at Alphabet nekter denne applikasjonsbutikken å anmode sluttbrukeren om å sette butikken som standard. Men dersom Alphabets applikasjonsbutikk Google Play er satt som standard i operativsystemet, skal denne innstillingen lett kunne endres av sluttbrukeren i medhold av art. 6(3) andre ledd første punktum.

5.6.4. Forholdet til art. 102 TEUV

DMA art. 6(4) første ledd første punktum påbyr som nevnt at portvokteren tillater at sluttbrukere laster ned og bruker tredjepartsapplikasjoner og tredjepartsapplikasjonsbutikker uten å måtte ta i bruk portvokterens sentrale plattformtjeneste. Den viktigste essensen i plikten er derfor at den forbyr koblingssalg av operativsystemer og applikasjonsbutikker. Portvokteren kan med andre ord ikke tvinge sluttbrukere av operativsystemet til å laste ned applikasjoner og applikasjonsbutikker gjennom portvokterens egen applikasjonsbutikk. DMA art. 6(4) første ledd første punktum er altså nok et eksempel på et spesifikt forbud mot koblingssalg av sentrale plattformtjenester.

En skal som alltid være varsom med å konkludere på forhånd om hvilke koblingssalg som vil være ulovlige under art. 102 TEUV, men verken nederlandske eller australske konkurransemyndigheter hadde innvendinger mot Apples og Alphabets koblingssalg av sine respektive operativsystemer og applikasjonsbutikker, og det er først og fremst den etterfølgende utnyttelsen av markedsmakten på markedene for applikasjonsbutikker som har fått oppmerksomhet.³⁰⁸

Adferden til både Apple og Alphabet kan altså i prinsippet være ulovlig under art. 102, men dette er høyst tvilsomt. Det er samtidig ikke overraskende at denne adferden er ulovlig under

³⁰⁸ ACM-rapporten (n 180); Australian Competition and Consumer Commission, «Digital Platform Services Inquiry: Interim report No. 2 – App marketplaces» (2021) 16, tilgjengelig på <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>.

DMA: DMA skal både senke etableringsbarrierene på markedene for sentrale plattformtjenester (contestability) og forhindre at portvokteren oppnår en uforholdsmessig fordel (rettferdighet). Etableringshindringene på markedene for applikasjonsbutikker er i dag skyhøye, og i praksis umulige å overvinne. DMA art. 6(4) første ledd vil senke disse etableringshindringene betydelig, og gjøre markedene mer «contestable» enn det de er i dag. Rettferdighet skal fremmes ved at applikasjonsutviklere, herunder utviklere at applikasjonsbutikker, ikke blir tvunget til å distribuere sine tjenester gjennom portvokterens plattformtjenester. Bedriftsbrukeres avhengighet overfor portvokteren, og den tilhørende fordelene portvokteren oppnår ved dette, skal altså reduseres.

DMA art. 6(4) første ledd andre punktum etablerer et forbud mot å forhindre bedriftsbrukere fra å anmode sluttbrukere om å sette nedlastede applikasjoner eller applikasjonsbutikker som standard. Adferden som her forbyes kan under art. 102 ses som både koblingssalg og en mer generell selvfavorisering, dersom portvokteren sikrer sine egne tjenester mer robust tilstedeværelse i operativsystemet. Et praktisk eksempel er der portvokteren nekter en nedlastet kalendertjeneste i å anmode sluttbrukeren om den ønsker den nedlastede kalendertjenesten som standard. Selv om denne adferden i teorien kan være ulovlig selvfavorisering eller koblingssalg, kan portvokteren under art. 102 legge frem gode grunner for at adferden er «competition on the merits» eller objektivt rettferdiggjort. Den sterkeste grunnen er trolig brukeropplevelsen: Portvokterne ønsker å forhindre at sluttbrukerne oversvømmes med anmodninger som de aktivt må ta stilling til. Holdbarheten i denne bekymringen er noe tvilsom, men uansett er rettstilstanden under DMA art. 6(4) første ledd klar, og portvokteren skal nå tillate slike anmodninger.

Samtidig begrenser ikke DMA art. 6(4) første ledd andre punktum seg til tilfeller som innebærer koblingssalg og selvfavorisering. Også der portvokteren ikke leverer en tilsvarende applikasjon, skal den tillate at den nedlastede applikasjonen retter en anmodning mot sluttbrukeren. Forpliktelsen gjelder altså uavhengig av om portvokteren er vertikalt integrert, og dermed uavhengig av om portvokteren oppnår en sterkere posisjon på nedstrømsmarkedet eller ikke. Et praktisk eksempel er nedlastede søketjenester på iPhone: Det vil verken utgjøre koblingssalg eller selvfavorisering under art. 102 når Apple ikke tillater nedlastede søketjenester å anmode sluttbrukeren om søketjenesten skal settes som standard, ettersom Apple ikke leverer egne søketjenester. Grunnen til at adferden likevel er ulovlig under DMA art. 6(4), er at lovgiver antar at slike begrensninger er egnet til å øke eller forsterke etableringsbarrierene på de relevante markedene.³⁰⁹ På dette punkt kan altså art. 6(4) sies å være et materielt supplement til art. 102.

Så langt er det identifisert både materielle likheter og forskjeller mellom art. 102 TEUV og DMA art. 6(4) første ledd. Den viktigste forskjellen mellom bestemmelsene er likevel funksjonell. I praksis vil nemlig DMA art. 6(4) første ledd første punktum oppheve Googles og Apples monopol på markedene for mobilapplikasjonsbutikker. Bestemmelsen bryter altså opp to monopol på en og samme tid, uten en forutgående etterforskning og vurdering av

³⁰⁹ Fortalen avsn. 50.

eventuelle konkurransebegrensende virkninger de to monopolene medfører. Dette ville ikke vært mulig i medhold av konkurranseretten. Funksjonene til DMA art. 6(4) første ledd og art. 102 kan dermed sies å supplere hverandre. DMA skal på kort sikt åpne opp to markeder som av ulike årsaker har veltet i favør av en enkelt aktør, og i den etterfølgende konkurransen på disse markedene skal art. 102 disiplinere de dominerende aktørenes adferd overfor nyetablerte konkurrenter.

5.7. DMA art. 6(12): Krav til FRAND-vilkår og tvisteløsning

5.7.1. Generelle tjenestevilkår og uavhengig klageorgan

DMA art. 6(12) oppstiller en plikt for portvoktere til å anvende «fair, reasonable, and non-discriminatory» betingelser for bedriftsbrukeres tilgang til applikasjonsbutikker, søkemotorer og sosiale nettverkstjenester. Bestemmelsen lyder slik:

The gatekeeper shall apply fair, reasonable, and non-discriminatory general conditions of access for business users to its software application stores, online search engines and online social networking services listed in the designation decision pursuant to Article 3(9).

For that purpose, the gatekeeper shall publish general conditions of access, including an alternative dispute settlement mechanism.

The Commission shall assess whether the published general conditions of access comply with this paragraph.

Et viktig utgangspunkt etter art. 6(12) første ledd er at bestemmelsen ikke oppstiller en rett til tilgang for bedriftsbrukere.³¹⁰ Plikten etter første ledd regulerer bare hvordan portvokteren skal utforme og anvende «general conditions of access» for bedriftsbrukere, noe som innebærer at portvokteren helt eller delvis kan nekte bedriftsbrukere tilgang til plattformtjenesten, såfremt nektelsen bygger på generelle FRAND-vilkår.

Forpliktelsen kommer til anvendelse på portvokterens «general conditions», noe som inkluderer både prisen portvokteren krever som kompensasjon for bedriftsbrukerens tilgang, samt enhver betingelse som portvokteren oppstiller overfor alle eller de fleste bedriftsbrukerne som ønsker tilgang til plattformen. Individualiserte avtaler, som for eksempel er fremforhandlet mellom portvokteren og en enkelt bedriftsbruker, omfattes ikke. Bestemmelsen oppstiller for øvrig en plikt for portvokteren til å publisere generelle betingelser, og portvokteren kan dermed ikke omgå regelen ved å fremforhandle individualiserte avtaler med hver enkelt bedriftsbruker. Bestemmelsen tillater riktignok slike individualiserte avtaler, og disse trenger ikke være på FRAND-vilkår, men portvokteren må likefullt publisere generelle FRAND-betingelser for tilgang som gjelder for enhver bedriftsbruker.

³¹⁰ Se også fortalen avsn. 62 siste punktum.

I praksis legger art. 6(12) føringer på de vilkårene Alphabet og Apple oppstiller for at applikasjonsutviklere skal få levere sine applikasjoner gjennom henholdsvis Play Store og App Store, de vilkårene Alphabet oppstiller for at bedriftsbrukeres nettsider for sin næringsvirksomhet indekseres og rangeres i Google Search, og de vilkårene Meta oppstiller for at bedriftsbrukere skal kunne opprette og ta i bruk bedriftskontoer på Facebook og Instagram.

5.7.2. Hva er «fair, reasonable, and non-discriminatory» betingelser?

Det sentrale spørsmålet under art. 6(12) er hva som utgjør «fair, reasonable, and non-discriminatory» betingelser for tilgang. Før jeg går nærmere inn på innholdet i de tre kriteriene, er det nødvendig å knytte to generelle bemerkninger til FRAND-begrepet i art. 6(12).

For det første vil det ikke alltid være et klart skille mellom kriteriene «fair» og «non-discriminatory». Som allerede trukket frem i kapittel 4, har «fairness»-målsettingen i DMA også en side til likebehandling mellom bedriftsbrukere og portvokteren, og «fair» betingelser for tilgang vil derfor ha nær sammenheng med «non-discriminatory» betingelser. Det er likefult snakk om to ulike kriterier, og jeg vil derfor knytte noen bemerkninger til deres selvstendige betydning nedenfor.

For det andre må teksten i DMA, herunder FRAND-begrepet, som hovedregel leses og tolkes uavhengig av artikkel 102 TEUV og markedsregulatoriske instrumenter.³¹¹ I tillegg er hva som utgjør FRAND-vilkår i andre sammenhenger, for eksempel der en patentholder har forpliktet seg til å lisensiere en SEP på FRAND-vilkår,³¹² i utgangspunktet irrelevant for fastleggelsen av FRAND-vilkårene under art. 6(12).

Det må likevel gjøres et unntak fra dette utgangspunktet i relasjon til grensedragningen mellom «fair» og «reasonable» tilgangsvilkår. Ettersom ulike ord presumptivt har ulikt innhold, kan ordet «reasonable» *i prinsippet* ha et annet innhold enn «fair»-kriteriet i art. 6(12), og derfor utgjøre et selvstendig krav overfor tilgangsvilkårene. På den andre siden overser en slik forståelse at FRAND-begrepet er et velkjent uttrykk i konkurranseretten, og at «fair»- og «reasonable»-kriteriene der normalt behandles samlet.³¹³ Det ville vært noe misvisende å innføre et så etablert uttrykk i lovteksten, dersom tanken var at «fair» og «reasonable» skulle utgjøre to selvstendige krav.³¹⁴ Det nærmere innholdet i disse to kriteriene må naturligvis utledes basert på regelens ordlyd, kontekst og formål, men i det følgende behandles de to kriteriene samlet.

³¹¹ FRAND-vilkår har blant annet utgjort avbøtende tiltak ved ulovlige leveringsnektelser, se for eksempel kommisjonsvedtaket i COMP/C-3/37.792 *Microsoft* paras 1005-1008.

³¹² SEPs, eller «standard-essential patents» er privatrettslige instrumenter, hvor patentholderen ofte forplikter seg, på frivillig basis, til å lisensiere SEP-en på FRAND-vilkår, se blant annet Roger Brooks og Damien Geradin, «Interpreting and Enforcing the Voluntary FRAND Commitment» (2011) *International Journal of IT Standards and Standardization Research* 9(1) 1.

³¹³ Generelt om FRAND, se O'Donoghue og Padilla (n 67) 690.

³¹⁴ Ordet «reasonable» er heller ikke forklart nærmere i lovteksten eller i fortalen.

Hva som er «fair» og «reasonable» betingelser for tilgang må i første rekke utledes fra DMAs formål om å sikre «fairness» i digitale markeder. Mangel på «fairness» foreligger der det er en «imbalance between the rights and obligations of business users where the gatekeeper obtains a disproportionate advantage».³¹⁵ Rettferdighet oppstiller som nevnt et krav til proporsjonalitet i det kommersielle forholdet mellom portvokteren og bedriftsbrukeren, herunder krav til både materiell og formell rettferdighet. Rettferdige tilgangsvilkår har en forholdsmessig balanse mellom bedriftsbrukerens rettigheter og plikter, gir like konkurransevilkår mellom den vertikalt integrerte portvokteren og bedriftsbrukere, og gir en forholdsmessig fordeling av overskuddet mellom bedriftsbrukeren og portvokteren.³¹⁶

Fortalen gir ytterligere veiledning for hvordan man skal vurdere forholdsmessigheten i tilgangsvilkårene til plattformtjenesten. Vilkårene kan ikke «confer an advantage on the gatekeeper which is disproportionate to the service provided by the gatekeeper to business users», i tillegg til at vilkårene ikke kan gi «a disadvantage for business users in providing the same or similar services as the gatekeeper».³¹⁷ Det førstnevnte sitatet presiserer at rettferdighet ikke kan foreligge uten forholdsmessighet mellom den tjenesten portvokteren tilbyr bedriftsbrukeren og den fordelen portvokteren oppnår for dette, mens det sistnevnte understreker at portvokteren og bedriftsbrukeren skal konkurrere på like vilkår på de sentrale plattformtjenestenes nedstrømsmarkeder eller andre tilgrensende markeder.

Det neste spørsmålet blir nødvendigvis hvordan man skal måle forholdsmessigheten i den enkelte sak. Vurderingen må være konkret, og ta utgangspunkt i de generelle prinsippene som er gjort rede for ovenfor og i kapittel 4.2.3. I den nærmere vurderingen vil det også være nødvendig å foreta en sammenligning med en eller flere bestemte målestokker, som alle kan bidra til å belyse de ulike forventningene som «fairness»-kriteriet oppstiller.³¹⁸ Den første målestokken er de vilkårene andre tilbydere av applikasjonsbutikker, søkemotorer eller sosiale nettverkstjenester oppstiller overfor tilbydere av like eller lignende tjenester.³¹⁹ I relasjon til applikasjonsbutikker, vil en slik sammenligning særlig være opplysende etter hvert som tredjepartstilbydere av applikasjonsbutikker får etablere seg i operativsystemene til Alphabet og Apple i medhold av DMA art. 6(4).³²⁰ I relasjon til søkemotorer finnes det allerede en rekke konkurrenter å sammenligne med, og det samme gjelder for sosiale nettverkstjenester.

³¹⁵ Fortalen avsn. 33.

³¹⁶ Se kap. 4.2.3.

³¹⁷ Fortalen avsn. 62.

³¹⁸ Fortalen avsn. 62, som av uklare årsaker bare knytter målestokken til applikasjonsbutikker, og ikke til de to andre relevante sentrale plattformtjenestene under art. 6(12). Uklarheten har trolig oppstått fordi art. 6(12) opprinnelig var foreslått av Kommisjonen til å bare omfatte vilkår for tilgang til applikasjonsbutikker, og ikke søkemotorer og sosiale nettverkstjenester (utkastets art. 6(1) bokstav k). At fortalen i den endelige versjonen bare omtaler applikasjonsbutikker, kan altså ikke tas til inntekt for at forholdsmessighetsvurderingen er annerledes i relasjon til vilkår for tilgang til søkemotorer og sosiale nettverkstjenester.

³¹⁹ Fortalen avsn. 62.

³²⁰ Se kap. 5.6.2

En annen målestokk for forholdsmessighetsvurderingen vil være de vilkårene portvokteren oppstiller overfor tilknyttede eller lignende tjenester, eller overfor tjenester som tilbys til andre kategorier sluttbrukere.³²¹ På dette punkt vil vurderingen delvis overlappe med en eventuell vurdering av «non-discriminatory»-kriteriet i art. 6(12), men forskjellen under denne målestokken er at en ikke skal gå nærmere inn på hvorvidt det foreligger en ubegrunnet forskjellsbehandling mellom like bedriftsbrukere. Det eneste som er relevant under den andre målestokken er hvorvidt portvokteren tilbyr andre tilgangsvilkår til relaterte eller lignende tjenester, eller til tjenester som tilbys til andre kategorier sluttbrukere. Urettferdighet kan med andre ord foreligge selv om portvokteren forskjellsbehandler bedriftsbrukere som tilbyr ulike tjenester eller tilbyr tjenester til ulike kategorier sluttbrukere, og som dermed ikke rammes av diskrimineringsforbudet.

En tredje målestokk er de vilkårene portvokteren oppstiller for den samme tjenesten i andre geografiske regioner.³²² Her kan en både sammenligne med vilkår som oppstilles i andre EU-land, men også i tredjestater. Med dette er DMA også åpen for inspirasjon fra andre jurisdiksjoner som har høstet erfaringer fra sin egen håndtering av bedriftsbrukeres tilgang til de relevante plattformtjenestene. Samtidig er det naturligvis mange legitime grunner til at det finnes geografiske forskjeller mellom tilgangsvilkårene portvokterne oppstiller overfor lignende bedriftsbrukere, som for eksempel ulike nasjonale krav til innholdsmoderering og sikkerhet. En kan altså ikke sette likhetstegn mellom geografiske forskjeller og urettferdighet: Den underliggende begrunnelsen for de avdekkede forskjellene blir avgjørende.

En fjerde målestokk er de vilkårene portvokteren oppstiller for den samme tjenesten som portvokteren tilbyr til seg selv.³²³ Denne målestokken er primært aktuell i relasjon til andre tilgangsvilkår enn pris, ettersom portvokteren ikke betaler seg selv for å få tilgang til sin egen plattformtjeneste. Øvrige vilkår for tilgang er derimot høyst aktuelle under denne målestokken. Dersom portvokteren oppstiller lempeligere vilkår overfor egne tjenester sammenlignet med lignende tredjepartstjenester, har en klare holdepunkter for at portvokteren og bedriftsbrukerne *ikke* konkurrerer på likeverdige vilkår, og at vilkårene dermed er urettferdige. Eksempler på øvrige tilgangsvilkår enn pris er krav til sikkerhet, krav til programvaren og krav til hvordan bedriftsbrukeren foretar transaksjonen med sluttbrukerne.

De fire målestokkene er i prinsippet likestilte, i tillegg til at de primært har en veiledende funksjon for vurderingen av om (1) det foreligger en forholdsmessig balanse mellom bedriftsbrukerens rettigheter og plikter, (2) om det er like konkurransevilkår mellom portvokteren og bedriftsbrukeren og (3) om vilkårene for tilgang gir en forholdsmessig fordeling av overskuddet mellom portvokteren og bedriftsbrukeren. Alle tre vurderingsmomenter må besvares bekreftende for at vilkårene skal anses som «fair» under DMA art. 6(12).

³²¹ Fortalen avsn. 62.

³²² Ibid.

³²³ Ibid.

DMA art. 6(12) synes altså å strekke seg lenger enn det «fairness»-kriteriet i DMA på generelt grunnlag oppstiller som krav til portvokternes adferd overfor bedriftsbrukerne. Der fortalen redegjør generelt om rettferdighetsstandarder, er den tydelig på at portvokteren må oppnå en uforholdsmessig fordel for at adferden skal være «unfair».³²⁴ På den andre siden, og mer spesifikt i relasjon til art. 6(12), forutsetter fortalen at en uforholdsmessig fordel i favør av portvokteren bare er en alternativ forutsetning for at tilgangsvilkårene skal anses som «unfair».³²⁵ Med andre ord kan tilgangsvilkårene være urettferdige under art. 6(12), selv der portvokteren ikke oppnår en uforholdsmessig fordel. DMA art. 6(12) er altså strengere overfor portvokteren enn det «fairness»-formålet på generelt grunnlag skulle tilsi.

Målestokkene er på sin side verken kumulative eller alternative «vilkår» under de tre vurderingsmomentene. Men der det er avvik fra en eller flere målestokker, og avviket er i bedriftsbrukerens disfavør, starter portvokteren normalt i motbakke. Målestokkene er likevel bare en del av en større helhetsvurdering av tilgangsvilkårenes rettferdighet, og må altså behandles som sådan.

Endelig skal betingelsene for tilgang være «non-discriminatory», noe som innebærer at like tilfeller skal behandles likt med mindre forskjellsbehandlingen er objektivt begrunnet. Etter denne testen må en altså først etablere hvorvidt det foreligger en bedriftsbruker som tilbyr like eller lignende tjenester som andre bedriftsbrukere eller som portvokteren selv. Grensedragningen bør her, av hensyn til sammenheng i regelverket, trekkes på samme måte som under forbudet mot selvfavorisering i art. 6(5) og det tilhørende «similar»-kriteriet.³²⁶

Dersom lignende tjenester behandles ulikt, er forskjellsbehandlingen ulovlig under art. 6(12) med mindre portvokteren legger frem en objektiv begrunnelse for adferden. Det er ikke mulig å gi en uttømmende liste over hva som kan utgjøre objektive begrunnelser for en forskjellsbehandling, men det er klart forutsatt at portvokterne skal bidra til å forhindre «illegal and unwanted content» i medhold av Digital Services Act.³²⁷ Etterlevelse av annen nasjonal eller internasjonal lovgivning vil også kunne utgjøre en objektiv begrunnelse. For øvrig er dette et punkt hvor den regulatoriske dialogen mellom Kommisjonen og portvokterne vil virke klargjørende.

5.7.3. Kravet til alternativ tvisteløsningsmekanisme

DMA art. 6(12) andre ledd slår fast at de generelle tilgangsvilkårene skal inkludere en «alternative dispute settlement mechanism». Tvisteløsningsmekanismen skal være «alternative» i den forstand at bedriftsbrukerne ikke trenger å gå til sivile søksmål for å få håndhevet sine rettigheter etter art. 6(12). Utover dette er ordlyden i art. 6(12) taus, og et spørsmål blir dermed hvilke nærmere krav som må stilles til denne tvisteløsningsmekanismen.

Fortalen slår på sin side fast at tvisteløsningsmekanismen skal være «easily accessible, impartial, independent and free of charge for the business user».³²⁸ Disse fire kravene gir

³²⁴ Fortalen avsn. 33. Se også kap. 4.2.3 ovenfor.

³²⁵ Fortalen avsn. 62.

³²⁶ Se kap. 5.2.3.

³²⁷ Fortalen avsn. 62.

³²⁸ Ibid.

opphav til en rekke spørsmål, herunder hvem som skal sitte i klageorganet, hvem som skal utvelge dem og kriteriene for å bli utvalgt som medlem. I tillegg er det uklart hvilke krav DMA stiller til saksbehandlingen og bedriftsbrukernes prosessuelle garantier, samt hva som er en akseptabel grad av formelle og reelle bindinger mellom klageorganets medlemmer og portvokteren. Noe som derimot er helt klart, er at tvisteløsningsmekanismen ikke kan stå i veien for at bedriftsbrukeren anlegger sivile søksmål for rettslige myndigheter.³²⁹

En omfattende redegjørelse for innholdet i de fire minstekravene til portvokterens tvisteløsningsmekanisme vil strekke seg langt forbi rammene for denne avhandlingens tema og hovedproblemstilling. Det viktigste som må bemerkes i relasjon til art. 6(12) andre ledd, er at bestemmelsen krever at tvister mellom bedriftsbrukerne og portvokteren om de generelle vilkårene for tilgang til de tre plattformtjenestene, avgjøres av en upartisk og uavhengig tvisteløsningsmekanisme. Den nærmere implementeringen av denne plikten vil måtte skje i samspill mellom portvokteren og Kommisjonen, fortrinnsvis gjennom portvokterens rapporteringsplikt og Kommisjonens plikt til å vurdere hvorvidt vilkårene for tilgang er i samsvar med art. 6(12) første og andre ledd, jf. tredje ledd.

5.7.4. Forholdet til art. 102 TEUV

DMA art. 6(12) første ledd forbyr en rekke ulike adferdstyper: Både leveringsnektelser, urimelige forretningsvilkår, selvfavorisering og marginskviser kan rammes av bestemmelsen.

I relasjon til leveringsnektelser, blir spørsmålet om DMA art. 6(12) begrenser Bronner-testens anvendelsesområde, på samme måte som i *Slovak Telekom*.³³⁰ I motsetning til telekomlovgivningen i *Slovak Telekom*, oppstiller ikke DMA art. 6(12) en eksplisitt leveringsplikt for portvokteren, men i stedet en plikt til å utforme og anvende generelle FRAND-vilkår for tilgang. I realiteten er likevel disse to tilfellene likestilte, ettersom portvokteren ikke har valgfrihet med hensyn til om den skal utforme generelle tilgangsvilkår. Indirekte er altså portvokteren forpliktet til å gi tilgang. Med andre ord vil ikke Bronner-testen komme til anvendelse under art. 102 TEUV, dersom portvokteren nekter tilgang til en applikasjonsbutikk, online søkemotor eller sosial nettverkstjeneste som er listet opp i utpekingsvedtaket.³³¹

DMA art. 6(12) rammer for øvrig ikke bare leveringsnektelser: Også adferd som under art. 102 kan karakteriseres som urimelige forretningsvilkår, vil omfattes av art. 6(12).³³² Der vilkårene for tilgang er unødvendige, uforholdsmessige og reduserer konsumentvelferden, vil vilkårene normalt være «unfair» i DMAs forstand også. Samtidig er ikke

³²⁹ Fortalen avsn. 62.

³³⁰ T-851/14 *Slovak Telekom*. Se også mer generelt om leveringsnektelser i regulerte markeder i kap. 3.2.2.

³³¹ Se også Inge Graef, «The future of refusal to deal and margin squeezes in the face of sector-specific regulation» i Pinar Akman, Or Brook og Konstantinos Stylianou, *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization* (Edward Elgar 2023) 176. En annen sak er at også andre grunner kan tilsa at *refusal to supply*-doktrinen ikke kommer til anvendelse, i første rekke at plattformenes forretningsmodell består i å knytte sammen bedrifts- og sluttbrukere, og er dermed vesentlig mer åpen enn infrastrukturen i de klassiske sakene om tilgangs- og leveringsnektelser.

³³² Se kap. 3.2.5.

rettferdighetsmålsettingen i DMA knyttet til konsumentvelferdsstandarden, og art. 6(12) vil derfor ramme et større spekter av tilgangsvilkår enn det som rammes av art. 102. Det er altså ingen automatikk i at urettferdige tilgangsvilkår under DMA art. 6(12), utgjør urimelige forretningsvilkår under art. 102(a) TEUV.

Overlappen med forbudet mot ekskluderende selvfavorisering under art. 102 oppstår der portvokteren gir tilgang til plattformtjenesten på diskriminerende vilkår i favør av seg selv, og denne forskjellsbehandlingen samtidig er egnet til å gi eksklusjonsvirkninger på det relevante tilgrensende markedet.³³³ I slike tilfeller vil vilkårene være ulovlige under både art. 102 og DMA art. 6(12). En sentral forskjell mellom de to bestemmelsene er stadig at rettferdighetsmålsettingen under DMA er *strengere*, og dermed rammer et større spekter av tilgangsvilkår enn art. 102: Sammenlignet med forbudet mot ekskluderende selvfavorisering under art. 102, kan DMA art. 6(12) i prinsippet ramme selvfavorisering som under art. 102 er å anse som «competition on the merits», og som derfor bare er ulovlig under DMA. En kan altså ikke sette likhetstegn mellom urettferdige tilgangsvilkår i DMAs forstand og adferd som ligger utenfor «competition on the merits», til tross for at lovligheten av tilgangsvilkårene under art. 6(12) kan være relevant i den bredere vurderingen av hva som er «normal» konkurranse i markedet. På samme måte som at urettferdige tilgangsvilkår under art. 6(12) ikke automatisk er urimelige forretningsvilkår under art. 102, vil ikke urettferdige tilgangsvilkår, i DMAs forstand, automatisk ligge utenfor «competition on the merits».

DMA art. 6(12) forbyr også enkelte former for marginskvis. Misbrukstypen marginskvis er ikke blitt viet oppmerksomhet så langt i denne avhandlingen ettersom det (tilsynelatende) ikke er like utbredt som andre misbrukstyper i digitale markeder. Men der prisen for tilgang til plattformtjenesten er så høy at en konkurrent som er «as efficient» som portvokteren ikke er i stand til å konkurrere på nedstrømsmarkedet, og marginskvisen samtidig er egnet til å ha konkurransebegrensende virkninger, vil adferden normalt utgjøre misbruk under art. 102.³³⁴ Misbruksvilkåret vil for øvrig kunne være oppfylt selv der Kommisjonen har godkjent portvokterens tilgangsvilkår.³³⁵ Etterlevelse av DMA art. 6(12) fritar altså ikke portvokteren for ansvar under art. 102.

På den andre siden vil marginskviser normalt også være urettferdige eller diskriminerende under DMA art. 6(12). Med andre ord vil både art. 6(12) og art. 102 delvis forby den samme adferden. Forskjellen i vurderingstemaene er samtidig åpenbar: Det er ikke nødvendig å påvise at marginen mellom portvokterens oppstrøms- og nedstrøms tjenester er for liten til at en «as efficient» konkurrent kan konkurrere på nedstrømsmarkedet, for at prisen for tilgang skal være ulovlig under art. 6(12).

DMA art. 6(12) første ledd er dermed gjennomgående strengere enn art. 102 i relasjon til de tre plattformtjenestene som art. 6(12) kommer til anvendelse på. Grunnen til dette er at

³³³ Se kap. 3.2.3

³³⁴ Sak C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige* para 31.

³³⁵ Sak C-280/08 P *Deutsche Telekom* para 92, hvor det for ordens skyld var nasjonale tilsynsmyndigheter som hadde godkjent prisene til det dominerende foretaket, ikke Kommisjonen selv.

rimelighets- og rettferdighetsstandarden i DMA art. 6(12) oppstiller en lavere terskel for at vilkårene for tilgang skal være ulovlige: Det er tilstrekkelig at det (1) foreligger en uforholdsmessig balanse mellom bedriftsbrukerens rettigheter og plikter, (2) det er ulike konkurransevilkår for bedriftsbrukeren og portvokteren på nedstrømsmarkedet eller (3) vilkårene for tilgang gir ikke en forholdsmessig fordeling av overskuddet mellom portvokteren og bedriftsbrukeren.

En annen vesentlig materiell forskjell er at DMA art. 6(12) andre ledd oppstiller et vidtgående krav til en upartisk og uavhengig tvisteløsningsmekanisme. Artikkel 102 TEUV er riktignok fleksibel av natur, men en slik positiv plikt er det trolig ikke mulig å oppstille under denne bestemmelsen. Også på dette punkt utgjør DMA art. 6(12) et supplement til art. 102.

Endelig gir art. 6(12) tredje ledd Kommisjonen rett og plikt til å vurdere om vilkårene for tilgang, herunder prisen, utgjør FRAND-vilkår. Det er først her art. 6(12) får preg av å være forhåndsregulering, ettersom bestemmelsen på dette punkt gir Kommisjonen adgang til å godkjenne vilkår *før* portvokteren formelt oppstiller vilkårene overfor bedriftsbrukere som ønsker tilgang til plattformen. Dette innebærer også at Kommisjonen kan forhåndsregulere prisen portvokteren krever for bedriftsbrukerens tilgang, noe Kommisjonen sjelden (og trolig aldri) foretar seg under art. 102.³³⁶

6. Konklusjoner

6.1. DMA er ikke konkurranserett

Avhandlingen har tatt for seg DMAs formål og funksjon, samt sentrale deler av dens materielle innhold. Parallelt med dette har DMA blitt sammenlignet med art. 102. Sammenligningen mellom de to regelsettene viser at DMA ikke er konkurranserett, ettersom forordningen forfølger andre formål og griper inn i markedene på en annen måte enn konkurranseretten, i tillegg til at de materielle forpliktelsene i art. 5 og 6 i flere tilfeller forbyr eller påbyr adferd som ikke vil være ulovlig under art. 102.³³⁷ DMA ligner i større grad på tradisjonell markedsregulering, men også her foreligger det betydelige forskjeller. En mer dekkende beskrivelse av DMA, er at den bygger på styrkene til både konkurranseretten og tradisjonell markedsregulering, og at DMA på denne måten utgjør en hybridløsning av de to kategoriene.

Materielt sett er det samtidig tydelig at DMA og art. 102 har betydelige overlapp. Forbudet mot selvfavorisering i rangeringsprosessen i DMA art. 6(5) utgjør en spesifisering av «læren» om selvfavorisering slik den kan utledes av *Google Search (Shopping)*, mens DMA art. 5(8) forbyr et knippe koblingsalg av store plattformtjenester, som i lys av *Google Android* og de to Microsoft-sakene, utvilsomt kan være ulovlig under art. 102. I tillegg kan såkalt *anti-steering*, nå forbudt under DMA art. 5(4), utgjøre urimelige forretningsvilkår i medhold av

³³⁶ Tilsvarende Bostoen (no 16).

³³⁷ Noe annerledes, se Petit (n 16) 529, som slår fast at «DMA is essentially sector-specific competition law».

art. 102 bokstav a. Endelig påbyr DMA adferd som i prinsippet også kunne blitt påbudt under art. 102, som applikasjonsbutikkens tilgang til operativsystem etter art. 6(4) og bedriftsbrukeres tilgang til applikasjonsbutikker, søkemotorer og sosiale nettverkstjenester etter art. 6(12). Den betydelige materielle overlappen må samtidig ses i lys av reglens underliggende begrunnelse, og som vist i kapittel 4 vil ikke denne begrunnelsen alltid være lik mellom de to regelsettene. Enda viktigere er det at selv der både art. 102 og DMA forbyr eller påbyr den samme adferden, bringer DMA med seg funksjonelle supplement til reguleringen av aktørenes adferd. Et eksempel på dette er art. 6(12), som gir Kommisjonen anledning til å forhåndsregulere de vilkårene portvokterne av applikasjonsbutikker, sosiale nettverkstjenester og søkemotorer kan oppstille og anvende overfor sine bedriftsbrukere.

DMA's materielle supplement viser seg på ulike måter. I relasjon til noen forpliktelser, for eksempel forbudet mot selvfavorisering i rangeringsprosessen, finnes det bare nyanseforskjeller som gjør at DMA har selvstendig materiell betydning ved siden av art. 102. Her bringer DMA med seg lite nytt. Andre forpliktelser, for eksempel påbudet om å etablere en upartisk og uavhengig tvisteløsningsmekanisme i art. 6(12) andre ledd, ligger utenfor det som på generelt grunnlag kan sies å være påbudt under art. 102. Graden av materielt supplement avhenger dermed av hvilken adferdstype og misbrukskategori det er snakk om.

På den andre siden er det også tydelig at art. 102 skal supplere DMA. Gjennomgangen i kapittel 5 viser at anvendelsesområdet til DMA-forpliktelsene er mer snevre enn de lignende testene under art. 102, og konkurranseretten må dermed fungere som et materielt supplement der DMA ikke kommer til anvendelse. Dette gjelder for eksempel i relasjon til koblingssalg, som under DMA er begrenset til et par knippe plattformtjenester, og i relasjon til selvfavorisering, som i DMA art. 6(5) er begrenset til rangeringsprosessen. I slike tilfeller vil art. 102 fungere som et bakgrunnsregime. I tillegg vil enkelte DMA-forpliktelser skape konkurranse på markeder som foreløpig er monopolisert, uten at DMA nødvendigvis detaljregulerer den etterfølgende konkurransen.³³⁸ Også i slike tilfeller vil art. 102 TEUV avbøte på DMA's mangler, og dermed supplere den.

6.2. DMA fragmenterer økosystemer

I lys av DMA's formål og funksjon, med de tilhørende forpliktelsene som er gjennomgått i kapittel 5, er en sentral egenskap ved DMA at den fragmenterer portvokternes økosystemer. I stedet for at bedrifts- og sluttbrukere må ta seg inn i hele økosystemer av varer og tjenester, skal de i større grad kunne velge enkeltstående varer og tjenester og kombinere disse med varer og tjenester fra andre aktører, herunder andre portvoktere. Denne fragmenteringen skjer på følgende måte:

DMA er innrettet med detaljerte *per se* påbud og forbud, med en tilhørende forhåndsregulering av pliktsubjektene (portvoktere) og markedsavgrensningene (sentrale plattformtjenester). En slik regelstruktur sikrer at pliktsubjektene endrer adferd raskt,³³⁹ på

³³⁸ Dette gjelder særlig markedene for mobilapplikasjonsbutikker. Se nærmere i kap. 5.6.

³³⁹ Nærmere bestemt før mars 2024. Se kap. 2.2.

samme måte og på tvers av en rekke markeder samtidig.³⁴⁰ Videre skal påbudene og forbudene i stor utstrekning tilrettelegge for *multi-homing*, *switching*, samt krav til tilgang og deling, og dermed motarbeide både naturlige og strategiske etableringshindringer for konkurrentene. Forbud mot koblingssalg og selvfavorisering, samt påbud om å tillate *side loading* og *anti-steering*, er alle med på å gi bedrifts- og sluttbrukerne reell og effektiv valgfrihet med hensyn til hvilke tjenester de ønsker å ta i bruk. Med andre ord vil DMA åpne for *cherry picking* av digitale varer og tjenester, på tvers av ulike tilbydere og portvoktere.

Denne brede forsterkningen av bedrifts- og sluttbrukernes reelle valgfrihet ville ikke vært mulig under art. 102, ettersom art. 102 oppstiller vesentlig mer generelle forbud, i liten utstrekning oppstiller positive plikter, og håndhevingen skjer etter at den ulovlige adferden er satt i verk. Heller ikke materielt sett er art. 102 egnet til å fragmentere økosystemer, ettersom en må ta i betraktning effektivitetsgevinster i den nærmere vurderingen av adferdens lovlighet. Som vist i kapittel 4, er ikke effektivitetsgevinster til hinder for at DMA kan oppstille bestemte forpliktelser, og med dette bryte opp deler av økosystemer som isolert sett er effektive.

Fragmenteringen av økosystemene kan illustreres av et av de mer lukkede økosystemene som berøres av DMA, nemlig økosystemet som er sentrert rundt Apple iOS. Når de materielle DMA-forpliktelsene trer i kraft skal Apple, blant annet, likebehandle egne applikasjoner og tredjepartsapplikasjoner som tilbys i App Store (DMA art. 6(5)), tillate at applikasjonsutviklere promoterer alternative distribusjonskanaler overfor sluttbrukerne (DMA art. 5(4)), tillate at sluttbrukeren *bare* registrerer seg i App Store og ikke i hele Apple iOS-systemet (DMA art. 5(8)), tillate at sluttbrukeren avinstallerer enhver applikasjon i iOS (DMA art. 6(3)), anmode sluttbrukeren om hvilken nettleser den ønsker å sette som standard (DMA art. 6(3)) og tillate at sluttbrukere laster ned applikasjoner og applikasjonsbutikker utenfor App Store (DMA art. 6(4)). Samlet vil disse forpliktelsene, sammen med en rekke andre DMA-forpliktelser, fremme slutt- og bedriftsbrukernes reelle valgfrihet med hensyn til hvilken tjeneste og plattformtjeneste de ønsker å knytte seg til.

6.3. Om samspillet mellom art. 102 og DMA

Når DMA noe upresist omtales som *ex ante* regulering, ledes tanken gjerne til en tidslinje hvor DMA skal gripe inn på et tidligere stadium enn konkurranseretten. I tillegg knytter det ofte seg en forventning til at denne typen reguleringer skal fases ut etter hvert, og at konkurranseretten til slutt skal få fungere på egenhånd igjen.³⁴¹

Ingen av disse antagelsene er helt treffende for DMA.³⁴² Som vist i kapittel 5, vil DMA i mange tilfeller måtte håndheves etter at både adferden og de eventuelle skadevirkningene har

³⁴⁰ Analysen i kapittel 5 har samtidig pekt på flere uklarheter i regelverket, som helst bør presiseres av Kommisjonen for å unngå unødvendig uklarhet, ettersom slike uklarheter kan gå på bekostning av regelverkets preventive virkninger.

³⁴¹ Jose Carlos Laguna de Paz, «Regulation and competition law» ECLR (2012) 33(2) 77, 79. Mer generelt om deregulering, se Dunne (n 6) 146 flg.

³⁴² Tilsvarende Colomo (n 16) 570.

funnet sted. Det er altså ikke tale om et rendyrket «ex ante» regelverk, slik som deler av fusjonskontrollen og statsstøttereglene. De relevante pliktsubjektene og markedsavgrensningene er forhåndsbestemte, men DMA inneholder en rekke negative plikter, som må etterforskes og sanksjoneres *ex post* på samme måte som under art. 102. Samtidig finnes det eksempler i DMA på at Kommisjonen kan forhindre en nærmere bestemt markedsadferd fra å utspille seg (art. 6(12)) og at DMA skal åpne opp markeder som er fullstendig lukket av portvokteren (art. 6(4)). I disse tilfellene er *ex ante regulering*-merkelappen mer treffende, men merkelappen beskriver altså ikke DMA som sådan.

Et annet aspekt ved det fremtidige samspillet mellom art. 102 og DMA, er spørsmålet om regelverkene materielt sett kan eller bør inspirere hverandre. På den ene siden er det ikke noe i veien for at konkurranseretten kan fortsette å inspirere de materielle forpliktelsene i DMA, og med dette informere fremtidige utvidelser av listen over forpliktelser. Dette fremstår som både hensiktsmessig og realistisk, ettersom det utvilsomt vil dukke opp nye digitale markeder og nye former for konkurransebegrensende eller urettferdig adferd. Slik påvirkning forutsetter naturligvis at adferden enten påvirker markedenes «contestability» eller er «unfair» overfor bedriftsbrukerne. En bør samtidig være varsom med å tolke enkeltvilkår i DMA i lys av like eller lignende vilkår under art. 102, noe som for eksempel kan være fristende i relasjon til «similar»-kriteriet i art. 6(5) og «reasonable»-kriteriet i art. 6(12). Ordlyden i DMA skal tolkes i sin kontekst og i lys av forordningens formål, og dette tolkningsprinsippet kan ikke fravikes uten at det er holdepunkter for noe annet.

På den andre siden bør ikke DMA tjene som inspirasjon for den fremtidige tolkningen og anvendelsen av art. 102.³⁴³ Som vist i kapittel 4, ser DMA i prinsippet bort fra både total- og konsumentvelferdsstandarden, og de enkelte forpliktelsene i art. 5, 6 og 7 er dermed ikke en god inspirasjonskilde for den fremtidige anvendelsen av art. 102. Med andre ord bør ikke DMAs strenge *per se* regler inspirere til strengere presumsjonsbaserte regler under art. 102, i alle fall ikke uten solid forankring i økonomisk teori.

En siste refleksjon om det fremtidige samspillet mellom art. 102 og DMA, oppstår i lys av regelverkernes materielle overlapp. Et spørsmål som kan oppstå i kjølvannet av overlappen, er om DMA vil erstatte eller avlaste art. 102. Det er for det første ingen holdepunkter for at DMA vil erstatte deler av art. 102. En slik erstatning ville vært vanskelig å begrunne, all den tid konkurranseretten og DMA forfølger ulike formål. På den andre siden vil DMA til en viss grad påvirke innholdet i art. 102, for eksempel ved at Bronner-testen i visse tilfeller ikke kommer til anvendelse.³⁴⁴ Det er likevel ikke tale om noen materiell erstatning, ettersom anvendelsesområdet til art. 102 forblir upåvirket.³⁴⁵ I tillegg viser historien at Kommisjonen ser på regulerte markeder som velegnet for intervensjon under art. 102.³⁴⁶

³⁴³ Annerledes, på et generelt nivå, Coates (n 204) 10.

³⁴⁴ Se kap. 5.7.4.

³⁴⁵ Annerledes Laguna de Paz (n 341) 79, som tar til orde for, på et generelt nivå, at når markedsregulering overlapper med konkurranseretten, vil markedsreguleringen også erstatte konkurranseretten. Se også Dunne (n 6) 49-53.

³⁴⁶ Dunne (n 6) 135.

En annen sak er at DMA, fra Kommisjonens ståsted, trolig er å foretrekke i tilfellene hvor en gitt adferd rammes av både art. 102 og DMA. I så fall er det mer treffende å se dette som en avlastning av konkurranseretten: DMA er bedre egnet til å håndtere de identifiserte konkurranseutfordringene, og konkurranseretten har frem til nå fungert som en «nest best» løsning, i fravær av en mer skreddersydd markedsregulering.³⁴⁷ En mer dekkende beskrivelse er altså at art. 102 og DMA hver for seg tar sikte på å avbøte på hverandres begrensninger. I hvilken grad DMA faktisk vil oppfylle sine legislative formål, er det derimot ikke anledning til å spekulere i her. Det som uansett er klart, er DMA vil fremtvinge betydelige endringer i portvokternes forretningsmodeller, og så gjenstår det å se hvem disse endringene til slutt kommer til gode.

³⁴⁷ Generelt om avlastning og erstatning, se Dunne (n 6) 72.

Litteraturliste

- Ahlborn C, van Gerven G og Leslie W, «Bronner revisited: Google Shopping and the Resurrection of Discrimination Under Article 102 TFEU» (2022) JECLAP 13(2) 87
- Akman P, *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches* (Bloomsbury 2015)
- Akman P, «Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act» (2022) 47 ELR 85
- Albæk S, «Consumer Welfare in EU Competition Policy» i Heide-Jørgensen C, Bergqvist C, Neergaard U og Poulsen ST (reds), *Aims and Values in Competition Law* (DJØF 2013)
- Art JY og McCurdy G, «The European Commission's media player remedy in its Microsoft decision: compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure» (2004) ECLR 25(11) 694
- Bailey D, «Competition Law and Policy in the EU» i Bailey D og John LE (reds), *Bellamy & Child European Union Law of Competition* (8. utg, OUP 2018)
- Baumol WJ, «Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure» (1982) *The American Economic Review* 72(1) 1
- Bostoen F, «Understanding the Digital Markets Act» (2023) *Antitrust Bulletin* 68(2) 263
- Brooks R og Geradin D, «Interpreting and Enforcing the Voluntary FRAND Commitment» (2011) *International Journal of IT Standards and Standardization Research* 9(1) 1
- Cabral L, Haucap J, Parker G, Petropoulos G, Valletti T og Van Alstyne M, «The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts» Publications Office of the European Union, Luxembourg 2021
- Carugati C, «How to implement the ban on self-preferencing in the Digital Markets Act» (2022) *Bruegel Policy Contribution* 22/2022
- Coates K, *Competition Law and Regulation of Technology Markets* (OUP 2011)
- Colangelo G, «In fairness we (should not) trust. The duplicity of the EU competition policy mantra in digital markets» (2023) *ICLE White Paper*, tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4360057
- Colangelo G, «The Digital Markets Act and EU Antitrust Enforcement: Double & Triple Jeopardy» (2022) *ICLE White Paper*
- Colomo PI, «Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles» (2020) *World Competition* 43(4) 417
- Colomo PI, «The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis» (2021) JECLAP 12(7)
- Crémer J, Dinielli D, Heidhues P, Kimmelman G, Monti G, Podszun R, Schnitzer M, Morton FS, de Streel A, «Enforcing the Digital Markets Act: Institutional Choices, Compliance, and Antitrust» (2022) *Digital Regulation Project Policy Discussion Paper* no. 7

- Cseres KJ, «Intersection of Competition and Regulation in Abuse of Dominance and Monopolization» i Akman P, Brook O og Stylianou K, *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization* (Edward Elgar 2023)
- de Streel A, «DMA Compass» i de Streel A (coord), «Effective and proportionate implementation of the DMA» CERRE 2023 tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4323647.
- de Streel A, Bourreau M, Micova SB, Feasey R, Fletcher A, Krämer J, Monti G, Petiz M, «Recommendations for the Effective & Proportionate DMA Implementation» i de Streel A (coord), «Effektive and Proportionate Implementation of the DMA» CERRE 2023, tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4323647.
- Doherty B, «Competition law and sector-specific regulation» (2001) CTLR 7(8) 225
- Dunne N, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets* (CUP 2015)
- Dunne N, «The Role of Regulation in EU Competition Law Assessment» (2021) World Competition 44(3) 287
- Eilmansberger T, «How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-competitive Abuses» (2005) CMLR 42(1) 129
- Graef I, «The future of refusal to deal and margin squeezes in the face of sector-specific regulation» i Akman P, Brook O og Stylianou K, *Research Handbook on Abuse of Dominance and Monopolization* (Edward Elgar 2023)
- Graver HP, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger» (2008) TfR 121(2) 149
- Hagiu A, Jullien B og Wright J, «Creating platforms by hosting rivals» (2018) TSE Working Papers 18-970, Toulouse School of Economics (TSE)
- Holzweber S, «Tying and bundling in the digital era» (2018) European Competition Journal 14(2-3) 342
- Jacobides MG og Lianos I, «Ecosystems and competition law in theory and practice» (2021) Industrial and Corporate Change 30(5) 1199
- Jones A, Sufrin B og Dunne N, *Jones and Sufrin's EU Competition law: text, cases and materials* (7. utg, OUP 2019)
- Komninos A, «The Digital Markets Act: How Does it Compare with Competition law?» (14. juni 2022) tilgjengelig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4136146
- Komninos A, «The Consumer Welfare Standard: A 'Problem' to Fix in EU Competition Law?» i Claici A, Komninos A og Waelbroeck D (reds), *The Transformation of EU Competition Law: Next Generation Issues* (Kluwer Law International 2023) 199
- Laguna de Paz JC, «Regulation and competition law» (2012) ECLR 33(2) 77
- Lamadrid de Pablo A, «Competition Law as Fairness» (2017) JECLAP 8(3) 147
- Lamadrid de Pablo A og Fernández NB, «Why the Proposed DMA Might Be Illegal under Article 114 TFEU, and How to Fix It» (2021) JECLAP 12(7)

- Martínez AR, «First Workshop on the DMA – This is not a Blueprint for the DMA: No Query is Similar to the Next» Kluwer Competition Law Blog (6. desember 2022)
- Monti G, «The Digital Markets Act: Improving Its Institutional Design» (2021) CoRe 5(2) 90
- Mæhle SS, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?» (2004) JV 39(5-6) 329
- Nazzini R, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102* (OUP 2011)
- O'Donoghue R og Padilla J, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* (2. utg, Hart 2013)
- Parret L, «The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives» i Zimmer D (red), *The Goals of Competition Law* (Edward Elgar 2012)
- Petit N, *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario* (OUP 2020)
- Petit N, «The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review» (2021) JECLAP 12(7) 529
- Petit N og Neyrinck N, «Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic» (2011) JECLP 2(2) 117
- Pettersson D, «Sector-Specific Ex Ante Regulation in Digital Markets - A Complement or Substitute to Antitrust Enforcement?» (2022) Europarättslig tidskrift 4, tilgjengelig på <https://ssrn.com/abstract=4222013>
- Schmidt HK, «Taming the shrew: is there a need for a new market power definition for the digital economy?» i Lundqvist B og Gal MS (reds), *Competition Law for the Digital Economy* (Edward Elgar 2019)
- Schweitzer H, «The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Markets Act Proposal» (2021) ZEuP 509
- Siciliani P, «On the Law & Economics of the Android Case» (2019) JECLAP 10(10) 638
- Whish R og Bailey D, *Competition Law* (9. utg, OUP 2018)
- Whish R og Bailey D, *Competition Law* (10. utg, OUP 2021)
- Witt AC, «The Digital Markets Act – Regulating the Wild West» (2023) CMLR 60(3) 625
- Zimmer D, «The basic goal of competition law: to protect the opposite side of the market» i Zimmer D (red), *The Goals of Competition Law* (Edward Elgar 2012)

Kommisjonsvedtak og dommer

Avgjørelser fra EU-Kommisjonen

IV/36.010-F3 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* OJ [1998] L 252/47

COMP/D-3/34.493 *DSD* OJ [2001] L 166/1

COMP/C-3/37.792 *Microsoft* OJ [2007] L 32/23

COMP/C-3/ 37.990 *Intel*

COMP/C-3/39.530 *Microsoft (tying)* OJ [2010] C 36/7

AT.39.740 *Google Search (Shopping)*

AT.40.099 *Google Android*

AT.40.411 *Google Search (AdSense)*

AT.40.703 *Amazon – Buy Box*

Dommer fra the Underretten (the General Court)

T-30/89 *Hilti AG v Commission*, [1991] ECR II-1439

T-83/91 *Tetra Pak International SA v Commission*, [1994] ECR II-755

T-139/98 *AAMS v Commission*, [2001] ECR II-3413

T-201/04 *Microsoft v Commission*, [2007] ECR II-3601

T-151/01 *Der Grüne Punkt- Duales System Deutschland GmbH v Commission*, [2007] ECR II-1607

T-286/09 *Intel v Commission* [2014] OJ C 245/8

T-712/14 *CEAHR v Commission*, EU:T:2017:748

T-851/14 *Slovak Telekom*, EU:T:2018:929

T-612/17 *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)* EU:T:2021:763

T-814/17 *Lietuvos geležinkeliai AB*, EU:T:2020:545

T-604/18 *Google and Alphabet v Commission (Google Android)* EU:T:2022:541

T-334/19 *Google and Alphabet v Commission (Google AdSense for Search)* (ikke avgjort)

Dommer fra EU-Domstolen (European Court of Justice)

6/72 *Continental Can v Commission*, EU:C:1973:22

6/73 og 7/73 *Commercial Solvents v Commission*, [1973] ECR 215

27/76 *United Brands v Commission*, [1978] ECR 207

85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461

C-333/94 P *Tetra Pak v Commission*, [1996] ECR I-5951

C-7/97 *Oscar Bronner GmbH*, [1998] ECR I-7791

C-418/01 *IMS Health GmbH & Co v NDC Health GmbH & Co*, [2004] ECR I-5039

C-501/06 P *GlaxoSmithKline*, [2009] ECR I-9291

C-385/07 P *Der Grüne Punkt- Duales System Deutschland GmbH* [2009] ECR I-6155

C-280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, [2010] ECR I-9555

C-403/08 *Football Association Premier League and Others*, [2011] ECR I-9083

C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige*, [2011] ECR I-527

C-209/10 *Post Danmark*, EU:C:2012:172

C-123/16 P *Orange Polska v Commission* EU:C:2018:590

C-413/14 P *Intel Corp v Commission* EU:C:2017:632

C-165/19 P *Slovak Telekom v Commission* EU:C:2021:239

C-117/20 *bpost v Autorité belge de la concurrence* EU:C:2022:202

C-151/20 *Bundeswettbewerbssbehörde v Nordzucker* EU:C:2022:203

C-377/20 *Servizio Elettrico Nazionale and Others* EU:C:2022:379

C-48/22 P – *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)* (ikke avgjort)

C-738/22 P – *Google and Alphabet v Commission* (ikke avgjort)

Primær- og sekundærlovgivning

Traktater

Charter of Fundamental Rights of the European Union [2016] OJ C 202/389

The Treaty of European Union [2012] OJ C 326/1

Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326/1

Forordninger og direktiver

Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services [2019] OJ L 186/57

Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act) [2022] OJ L 265/1.

Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act) [2022] OJ L 277/1

Rapporter

Australian Competition and Consumer Commission, “Digital Platform Services Inquiry: Interim report No. 2 – App marketplaces” (2021), tilgængelig på <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry%20-%20March%202021%20interim%20report.pdf>.

Crémer J, de Montjoye YA og Schweitzer H, “Competition policy for the digital era” (2019). OECD (2012), *The Digital Economy* DAF/COMP(2012)22

OECD (2021), *Ex Ante Regulation in Digital Markets – Background Note*, DAF/COMP(2021)15, tilgængelig på [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2021\)15&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2021)15&docLanguage=En).

OECD (2023), The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, DAF/COMP(2023)4, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2023\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2023)4/en/pdf)

Non-paper: Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement, tilgjengelig på <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement>

Unlocking Digital Competition. Report of the Digital Competition Expert Panel 2019 (Furman-rapporten), tilgjengelig på www.gov.uk/government/publications.

Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019, tilgjengelig på <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digitalplatforms-final-report> (Stigler-rapporten)

The Netherlands Authority for Consumers & Markets, “Market study into mobile app stores” (2019)

Retningslinjer fra Kommisjonen

Commission Notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ [1997] C 372/5