

2018-06-05

Dnr SU FV-1.1.3-1725-18

Regeringskansliet  
(Utrikesdepartementet)  
103 33 Stockholm

## **Remiss: Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster KOM (2018) 238 slutlig**

Juridiska fakultetsnämnden, Stockholms universitet, har anmodats att yttra sig över rubricerat förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster.

Juridiska fakultetsnämnden har granskat förslaget huvudsakligen utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv och har utöver vad som angivits nedan inte några övriga synpunkter att lämna.

### **1. Regler om transparens för att eliminera oskäliga villkor**

Det bör inledningsvis framhållas att rubricerad förordning ingår som en del av ett regulatoriskt initiativ från Europeiska kommissionen (kommissionen) att reglera de marknadsrättsliga aspekterna av affärsmässigt nyttjande av digital information, data, som inte faller under dataskyddsförordningen (GDPR). I detta initiativ ingår flera olika förslag till regleringar men det mest närliggande är förslaget till förordning om det fria flödet av icke-personuppgifter (non-personal data).<sup>1</sup> Vidare bör framhållas att GDPR till stora delar är marknadsreglerande.

Det bör framhållas att kommissionen hade en ambitiös ansats om att reglera vilka villkor som större onlineplattformar får nyttja för deras avtal med företagsanvändare. I den ”roadmap” för en P2B förordning som cirkulerade under slutet av 2017 angavs att:

“the aim is a) to optimise the innovation and growth potential of online platform ecosystems, by securing a predictable business environment for firms depending on platforms and thus enhancing the general level of trust of all (potential) users; b) to limit direct negative effects of problems arising in platform-to-business relationships; c) to prevent, *ex ante*, abuse of dependencies in the platform economy; d) to reduce

---

<sup>1</sup> Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om en ram för det fria flödet av icke-personuppgifter i Europeiska unionen KOM(2017)495.

burdensome compliance costs derived from legal fragmentation, which could jeopardise the functioning of the Digital Single Market, and; e) to facilitate the emergence of new online platform firms, including by reducing barriers to entry and by ensuring a level playing field.”<sup>2</sup>

Kommissionen är inte lika långtgående i vad den vill åstadkomma i det förslag som nu ligger.<sup>3</sup> Dock anges att ”[d]etta förslag syftar till att säkerställa rättvisa, förutsebara och förtroendebyggande rättsliga villkor för företagsanvändare, företagswebb-platsanvändare, leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster och sökmotorer.”<sup>4</sup> Vidare bör beaktas att den diskurs som generellt anges i ”impact assessment” och i liknande dokument tyder på att kommissionen vill adressera orättvisa och oskäliga avtals- och konkurrensvillkor. Det är därför något förvånande att det förslag på specifika regler som kommissionen nu lägger fram enbart tar sikte på att ge ökad transparens. Att leverantörerna av onlinebaserade plattformstjänster ska informera deras företagsanvändare om vissa specifika villkor för att få tillgång till deras tjänster.

Det bör dock framhållas att transparens inte nödvändigtvis avhjälper orättvisor eller problem med oskälighet. Det finns forskning som tyder på motsatsen, att företag som följer regler om transparens och förmedlar detta till sina kunder ses ha skäliga och rättvisa avtalsvillkor, men villkoren som sådana kan mycket väl vara orättvisa eller oskäliga (enligt annan lagstiftning).<sup>5</sup>

Innan vi återkommer till varför kommissionen lägger fram förslag på transparens för att adressera problem som kommissionen själva anger är betydande, och har stor inverkan på samhället,<sup>6</sup> vill vi adressera några andra mer specifika frågor.

## 2. Olika koncept och definitioner

Det bör påpekas att förslaget till förordning försöker sikta in sig på ett rörligt mål när det ska adressera onlineplattformar och onlinebaserade förmedlingstjänster. Definitionerna av dessa begrepp och vad som är inkluderat och exkluderat är dock något svårtillgängligt. Impact assessment listar olika tjänster och företag som kan komma att omfattas av

<sup>2</sup> Fairness in platform-to-business relations, Ref. Ares(2017)5222469 - 25/10/2017

<sup>3</sup> COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EXECUTIVE SUMMARY OF THE IMPACT ASSESSMENT Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, stating on page 3: ”[t]he specific policy objectives are three-fold. Firstly, the proposal intends to ensure a fair, transparent and predictable treatment of business users by online platforms. Secondly, the proposal aims to provide business users with more effective options for redress when they face problems. Thirdly, the initiative aims at creating a predictable and innovation-friendly regulatory environment for online platforms within the EU.”

<sup>4</sup> Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster COM(2018) 238 final, 3.

<sup>5</sup> Se till exempel denna studie vad avser priser: Jodie L. Ferguson, Pam Scholder Ellen, Transparency in pricing and its effect on perceived price fairness, Emerald Group Publishing Limited, 2013 <https://www.emeraldinsight.com/doi/abs/10.1108/JPBM-06-2013-0323?fullSc=1&journalCode=jpbm>.

<sup>6</sup> Även samhällsekonomiska nyhetstidningar är inne på samma spår. ”Regulations would merely enhance transparency, without creating a more competitive digital market.” <https://www.bloomberg.com/view/articles/2018-04-27/eu-s-proposed-regulations-for-social-media-are-toothless>

förslaget men vare sig förslaget eller Impact assessment anger klart varför vissa tjänster är medtagna och andra inte. Därtill finns det väldigt många olika onlineplattformar, på en mycket snabbt föränderlig global marknad, och det finns således en risk att de definitioner som anges i förslaget kommer bli obsoleta inom snar framtid.<sup>7</sup>

Möjligen, för att förstå om de begrepp och definitioner som finns i förslaget är adekvata, behövs en analys av annan relevant lagstiftning. Kommissionen bör således ta ställning till vad som händer om en onlineplattform innehar tjänster som inte innefattas av detta förslag men av annat förslag som kommissionen lagt fram, eller av redan instiftad lagstiftning. Gränsdragningen mellan olika regelsystem för den digitala industrin bör genomlysas så att inte vissa företag eller tjänster faller mellan stolarna.

### **3. Specifika regler i förslaget**

#### **Artikel 3 Allmänna villkor och artikel 4 tillfälligt avbrytande oh avslutande av tjänst**

Bakgrunden till Artikel 3 är att företagsanvändare, enligt kommissionen, inte kan förhandla om villkoren i de standardavtal som föreligger för användare som vill använda onlineplattformar samt, ändra leverantörer av onlineplattformar villkoren i dessa avtal utan att notifiera sina företagsanvändare. Artikel 3 anger därför att villkoren ska vara klara och enkla samt att företagsanvändare måste notifieras om de ska förändras.

Artikel 4 adresserar ett likande problem. Att det finns vissa ”community standards” som inte kan adresseras i förhandlingar, samt om en företagsanvändare begår brott mot en sådan standard kan de avskämmas från tjänsten. Enligt Artikel 4 ska en leverantör utan onödigt dröjsmål tillställa den berörda företagsanvändaren en redogörelse för skälen bakom ett beslut där användaren inte får nyttja tjänsten längre.

De problem som företagsanvändare sålunda har ventilerat är att det finns en ”take or it, or leave it”-attityd från större onlineplattformar. Denna attityd har troligen att göra med ett mer grundläggande problem att de som tillhandahåller dessa plattformar bestämmer om marknadstillträde (de är s.k. gatekeepers) och således har marknadsmakt. Att företag som tillhandahåller de populära onlineplattformarna kan ha en ”take or it, or leave it”-attityd gentemot sina kunder bör således möjligen föranleda regler inte bara om transparens utan möjligen bör en företagsanvändare ha rätt att förhandla eller ändra vissa villkor i standardavtalen.

#### **Artikel 5 Rangordning**

---

<sup>7</sup> För detaljerade analyser av onlineplattformar cf. Online Platforms: Contrasting perceptions of European stakeholders. A qualitative analysis of the European Commission’s Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms., s 11; OECD, The Economic and Social Role of Internet Intermediaries, 2010, s 9, 10; Online Platforms: Contrasting perceptions of European stakeholders. A qualitative analysis of the European Commission’s Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms., s 30; OECD, Market definition in multi-sided markets - Note by Sebastian Wismer & Arno Rasek, Hearing on Rethinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets, 21-23 June 2017, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)33/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En)

Leverantörer av onlinebaserade söktjänster ska i sina allmänna villkor ange de huvudparametrar som bestämmer rangordningen samt skälen för dessa huvudparametrars relativa betydelse jämfört med andra parametrar.

Rangordning av företag på söktjänster kan utgöra en mycket stark influens vilka företag som får tillgång till kunder och marknader, och vilka företag som exkluderas från kunder och marknader. Kommissionens förslag går ut på att en leverantör av en sökmotor måste ange huvudparametrarna för att bestämma rangordningen. Det finns dock ett undantag till denna bestämmelse. I sista punkten anges att leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster inte ska vara skyldiga att röja några företagshemligheter enligt definitionen i artikel 2.1 i direktiv (EU) 2016/943.

Frågan är om inte undantaget för företagshemligheter tar bort mycket av skyldigheten för leverantörer att tillhandahålla huvudparametrar som bestämmer rangordningen.

### **Artikel 6 och 7 om data och favorisering**

Artikel 7 föreskriver att leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster i sina allmänna villkor ska inkludera en beskrivning av tillgången till personuppgifter eller andra data som företagsanvändare eller konsumenter tillhandahåller de onlinebaserade förmedlingstjänsterna eller som genereras via dessa tjänster. Enligt Artikel 6 ska leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster i sina allmänna villkor inkludera en beskrivning av alla differentierade villkor som de ger avseende varor, tjänster men även data.

Artikel 6 och 7 behandlar från en konkurrensrättslig synvinkel relativt allvarliga incidenter inom den nya ekonomin. Indirekt anger Artikel 7 att personuppgifter tillfaller leverantören även om dessa har genererats av den tjänst som företagsanvändaren tillhandahöll på plattformen. Det verkar var utgångspunkten och så länge som leverantören klart anger detta i sina villkor kommer data tillfalla leverantören. Här bör framhållas att personuppgifter och icke-personuppgifter oftast inte omfattas av någon ekonomisk rättighet (dvs. immaterialrätt) och att data således inte är "ägt" av något rättssubjekt. Artikel 6 behandlar indirekt frågan om diskriminering och verkar ange att en leverantör får diskriminera till fördel för egen producerade tjänster och företag. Det är förenligt med förslaget om företagsanvändare informeras om diskrimineringen.

Givetvis kan konkurrensrätten vara tillämplig i de fall som anges ovan, oaktat om leverantören av den onlinebaserade plattformstjänsten har följt ovan givna förslag eller inte. Dock är skrivningen något olycklig eftersom dessa situationer kan vara av alvarlig natur. Diskriminering kan vara exkluderande och skapa konkurrenshämmande effekter eller resultat. Likväl kan det anses som stridande mot konkurrensrätten att inte få tillgång till data, i vart fall sin egen genererade data (t.ex. kunduppgifter).

Artikel 6 och 7 bör även anpassas till den nya dataskyddslagstiftningen, GDPR. Givetvis kan eventuellt samtycke givits till en företagsanvändare och inte till en leverantör, men förslaget verkar utgå ifrån den omvända situationen (det förekommer ofta att företag som nyttjar onlineplattformar inte tillåts av leverantörer fråga sina kunder om de samtycker till vissa lagringar eller datakörningar).

## Artikel 8 MFN-klausuler

Artikel 8 föreskriver att leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster i sina allmänna villkor ska ange skälen för inskränkning av företagsanvändares möjlighet att erbjuda samma varor och tjänster till konsumenterna på olika villkor via andra kanaler än genom dessa tjänster. Artikel 8 anger således inte ett förbud mot MFN klausuler eller ”price parity” -klausuler, utan endast att standardavtalet ska vara transparent. Samspelet mellan Artikel 8 och konkurrensrätten inte helt klarlagd. Det kan finnas situationer då en MFN- eller en Price Parity-klausul strider mot konkurrensrätten. Frågan blir därmed vilka signaler som Artikel 8 sänder.

## Resterande klausuler

Artiklarna 9-13 innehåller procedur och processuella regler om att leverantörer ska skapa interna klagomålmöjligheter, gå med på medling och möjlighet att ha en organisation som har ett övergripande ansvar om de regler som nu föreslås. Självreglering uppmuntras, och medling är inte bindande för en leverantör.

## Sammanfattning

Kommissionen verkar ha utgått ifrån att leverantörer av onlineplattformar nyttjar orättvisa affärsmetoder, men förslaget verkar inte adressera det. De regler som föreslås av kommissionen i detta förslag anger transparens som botemedlet. Oberoende av hur man ställer sig till frågan om de ovan beskrivna avtalsvillkoren ska anses vara orättvisa eller oskäligen, och bör regleras av lagstiftaren eller av marknaden, kan det anses något anmärkningsvärt att kommissionen vill adressera oskälighet och i realiteten orättvisa marknadsstrukturer genom regler om transparens. Troligen kommer inte det gå och målen med lagstiftningen kommer inte att kunna uppfyllas.

## 4. Den digitala ekonomin

Den förordning som denna remiss omfattar adresserar leverantörer av onlinebaserade förmedlingstjänster såsom e-marknadsplatser, onlinebaserade butiker för mjukvarutillämpningar och sociala medier. Som angivits ovan är detta dock en bit i ett större regulatoriskt pyssel som nu snabbt läggs av kommissionen. Till den diskussion som anges i denna remiss bör därför läggas en diskussion om dataskyddsförordningen (GDPR), förslaget till förordning om det fria flödet av icke-personuppgifter (non-personal data)<sup>8</sup> samt även annan lagstiftning om tillgång till data. Till detta kan även läggas viss konsumentlagstiftning.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om en ram för det fria flödet av icke-personuppgifter i Europeiska unionen KOM(2017)495

<sup>9</sup> Konsumentskyddslagstiftningen omfattar ett antal potentiellt skadliga affärsmetoder, och på EU-nivå handlar det i synnerhet om direktiv 2005/29/EG om otillbörliga affärsmetoder och rådets direktiv 93/13/EEG om oskäligen villkor i konsumentavtal. Såsom anges i impact assessment, föreskriver dessa direktiv omfattande transparens och god yrkessed. Tillämpningsområdet är dock begränsat till transaktioner mellan näringsidkare och konsumenterna (B2C). I gengäld omfattas vissa förbindelser företag till företag av direktiv 2006/114/EG om vilseledande och jämförande reklam.

Den lagstiftning som dock troligen ligger närmast det initiativ som kommissionen nu tagit är konkurrenslagstiftningen. Unionens konkurrenslagstiftning inriktas på konkurrensbegränsande beteenden hos företag. Kommissionen anger att de unilaterala potentiellt skadliga affärsmetoder som omfattas av det förslag som denna remiss behandlar inkräktar inte nödvändigtvis på EU:s konkurrenslagstiftning enligt artikel 101 eller artikel 102 i EUF-fördraget. Därmed är det, enligt kommissionen, möjligt att konkurrenslagstiftningen på unionsnivå eller nationell nivå inte omfattar alla typer av frågor som täcks av detta initiativ. Samspelet eller gränssnittet mellan det nu lagda förslaget och konkurrensrätten är inte helt enkelt och bör utredas ytterligare, dock bör det framhållas att den nu föreslagna lagstiftningen inte kan exkludera eller göra att konkurrensrätten inte är tillämplig. Snarare kan ett brott mot den nu föreslagna förordningen innebära att även t.ex. Artikel 102 EUF-fördraget anses överträtt, eftersom ett missbruk bör anses vara för handen.<sup>10</sup>

Juridiska fakultetsnämnden föreslår dock att en bredare genomsyn om vilka regleringar som ska föreligga för den digitala ekonomin. En sådan genomsyn bör genomföras av den svenska staten genom att tillsätta en utredning - en task force – som mer ingående analyserar de regleringar som kommissionen lägger fram på detta område. En utredning som även kan ta sig an den bakomliggande problematiken.

Framförallt bör viss forskning om nätverkseffekter och ”tipping” tas i beaktning vid en genomsyn.<sup>11</sup> Såsom kommissionen anger i sitt förslag gällande online plattformtjänster ”dras ofta nytta av betydande datadrivna direkta och indirekta nätverkseffekter, som tenderar att resultera i att det endast finns ett begränsat antal framgångsrika plattformar per förmedlat segment i ekonomin. Det ökade antalet förmedlingar av transaktioner som sker via onlineplattformar, kombinerat med starka indirekta nätverkseffekter som kan förstärkas av onlineplattformarnas datadrivna fördelar medför att företagens beroende av onlineplattformar ökar eftersom dessa fungerar som ett slags grindvakter (gatekeepers) till marknader och konsumenter. Asymmetrin mellan den relativa marknadsstyrkan hos ett litet antal ledande onlineplattformar förvärras av att utbudssidan till sin natur är fragmenterad och består av tusentals små näringsidkare.”

Vad kommission anger är att digitala marknader inte fungerar som vanliga produktmarknader eftersom betydande nätverkseffekter skapar starka spelare som genom deras storlek och genomslagskraft kan begränsa tillgång till kunder eller konsumenter. Det intressanta är att dessa nätverkseffekter verkar mycket snabbt och att ändra en marknad som redan ”tippat” är mycket svårt.

Vid en genomsyn måste internet av saker (Internet of Things) och den nya struktur som håller på att ta form för insamling, lagring och återanvändning av data även tas i beaktning. Den nya strukturen kan inte ingående beskrivas här, men det är troligt att samtliga företag som producerar ”saker”, t.ex. bilar, kök, kläder, skor etc., snart, genom uppkoppling mot IT-nätet, att samla in information (data) om dessa sakers användare (ofta

<sup>10</sup> Se den tyska konkurrensmyndighetens pågående mål gentemot Facebook där en koppling mellan brott mot dataskyddsregler och missbruk anses föreligga.

[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html)

<sup>11</sup> Jens Prüfer and C. Schottmüller, ‘Competing with Big Data’ (CentER Discussion Paper; Vol. 2017-007), Tilburg: CentER, Center for Economic Research.

persondata). Vidare kommer dessa saker att samla in mycket annan information (icke-persondata). Företag kan själva skapa moln för denna information med tillhörande programvara för att söka och nyttja informationen genom t.ex. prediktiv modellering. Det är dock mindre troligt att företag är beredda att investera de medel som behövs för att skapa adekvata databaser med tillhörande programvara. Mer troligt är att de är nödgade att köpa in dessa tjänster från leverantörer av molntjänster som oftast är samma företag som levererar onlineplattformar som denna remiss behandlar. Molntjänstleverantörer nyttjar redan idag avtal och avtalsklausuler i relation till de företag som producerar saker och insamlar data som är ofördelaktiga för sakproducenterna. För att få tillgång till molntjänster måste i realiteten dessa företag ge upp den exklusiva rätten till datan, men ofta även, generellt avsäga sig sina immaterialrättigheter (non-assert klausuler) gentemot samtliga företag i det digitala ekosystem som molnet tillhör gällande även det immaterialrättsliga landskap som ”sakerna” tillhör.<sup>12</sup>

Samspelet mellan plattformar, Internet of Things och molntjänster är en (stor) del av den (framtida) digitala ekonomin, och det går att skönja de problem som samspelet mellan dessa tjänster och teknologier kan åstadkomma. Det sagt är det dock svårt att förstå vilka regler som är tillämpliga. Därför ser Juridiska fakultetsnämnden att en bredare genomsyn bör företas.

## **5. Avslutande synpunkter**

Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, avstyrker förslaget, med de kommentarer som anges ovan. Generellt bör motiveringen till att en lagstiftning matcha de regler som föreslås i lagstiftningen. Juridiska fakultetsnämnden vill framhålla nödvändigheten av en bredare genomsyn av vissa frågor som förslaget väcker.

---

<sup>12</sup> Se till viss del Kommissionens ”staff working paper impact assessment”, men även Björn Lundqvist *Standardization for the Digital Economy: The Issue of Interoperability and Access Under Competition Law*, kommer snart publiceras i The Antitrust Bulletin.