

Synpunkter på EU-kommissionens förstudie avseende ett nytt konkurrensverktyg

Sammanfattning

- Konkurrensverkets erfarenheter från konkurrenstillsynen visar att det i många fall varit möjligt att åtgärda konkurrensproblem inom digitala marknader med stöd av det befintliga konkurrensregelverket. Konkurrensreglerna har hittills visat sig vara tillräckligt flexibla för att kunna tillämpas på nya, dynamiska och komplexa marknader.
- Samtidigt har det inte alltid varit möjligt att fullt ut åtgärda vissa typer av konkurrensproblem samt att vissa typer av problem även kan falla utanför tillämpningsområdet för nuvarande konkurrensregler.
- Baserat på Konkurrensverkets erfarenheter från konkurrenstillsynen och uppdraget att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens, kan Konkurrensverket se att ett ytterligare konkurrensverktyg skulle kunna fylla ett behov. En närmare redogörelse av andra konkurrensmyndigheters erfarenheter, inklusive Europeiska kommissionens ("kommissionen"), bör kunna ge ytterligare information om behovet är motiverat på europeisk nivå. Resultatet av Konkurrensverkets pågående sektorsundersökning om konkurrens på digitala plattformar förväntas också ge ytterligare inblick i konkurrensproblem på digitala plattformar och behovet av nya verktyg eller regleringar.
- I det remitterade underlaget framförs fyra alternativ för att åtgärda strukturella brister vad gäller förutsättningarna för konkurrens. Om ett nytt konkurrensverktyg införs bedöms att alternativ tre, det vill säga att kommissionen kan utforma skyldigheter för företag som inte har en dominerande ställning på marknaden samt att skyldigheterna kan tillämpas i alla sektorer, är det mest lämpliga alternativet.

- Konkurrensverket har identifierat ett flertal frågor som skulle behöva övervägas närmare i samband med införandet av ett eventuellt konkurrensverktyg, exempelvis vad gäller kommissionens befogenheter, möjlighet till rättslig prövning, processuella medel och samspelet mellan ett nytt konkurrensverktyg och tillämpningen av EU:s övriga konkurrensregler.

Strukturella konkurrensproblem

Konkurrensverket verkar för effektiv konkurrens i privat och offentlig regi till nytta för konsumenterna samt för effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.

Tekniska landvinningar har möjliggjort framväxten av handel med varor och tjänster i en mängd digitala kanaler. Digitaliseringen skapar och formar nya marknader, utmanar traditionella affärsmodeller, och möjliggör för stora och små företag att utveckla nya produkter och nå konsumenter på nya sätt. I centrum för digitaliseringen står nu så kallade digitala plattformar.¹

Svenska företag och konsumenter använder digitala tjänster i hög utsträckning jämfört med andra EU-länder. Kommissionens jämförelsemått för digital ekonomi och digitalt samhälle (desi-index) för 2020 placerar Sverige bland de ledande EU-länderna när det gäller det digitala området.²

De senaste åren har ett antal internationella rapporter framfört teoretiska belägg för särskilda strukturella konkurrensproblem som förknippas med digitala plattformar.³ Vissa av dessa marknader kännetecknas av extrema skalfördelar, nätverkseffekter, noll-priser, stora mängder av detaljerad data i kombination med artificiell intelligens, samt en tendens att konkurrera om marknaden i stället för att konkurrera på marknaden, vilket kan leda till att en marknad "tippar över" till ett företags fördel. Marknader med sådana kännetecken löper risk för svagare eller helt eliminerad konkurrens. Det minskar incitamenten och ökar utmaningarna för andra företag att träda in på marknaden. Vidare kan en sådan marknadsstruktur innebära att förmedlingstjänster kommer i en ställning där de

¹ I rapporten *Konkurrensen i Sverige 2018* framförde Konkurrensverket att ansatser att formulera en definition av digitala plattformar som är heltäckande och rättvisande riskerar att bli allmängiltig och intetsägande. Plattformen är snarast en affärsmodell som hjälper konsumenten genom att sortera och presentera marknadens utbud efter konsumentens förmodade preferenser, även om plattformens funktioner i vissa fall är helt avgörande för marknadens funktion.

² Europeiska kommissionen har sedan 2014 följt medlemsstaternas digitala framsteg med hjälp av indexet för digital ekonomi och digitalt samhälle (Desi). Desi är ett viktat index som baseras på fem dimensioner: konnektivitet, humankapital, användning av internettjänster, integrering av digital teknik, samt digitala offentliga tjänster. Sverige har 69,7 poäng vilket kan jämföras med ett EU-snitt på 52,6 poäng. Taget ur Index för digital ekonomi och digitalt samhälle (DESI) 2020 – Sverige. Europeiska Kommissionen. Se vidare <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/countries-performance-digitisation>. Hämtad 2020-08-31.

³ Se t.ex. Furman, Fletcher, Marsden, Coyle och McAuley (2019) *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, Morton m.fl. (2019) *Stigler committee on digital platforms, Final report*, och Crémer, de Montjoye och Schweitzer (2019) *Competition policy for the digital era*.

kan bestämma spelreglerna för anslutna företags möjligheter att konkurrera på marknaden. Detta kan även gälla på marknader där det finns konkurrens mellan olika plattformar.

Onlinehandel medför också att företag och konsumenter enklare kan jämföra priser. Samtidigt har användningen av avancerade algoritmer som analyserar stora mängder data om prissättning och konsumentbeteende ökat markant. Denna utveckling har medfört en oro för att företag har bättre förutsättningar att samordna sitt agerande, kring exempelvis högre priser, utan att de för den skull måste kommunicera direkt med varandra. Även utan samordning kan användningen av algoritmer och pristransparens online innebära svagare förutsättningar för priskonkurrens eftersom incitamenten att sänka priserna i syfte att öka försäljningen minskar om konkurrenternas prisalgoritmer snabbt anpassar sig till den nya prisnivån.⁴

Medan det på relativt kort tid har etablerats ett antal begrepp och teorier som bidragit till förståelsen av digitala marknader, är de empiriska beläggen för när skada på konkurrensen – och i slutändan skada för konsumenterna – kan uppstå fortfarande relativt begränsad. Det har dels sin förklaring i att dessa begrepp är förhållandevis nya, dels att konkurrensrättsliga utredningar är komplicerade och att det i regel tar lång tid innan praxis utvecklats.

Konkurrensverkets tillsynserfarenhet

Konkurrensverket har de senaste åren utvecklat erfarenhet av att utreda konkurrensproblem på marknader som i olika grad präglats av den ökade digitaliseringen. I en utredning, som genomfördes med stöd av 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), KL, och artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget, tillämpade ett företag exklusivavtal i förhållande till träningsanläggningar på marknaden för så kallade träningsaggregatorer. Eftersom avtalen hämmade andra företags möjligheter att träda in och växa på marknaden fattade Konkurrensverket ett interimistiskt beslut som förbjöd det aktuella företags användning av exklusivavtal inom vissa geografiska områden. Konkurrensverket godtog därefter frivilliga åtaganden från företaget att begränsa tillämpningen av exklusivavtal.⁵

Konkurrensverket har även utrett konkurrensförhållanden i anslutning till beställningsplattformar online för restauranger som vill nå ut med erbjudanden om avhämtning och utkörning av mat. Utredningen avslutades i samband med att företaget förtydligade sina avtal.⁶ Även i en annan utredning, rörande

⁴ Konkurrensverket (2017) *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader* Konkurrensverkets rapportserie 2017:2, s. 46.

⁵ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/konkurrensverket-godtar-frivilliga-ataganden-fran-traningsforetag/>.

⁶ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/utredning-ledde-till-fortydligande-av-onlinepizzas-avtal/>.

annonsplattformar, innebar ändringar i den aktuella affärsmodellen och villkorsändringar att ärendet kunde skrivas av.⁷ Konkurrensverket kunde i uppföljning av ärendet konstatera att flera nya aktörer hade etablerat sig på marknaden.⁸

En annan digital marknad som Konkurrensverket utrett är den för onlineresebyråttjänster. En onlineresebyrå är en internetbaserad förmedlingstjänst som tillåter konsumenter att söka efter, jämföra och boka hotellrum. Hotellen betalar provision för förmedlingen av hotellrum när en bokning genomförs. Konkurrensproblemet bestod i att onlineresebyråerna uppställde villkor om så kallad bred prisparitet, som syftar till att garantera att onlineresebyrån erhåller samma eller bättre pris för samma rum i förhållande till hotellens samtliga försäljnings- och förmedlingskanaler. I två parallella utredningar av den aktuella marknaden kunde problemet lösas med att ett företag åtog sig att inte tillämpa breda prisparitetsvillkor,⁹ medan ett annat, mindre företag ändrade sina villkor frivilligt på ett liknande sätt.¹⁰ Konkurrensverkets utredningar avseende onlineresebyråer samordnades med konkurrensmyndigheterna i Frankrike och Italien, där motsvarande åtagande hade godkänts, och bistods av kommissionen. Uppföljningar av ärendena har skett därefter.¹¹

I likhet med andra europeiska konkurrensmyndigheter har Konkurrensverket utrett förekomsten av vertikal prisstyrning genom användning av digitala prisbevakningsverktyg vid e-handel med musikinstrument. Konkurrensverkets utredning visade att marknaden kännetecknades av en hög grad av pristransparens. Användningen av digitala prisbevakningsverktyg innebar förutsättningar för automatiserad prisbevakning och möjliggjorde för återförsäljarna att snabbt uppmärksamma avvikelser hos konkurrenterna. Utredningen visade emellertid inte att de kontakter som förekommit mellan leverantörer och återförsäljare hade medfört att återförsäljarnas prissättning utgjort ett uttryck för parternas gemensamma vilja. Utredningen gav därför inte stöd för att konkurrensbegränsande avtal eller samordning om slutkundspriser hade uppkommit mellan de berörda företagen.¹²

Även inom ramen för Konkurrensverkets förvärvsprövning har det funnits ärenden med potentiella konkurrensproblem i förbindelse till digitala tjänster. I ett ärende rörande marknaden för parkeringsappar, tog utredningen sikte på flera

⁷ Se <http://www.konkurrensverket.se/globalassets/konkurrens/beslut/15-0601.pdf>.

⁸ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/okad-konkurrens-pa-marknaden-for-bilannonser-pa-internet/>.

⁹ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/battre-for-konsumenterna-efter-atagande-fran-booking-com/>.

¹⁰ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/granskning-av-onlineresebyran-expedia-avslutas/>.

¹¹ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/onlineresebyraer-fortsatter-tillampa-andrade-avtalsvillkor-for-hotell> samt <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/onlineresebyraer-fortsatter-tillampa-andrade-avtalsvillkor-for-hotell>.

¹² Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/konkurrensverket-avslutar-utredning-om-misstankt-prisstyrning-av-musikinstrument/>.

aspekter av den så kallade plattformsekonomin. Förvärvet var inte anmälningspliktigt men kunde prövas efter att Konkurrensverket ålagt det förvärvande företaget att anmäla förvärvet. Konkurrensverket beslöt att göra en fördjupad undersökning för att pröva om förvärvet kunde ge upphov till konkurrensbegränsande effekter, inklusive frågan om sammanslagning av data som genereras genom parkeringsappar kunde försämra förutsättningarna för effektiv konkurrens. Efter en fördjupad undersökning kunde Konkurrensverket emellertid konstatera att det inte fanns stöd för att koncentrationen var ägnad att påtagligt hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens.¹³ Ett annat ärende som utreddes närmare rörde marknaden för digitala söktjänster för bostäder.¹⁴ Enligt Konkurrensverkets preliminära bedömning skulle den sammanslagna enheten få en dominerande ställning. Efter besked om att Konkurrensverket avsåg att begära domstolsprövning av koncentrationen valde parterna att inte genomföra förvärvet.¹⁵

En misstanke om överträdelse av konkurrensreglerna innebär per automatik att det finns en misstanke om ett *förfarande* från ett eller flera företags sida. I den mån det förekommer strukturella brister på en marknad, som inte är förknippade med ett sådant förfarande, eller om konkurrensproblemet av annan anledning är svårt att åtgärda, avskrivs ärendet från vidare handläggning. Konkurrensverket för ingen förteckning över hur vanligt förekommande detta är. I vissa fall kan dock Konkurrensverket välja att tillskriva regeringen om behov av regelförändringar för att åtgärda ett konkurrensproblem. Så skedde i ett ärende som gällde SJ:s vägran att sälja vissa konkurrenters fjärrtågbiljetter i biljettbokningssystemet SJ-online. Konkurrensverket utredde ärendet både utifrån regleringen av missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § KL, artikel 102 EUF-fördraget och utifrån reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i 3 kap. 27 § KL. Konkurrensverkets bedömning var att de uppgivna problemen med att expandera respektive inträda på marknaden för kommersiell persontågtrafik, som en följd av SJ:s nekande, som i och för sig kunde identifieras, var en del av ett större marknadsproblem som mer effektivt skulle kunna åtgärdas på annat sätt än genom ett ingripande med stöd av konkurrensreglerna. I huvudsak berodde detta på att ett åläggande om att bereda konkurrenterna tillträde till onlinekanalerna skulle riskera att i otillräcklig grad undanröja SJ:s konkurrensfördelar och inte vara tillräckligt för att uppnå välfungerande konkurrens på marknaden för kommersiell persontågtrafik.¹⁶ Konkurrensverket beslutade därför att uppmärksamma regeringen på problemet i en skrivelse.¹⁷

¹³ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/konkurrensverket-godkanner-easyparks-forvarv-av-inteleon/>.

¹⁴ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/fordjupad-undersokning-av-schibstedts-forvarv-av-hemnet/>.

¹⁵ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/blocket-koper-inte-hemnet/>.

¹⁶ Se Konkurrensverkets beslut 2019-05-04, dnr 230/2018 och 380/2018, s. 11,

<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/konkurrens/beslut/18-0230-och-18-0380-beslut.pdf>.

¹⁷ Se <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/konsumenter-kan-vinna-pa-reglering-av-forsaljning-av-tagbiljetter>.

Flera aspekter återkommer i de utredningar Konkurrensverket bedrivit på digitala marknader. Dels finns det ett ökat internationellt inslag, där marknadsaktörer med betydande försäljning i Sverige har sin hemvist och huvudsakliga verksamhet utomlands. Dels finns det flera fall där marknaden riskerar att tas över av en av aktörerna – som inte nödvändigtvis behöver ha en uppenbart dominerande ställning, i konkurrensrättslig mening. Konkurrensverket har vidare identifierat marknader med tecken på förmedlingsmakt och även andra särdrag som kommissionen i den inledande konsekvensbedömningen kopplar samman med de marknader som det nya konkurrensverktyget ska kunna tillämpas på.

Konkurrensverkets konkurrensfrämjande arbete

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens i offentlig och privat verksamhet och mot en effektiv offentlig upphandling, lämna förslag till konkurrensutsättning och till regelreformer samt följa utvecklingen inom sitt ansvarsområde. Inom ramen för detta konkurrensfrämjande arbete har Konkurrensverket utrett och lämnat förslag till åtgärder i syfte att förbättra konkurrensen inom ett flertal branscher.

Som exempel på vilka typer av åtgärder som Konkurrensverket har föreslagit, framförde myndigheten i rapporten *Makten över bilen* (2019:2) att konkurrensen på bilförsäkringsmarknaden skulle förbättras om bilköpare själva kan välja om vagnskadegaranti ska ingå eller inte. I rapporten *Bättre konkurrens om fler byter djurförsäkring* (2018:6) framfördes ett flertal förslag, till exempel att kontraheringsplikten bör ses över, att veterinärvårdstjänster ska omfattas av konsumentköplagen (1990:932) och bättre förutsättningar för prisjämförelser. Även på tandvårdsområdet har Konkurrensverket föreslagit införandet av en prisjämförelsesajt.¹⁸ I en utredning om juridiska tjänster drogs bland annat slutsatsen att pristransparensen på marknaden är för låg och att reglerna för rättegångskostnader i förenklade tvistemål bör ses över.¹⁹ I rapporten *Konkurrensen i livsmedelskedjan* (2018:4) föreslogs att länsstyrelserna eller annan lämplig myndighet borde få i uppdrag att bistå kommuner i planeringsarbete och marktilldelning för att möjliggöra tillgång till attraktiva butikslägen. När det gäller flyttavgifter på livförsäkringsmarknaden har Konkurrensverket lämnat flera förslag, till exempel införandet av en minimitidsgräns för informationsgivning om villkorsförändringar.²⁰ På finansområdet har Konkurrensverket föreslagit att möjligheten att förbjuda prissignalering bör utredas.²¹

¹⁸ Konkurrensverket (2018) *Konkurrensen i Sverige* Konkurrensverkets rapportserie 2018:1.

¹⁹ Konkurrensverket (2017) *Juridiska tjänster och konsumenter* Konkurrensverkets rapportserie 2017:10.

²⁰ Konkurrensverket (2016) *Flyttavgifter på livförsäkringsmarknaden* Konkurrensverkets rapportserie 2016:12.

²¹ Konkurrensverket (2013) *Konkurrensen på den finansiella tjänstemarknaden* Konkurrensverkets rapportserie 2013:4.

Sektorsundersökning om konkurrens på digitala plattformar

För att bidra till att förbättra det empiriska underlaget om hur konkurrensen fungerar på digitala plattformar genomför Konkurrensverket för närvarande en sektorsundersökning. Syftet med denna är att undersöka om det finns strukturella problem på digitala marknader i Sverige och, i så fall, om dessa kan hanteras inom ramen för befintliga konkurrensregler. Sektorsundersökningen beräknas vara klar i slutet av 2020. I en inledande konsultation med marknadsaktörerna pekar de på potentiella konkurrensproblem på marknader med hög koncentrationsgrad i kombination med hög grad av vertikal integration.²² Det är dock för tidigt att dra slutsatser från studien.

Utöver detta har Konkurrensverket uppdragit åt forskare att genomföra studier om problem som är vanliga på digitala marknader. De senaste åren har Konkurrensverket finansierat forskningsprojekt om blockkedjeteknik, prisbildning online och disruptiv digitalisering inom marknaden för juridiska tjänster. Under innevarande år kommer uppdragsforskningsrapporter om data som betalningsmedel samt algoritmer som prissamarbetar publiceras.²³

Utveckling av praxis och befintliga regelverk

Tillämpningen av de ständiga förbuden i artikel 101 och 102 EUF-fördraget har, trots att förbuden är oförändrade alltsedan Romfördraget trädde i kraft, kunnat anpassas till skiftande marknadsförhållanden genom en omfattande praxisbildning. Vid en bedömning av om konkurrensreglerna är tillräckliga bör därför möjligheterna av ny rättspraxis tas i beaktande. På europeisk nivå utreder kommissionen flera av de stora digitala företagen utifrån delvis nya skadeteorier som är specifika för digitala marknader. Det har ännu inte hunnit etableras någon vedertagen praxis med grund i dessa ärenden.

På europeisk nivå utvärderas för närvarande olika kommissionsförordningar som ger undantag från konkurrensreglerna för vissa typer av horisontella²⁴ och vertikala²⁵ avtal. Vidare utvärderas viktiga riktlinjer för hur konkurrensreglerna, enligt kommissionen, ska tillämpas på horisontella och vertikala avtal. Därutöver pågår även en utvärdering av kommissionens tillkännagivande om marknadsdefinition.²⁶ Konkurrensverket deltar i dessa utvärderingar inom ramen för nätverket European Competition Network (ECN). Utfallet av det arbetet har

²² Konkurrensverket (2020) *Resultat av den inledande konsultationen och vägen framåt*.

²³ Lindblom, Pontus (2019) Blockkedjeteknik utifrån ett konkurrensperspektiv (Uppdragsforskning 2019:4); Rudholm, Niklas och Lindgren, Charlie (2019) Prisspridning på e-handelsmarknader med låga sökkostnader (Uppdragsforskning 2019:1); Sandström, Christian (2017) Disruptiv digitalisering inom marknaden för juridiska tjänster. Snabb evolution eller teknisk revolution? (Uppdragsforskning 2017:4). De utgivna publikationerna går att nå via Konkurrensverkets webbsida.

²⁴ Se <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/11886-Evaluation-of-EU-competition-rules-on-horizontal-agreements/public-consultation>.

²⁵ Se <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/1936-Evaluation-of-the-Vertical-Block-Exemption-Regulation/public-consultation>.

²⁶ Se <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Evaluation-of-the-Commission-Notice-on-market-definition-in-EU-competition-law/public-consultation>.

betydelse för den fortsatta tillämpningen av konkurrensreglerna på förfaranden som bedöms vara vanliga på digitala marknader.

För att en konkurrensmyndighet på ett effektivt sätt ska kunna ingripa på komplexa marknader med stöd av konkurrensreglerna krävs också att myndigheten har befogenheter och verktyg som anpassats till de nya marknadsförhållandena, samt att det finns tillräckliga resurser hos den utredande myndigheten. Konkurrensverket utvecklar kontinuerligt de verktyg och metoder myndigheten använder för att de ska hålla jämna steg med utvecklingen. Implementeringen av det så kallade ECN+-direktivet²⁷ kommer också att ge Konkurrensverket utredningsbefogenheter som är anpassade till utvecklingen.

Finns det behov av ytterligare verktyg eller regleringar?

Konkurrensverkets erfarenhet från konkurrenstillsynen visar att det i många fall varit möjligt att åtgärda konkurrensproblem inom digitala marknader med stöd av det befintliga konkurrensregelverket. Konkurrensreglerna har visat sig vara tillräckligt flexibla för att kunna tillämpas på nya, dynamiska och komplexa marknader. Samtidigt har det inte alltid varit möjligt att fullt ut åtgärda vissa typer av konkurrensproblem samt att vissa typer av problem även kan falla utanför tillämpningsområdet för nuvarande konkurrensregler. Bland dessa problem finns risken för att marknaden tippas över utan att det företag som är föremål för utredningen har en dominerande ställning, förmedlingsmakt utan dominans och prissamordning utan att något avtal eller samordnat förfarande kan konstateras.

Även i det konkurrensfrämjande arbetet har Konkurrensverket identifierat konkurrensproblem som inte kan åtgärdas med stöd av konkurrensreglerna. Konkurrensverket har då uppmärksammat regeringen på sådana problem och lämnat förslag på åtgärder.

Alternativa lösningar för att tillgodose ett behov

I den utsträckning tillsyn med stöd av befintliga konkurrensregler anses vara otillräcklig för att lösa identifierade konkurrensproblem, uppstår frågan hur detta bör åtgärdas.

Trots att förbuden i artikel 101 och 102 EUF-fördraget är oförändrade, är nya konkurrensverktyg inte något unikt och de ursprungliga förbuden har efter Romfördragets tillkomst kompletterats med ytterligare generella (det vill säga ej branschspecifika) konkurrensregler. Ett exempel är reglerna om företagsförvärv. Inledningsvis användes motsvarigheterna till nuvarande artikel 101 och 102 EUF-fördraget för att kontrollera företagskoncentrationer. Då det visade sig innebära

²⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1 av den 11 december 2018 om att ge medlemsstaternas konkurrensmyndigheter befogenhet att mer effektivt kontrollera efterlevnaden av konkurrensreglerna och om att säkerställa en väl fungerande inre marknad.

svårigheter att effektivt ingripa mot skadliga förvärv med stöd av förbuden, kompletterades fördragsreglerna med en koncentrationsförordning och regler i nationell lagstiftning om att större förvärv ska anmälas och granskas innan de får genomföras.

Ett annat exempel på kompletterande konkurrensregler är möjligheten för vissa nationella konkurrensmyndigheter att ingripa mot utnyttjande av ekonomiskt beroende, det vill säga regler som täcker fler situationer än förbudet mot missbruk av dominerande ställning.²⁸ De svenska reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – som gäller för alla branscher där offentliga aktörer bedriver säljverksamhet – kan också ses som ett exempel där de ursprungliga konkurrensrättsliga reglerna kompletterats med nya.

I några länder har de nationella konkurrensmyndigheterna redan verktyg som liknar det nu föreslagna nya konkurrensverktyget. Mest känt är Storbritanniens Market Investigation-instrument. Den brittiska konkurrensmyndigheten Competition and Markets Authority (CMA) har med stöd av det brittiska regelverket utrett ett flertal olika branscher, bland annat flygplatser, begravningsstjänster, dagligvaruhandel, sjukvård, cement, revisionstjänster, lokaltransport och banktjänster.²⁹ Även i Island och Grekland har konkurrensmyndigheterna liknande verktyg. I båda länderna har konkurrensmyndigheterna utrett marknader för drivmedel.

Konkurrensrätten har historiskt sett utvecklats och anpassats till nya affärsmodeller och marknader. Som nämns ovan pågår det en översyn av flera av kommissionens förordningar och riktlinjer. Framtida praxis från kommissionen och domstolarna kan också förväntas ge vägledning om hur till exempel marknadsakt och nya typer av förfaranden ska bedömas. Det bör dock påpekas att vissa marknader utvecklas snabbt och att det finns en risk att konkurrensrättslig praxis inte hinner utvecklas i samma takt som behovet av ingripanden.

Ett nytt konkurrensverktyg kan komplettera de traditionella konkurrensreglerna på flera sätt. Den nuvarande konkurrenstillsynen har fokus på enskilda företags förfaranden. Företag kan åläggas att upphöra med förfaranden om de omfattas av något av de konkurrensrättsliga förbuden. Företag kan också bötfällas för överträdelser. Ett nytt konkurrensverktyg skulle kunna vara mer framåtblickande och användas för att förhindra att konkurrensproblem uppkommer till följd av en viss marknadsstruktur eller på grund av ensidiga förfaranden av företaget som

²⁸ Till exempel har den belgiska konkurrensmyndigheten nyligen fått en sådan möjlighet: https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/20200813_press_release_32_bca.pdf. För lagtext, se: https://www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/200731_kbar_misbruiken-abus_eco.pdf.

²⁹ För dessa och andra exempel, se förteckningen över ärenden av typen "Markets" på CMA:s webbplats: https://www.gov.uk/cma-cases?case_type%5B%5D=markets.

(ännu) inte har en dominerande ställning. Ett nytt verktyg kan också komma till användning för att öppna upp marknader som lider av dålig konkurrens. Om det nya verktyget inte är bundet till konkurrensrättsliga kriterier som dominerande ställning eller avtal mellan företag, ökar möjligheterna att ingripa mot strukturella konkurrensproblem, till exempel inom en viss sektor. Åtgärder skulle till exempel kunna riktas mot samtliga företag på en marknad, inte bara gentemot ett visst dominerande företag. Dessutom skulle det finnas större möjligheter att vidta en kombination av åtgärder för att till exempel öka kundvänlighet, underlätta inträdesmöjligheter för nya företag eller i syfte att försvåra för konkurrenter att samordna sitt beteende.

På vissa marknader, särskilt sådana som kännetecknas av naturliga monopol, kompletteras de allmänna konkurrensreglerna av sektorsspecifika regleringar, som bland annat innehåller bestämmelser för att på olika sätt upprätthålla och främja konkurrensen. Det kan bland annat röra sig om att underlätta kundvänlighet (till exempel reglering av nummerportabilitet för telefoni), att förhindra konkurrensnedvridande diskriminering (till exempel regler om flygplatsavgifter) eller om att underlätta marknadsinträde genom att reglera tillträde till infrastruktur. Ibland har införandet av sektorsspecifika regler föregåtts av ingripanden med stöd av konkurrensreglerna. Ett exempel är de så kallade mellanbanksavgifterna för kortbetalningar, som kommissionen utrett grundligt och ingripit mot med stöd av konkurrensreglerna, och som sedan 2015 är reglerade genom en förordning. I Storbritannien har det förekommit att skyldigheter för företag införts med stöd av deras motsvarighet till det föreslagna verktyget, för att senare ersättas med nationell lagstiftning eller EU-regler.

Överväganden gällande införandet av ett nytt konkurrensverktyg bör således göras med beaktande av möjligheterna och lämpligheten i att åtgärda konkurrensproblem med hjälp av annan lagstiftning – på nationell nivå eller EU-nivå.

Parallellt med den pågående konsultationen om införandet av ett nytt konkurrensverktyg inhämtar kommissionen synpunkter på ett förslag till förhandsreglering av mycket stora nätplattformar som agerar "grindvakter".³⁰ Beroende på den närmare utformningen av respektive förslag kan det finnas en viss överlapp vad gäller vilka problem som kommissionen avser att komma tillrätta med. Som framgår ovan kan strukturella konkurrensproblem förekomma även på andra marknader än de som kännetecknas av stora nätplattformar, och såvitt Konkurrensverket uppfattat saken är det ännu inte känt om en sådan förhandsreglering kommer att omfatta digitala plattformar som är stora och agerar grindvakter endast i Sverige.

³⁰ Se initiativ om förhandsreglering av mycket stora plattformar på kommissionens webbplats: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers>.

En potentiell fördel med det föreslagna verktyget i förhållande till sektorsspecifik lagstiftning är att regelverket primärt tar sikte på att åtgärda brister i konkurrenssituationen och främja väl fungerande marknader, vilket historiskt sett inte alltid varit fallet med sektorsspecifika regler. En annan fördel är större flexibilitet och bättre möjligheter att anpassa åtgärder till utvecklingen på dynamiska marknader. Beroende på den närmare utformningen kan ett nytt konkurrensverktyg dessutom vara en snabbare väg för att åtgärda strukturella konkurrensproblem.

Ett nytt konkurrensverktyg bör emellertid inte ses som en motsats till sektorsspecifik reglering. En undersökning med stöd av det nya verktyget behöver inte resultera i åläggande mot företag eller andra direkta ingripanden från kommissionen, utan kommissionen skulle också kunna lämna förslag om förändringar i sektorsreglering om det anses vara en lämplig lösning.

Avvägning

Baserat på Konkurrensverkets erfarenheter från konkurrenstillsynen och uppdraget att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens, kan Konkurrensverket därför se att ett nytt konkurrensverktyg skulle kunna fylla ett behov. En närmare redogörelse av andra europeiska konkurrensmyndigheters erfarenheter, inklusive kommissionens, bör kunna ge ytterligare information om behovet. Resultatet av Konkurrensverkets sektorsundersökning förväntas också ge ytterligare inblick i konkurrensproblem på digitala plattformar och behovet av nya verktyg eller regleringar.

Om kommissionen får ett sådant verktyg som nu diskuteras skulle det sannolikt vara särskilt användbart på gränsöverskridande marknader där åtgärder på EU-nivå är att föredra, för att undvika olika lösningar i olika medlemsstater med fragmenterade marknader som följd. Det är i det här skedet inte möjligt att bedöma om strukturella konkurrensproblem på nationell nivå av den typ som Konkurrensverket har beskrivit erfarenheter av i tidigare avsnitt skulle åtgärdas av ett nytt verktyg som tillämpas av kommissionen. I förlängningen kan det finnas anledning att överväga om det finns behov av ett nytt konkurrensverktyg som tillämpas också på nationell nivå.

Avvägningen mellan ett nytt konkurrensverktyg eller sektorsspecifik reglering gäller dock inte bara utformningen av verktyget och vilka åtgärder som kan vidtas med stöd av dem, utan även fördelningen av kompetens mellan kommissionen och medlemsstaterna. Om ett nytt konkurrensverktyg införs är det viktigt att klargöra hur beslut av kommissionen med stöd av ett sådant verktyg skulle förhålla sig till annan lagstiftning på såväl nationell som EU-nivå.

Synpunkter på konkurrensverktygets tillämpningsområde

I det remitterade underlaget framförs fyra alternativ för att åtgärda strukturella brister vad gäller förutsättningarna för konkurrens. Samtliga alternativ förutsätter en föregående utredning som identifierar bristerna på den aktuella marknaden.

- Alternativ 1 innebär att kommissionen kan ålägga ett dominerande företag skyldigheter som syftar till effektiv konkurrens. Skyldigheterna är inte avgränsade till några specifika marknader utan kan tillämpas i alla sektorer.
- Alternativ 2 innebär att kommissionen kan ålägga ett dominerande företag skyldigheter som syftar till effektiv konkurrens, men såsom förslaget får uppfattas innebär alternativ 2 att kommissionens befogenheter att utfärda skyldigheter är begränsade till digitala marknader eller marknader som kännetecknas av liknande problem.
- Alternativ 3 innebär att kommissionen kan utforma skyldigheter för företag som inte har en dominerande ställning på marknaden. Kommissionens befogenheter skulle således vara mer vidsträckta än i alternativ 1 och 2. I likhet med alternativ 1 innebär alternativ 3 också att skyldigheterna kan tillämpas i alla sektorer.
- Alternativ 4 innebär i likhet med alternativ 3 att kommissionen kan utforma skyldigheter för företag som inte har en dominerande ställning på marknaden, men i alternativ 4 ska skyldigheter primärt utformas för digitala marknader eller marknader som har samma kännetecken som digitala marknader.

Frågan om vilka företag som ska kunna åläggas skyldigheter och om det är ändamålsenligt med en avgränsning till digitala marknader är kopplad till vilka problem kommissionen identifierar i sina utredningar. Det förefaller troligt att åläggandenas utformning skiljer sig åt mellan olika marknader. Eftersom det ännu inte är tydligt vilka marknader kommissionen anser sig behöva utreda med det nya verktyget förefaller det olämpligt att i förväg begränsa kommissionens möjligheter att ingripa till marknader med en dominerande aktör som i alternativ 1 och 2.

En effekt av digitaliseringen är att allt fler sektorer har digitala inslag. I en rapport från 2017 framförde Konkurrensverket att utvecklingen väcker frågan om det i framtiden är meningsfullt att särskilja e-handel från "vanlig" handel.³¹ Att som i alternativ 2 och 4 begränsa verktygets tillämpningsområde förefaller således olämpligt och kan ge upphov till komplicerade gränsdragningsfrågor i framtiden.

³¹ Konkurrensverket (2017) *Konkurrens och tillväxt på digitala marknader* Konkurrensverkets rapportserie 2017:2, s. 149.

Mot bakgrund av det ovan anförda och med beaktande av kommissionens underlag om vilka konkreta problem som verktyget ska lösa bedöms att alternativ tre är det lämpligaste alternativet.

Särskilda överväganden vid utformningen av ett eventuellt konkurrensverktyg

Tydliga och transparenta procedurer

Om ett nytt konkurrensverktyg införs är det viktigt med tydliga regler för hur och när det nya verktyget är tänkt att tillämpas. Tydliga ramar är viktiga för att företagen i förväg ska veta vilka åtgärder som kommissionen kan vidta och vilka resultat en utredning baserad på det nya verktyget kan få. Om ett nytt konkurrensverktyg införs ankommer det på kommissionen att säkerställa att utredningarna genomförs på ett transparent sätt.

Rättsliga standarder

Av det remitterade underlaget framgår inte vilka kriterier eller rättsliga standarder som ska tillämpas för att bedöma om kommissionen ska kunna ingripa på en marknad under det nya konkurrensverktyget. Vid utformningen av ett konkurrensverktyg som har ett brett tillämpningsområde är det viktigt med tydlighet i fråga om hur kommissionens befogenheter ska avgränsas för att öka förutsebarheten för marknadsaktörer. Väl definierade rättsliga standarder och kriterier är avgörande för denna avgränsning. Enligt Konkurrensverket behövs betydligt mer underlag i den här frågan än vad som hittills har presenterats av kommissionen.

Vid utformningen av rättsliga standarder och kriterier är det möjligt att inspiration kan hämtas från andra konkurrensmyndigheter som har liknande verktyg. Vid tillämpningen av den brittiska konkurrensmyndigheten CMA:s Market Investigation-instrument gör myndigheten en bedömning om det finns aspekter såsom marknadsstruktur och/eller förfaranden som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen i förhållande till vad CMA bedömer skulle kunna anses som en väl fungerande marknad.³² Riktlinjer har fastställts som ger vägledning i fråga om vilka faktorer som ska vägas in vid den sammantagna bedömningen.³³

En effektiv konkurrens till nytta för konsumenterna har sedan länge varit den grundläggande principen för konkurrensrätten inom EU. Ett nytt konkurrensverktyg bör enligt Konkurrensverkets mening också syfta till att

³² Så kallat "negativ effekt för konkurrensen"-test.

³³ Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies, se https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf

uppnå detta mål. För det fall syftet med konkurrensverket ska vara att uppnå andra mål än nuvarande för konkurrenspolitiken är det viktigt att detta klargörs.

Ingripandemöjligheter

Beträffande de ingripandemöjligheter som kan följa av det nya konkurrensverket framstår det som en stor utmaning att fatta välgrundade beslut om åtgärder som främjar en framtida konkurrens utan att riskera att skada den. Om konkurrensverket införs med ett brett tillämpningsområde enligt alternativ tre, vilket innebär att åtgärder kan vidtas i alla sektorer utan att ha konstaterat att en överträdelse har skett, även mot företag som inte har en dominerande ställning på marknaden, är det särskilt viktigt att kommissionens ingripandemöjligheter övervägs noga.

När det gäller åtgärder vid en överträdelse av EU:s konkurrensregler ställs kravet att åtgärderna ska vara nödvändiga för att få överträdelsen att upphöra, under iakttagande av proportionalitetsprincipen. Åtgärder kan hänföras till företagets agerande, så kallade beteendemässiga åtgärder, eller strukturella åtgärder, i enlighet med förordning 1/2003.³⁴ Ur företagets perspektiv är strukturella åtgärder vid överträdelser av konkurrensreglerna i regel mer ingripande och långtgående än beteendemässiga åtgärder. Vid kommissionens tillämpning av strukturella åtgärder ställs höga krav på att de endast bör åläggas om det inte finns någon lika effektiv beteendemässig åtgärd eller om en lika effektiv beteendemässig åtgärd skulle vara mer betungande för det berörda företaget än den strukturella åtgärden. Ur rättssäkerhetsperspektiv anser Konkurrensverket att de krav som ställs på ingripandemöjligheterna i samband med det nya konkurrensverket bör vara minst lika höga som de som gäller vid tillämpningen av konkurrensreglerna.

Det bör också övervägas om det inom ramen för ett nytt konkurrensverktyg bör finnas en möjlighet för kommissionen att i dialog med berörda företag identifiera ändamålsenliga åtgärder för att komma tillrätta med identifierade problem. Vid tillämpningen av EU:s konkurrensregler finns en möjlighet för företag att inkomma med frivilliga åtaganden för att undanröja konkurrensproblem.³⁵ En liknande möjlighet skulle kunna övervägas i samband med införandet av ett nytt konkurrensverktyg.

På marknader där konkurrensen riskerar att försämrats snabbt kan åtgärder behöva införas på kort tid, vilket skulle kunna möjliggöras genom interimistiska åtgärder.

³⁴ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget ("förordning 1/2003").

³⁵ Artikel 9, förordning 1/2003.

Processuella medel

För att uppnå sitt syfte bör konkurrensverket förenas med utredningsbefogenheter som underlättar arbetet med att identifiera och åtgärda strukturella konkurrensproblem. Befogenheterna bör därför åtminstone motsvara de som kommissionen har när den genomför en sektorsundersökning med stöd av artikel 17 i förordning 1/2003 (vilka kan vara att begära information av och genomföra intervjuer med företagen och även en möjlighet att göra inspektion hos företagen).

Möjlighet till rättslig prövning

Det är viktigt med en rättssäker prövning och en möjlighet för företag som träffas av kommissionens beslut eller annars direkt och personligen berörs av beslutet (jämför artikel 263 EUF-fördraget) att få kommissionens beslut i dess helhet prövat i domstol.

Beträffande frågan om vem som har partsställning och möjlighet att överklaga kommissionens beslut kan det nämnas att den brittiska konkurrensmyndigheten (CMA) brukar publicera en så kallad issue statement tidigt i processen. Företag som berörs mer direkt av frågorna som lyfts i detta dokument har då möjlighet att föra en mer aktiv dialog med myndigheten och få en större insyn i resten av processen.

Samspelet mellan konkurrensverket och tillämpningen av EU:s konkurrensregler

Om ett nytt konkurrensverktyg införs är det viktigt att tydliggöra samspelet mellan det nya konkurrensverket och kommissionens och de nationella konkurrensmyndigheternas tillämpning av EU:s konkurrensregler. En fråga som skulle behöva övervägas närmare är konkurrensverktygets förhållande till förfaranden som i dag omfattas av gruppundantag.

Det bör även övervägas hur konkurrensverket kan påverka den decentraliserade tillämpningen av EU:s konkurrensregler enligt förordning 1/2003, varigenom kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter har parallell behörighet att tillämpa EU:s konkurrensregler. EU:s konkurrensmyndigheter tillämpar dessa regler i nära samarbete inom ramen för ECN. Syftet med samarbetet är att upprätthålla konkurrensen och säkra en enhetlig tillämpning av EU:s konkurrensregler. Mekanismerna för samarbetet regleras tydligt i förordning 1/2003. En aspekt av samarbetet är att se till att ärenden handläggs av den konkurrensmyndighet som är bäst lämpad, bland annat med hänsyn till förfarandets inverkan på konkurrensen inom myndighetens behörighetsområde. Om kommissionen inleder en utredning fräntas de nationella konkurrensmyndigheternas behörighet att tillämpa EU:s konkurrensregler i samma ärende, vilket motverkar risken för en inkonsekvent tillämpning av EU:s konkurrensregler. Det är dock oklart från kommissionens inledande

konsekvensbedömning i vilken utsträckning kommissionens tillämpning av det nya konkurrensverktyget skulle påverka de nationella konkurrensmyndigheternas möjlighet att samtidigt utreda konkurrensproblem på relaterade marknader eller företag.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit funktionsansvarig för internationella frågor Graeme Jarvie.

Yttrandet undertecknas inte egenhändigt och saknar därför namnunderskrifter.

Rikard Jermsten

Graeme Jarvie