
EUROPARÄTTSLIG TIDSKRIFT

Särtryck ur ERT 2020 4

Interimistiska ålägganden i
konkurrensrätten – en ny gryning?

Av Johan Wahlbom

INTERIMISTISKA ÅLÄGGANDEN I KONKURRENSRÄTTEN – EN NY GRYNING?

Johan Wahlbom*

1 INLEDNING

Den 5 december 2019 beslutade Konkurrensverket att interimistiskt ålägga företaget IM WITH BRUCE AB ("Bruce") att inte tillämpa vissa exklusivitetsklausuler i befintliga och framtida avtal.¹ Det interimistiska åläggandet kom som en överraskning för många. Konkurrensverket har historiskt sett utfärdat få ålägganden av denna typ. Vid tidpunkten för åläggandet i *Bruce* var det sju år sedan Konkurrensverket senast beslutade om ett interimistiskt åläggande.²

Konkurrensverkets interimistiska åläggande i *Bruce* sammanföll i tiden med det interimistiska åläggande som Europeiska Kommissionen ("kommissionen")

* Advokat, verksam vid Advokatfirman Vinges EU- och konkurrensrättsgrupp i Stockholm.

¹ Konkurrensverkets beslut av den 5 december 2019 i dnr 572/2019.

² Se dnr 501/2012 *Svenska Hockeyligan AB*, 20 september 2012, interimistiskt åläggande vid vite att inte tillämpa eller vidta sanktioner mot klubbar som inte följde Svenska Hockeyligans beslut om att inte teckna korttidskontrakt med spelare från NHL som lockoutats (Konkurrensverkets beslut överklagades till Marknadsdomstolen som upphävde beslutet, se Marknadsdomstolen dnr A 2/12 *Svenska Hockeyligan AB./ Konkurrensverket*, 12 oktober och 3 december 2012). Andra ärenden i vilka Konkurrensverket utfärdat ett interimistiskt åläggande är t.ex. dnr 533/2009 *Ekfors Kraft AB*, 25 november 2009, åläggande vid vite att ansluta Haparanda stads gatu- och vägbelysningsnät till Ekfors Kraft AB:s elnät (fastställt efter överklagande, se A 4/09 *Ekfors Kraft AB./ Konkurrensverket*, 26 februari 2010), dnr 542, 547 och 561/2009 *Lufifartsverket*, 23 oktober 2009, åläggande vid vite att inte genomföra den planerade förändringen i kö- och framkörnings-systemet för taxibilar (fastställt efter överklagande, se A 3/09 *Lufifartsverket./ Konkurrensverket*, 5 februari 2010) och dnr 598/1999 *Interflora AB*, 5 augusti 1999, åläggande att inte tillämpa en viss avtalsklausul i samarbetsavtal mellan Interflora AB och medlemmarna i Interflorakedjan (Konkurrensverkets beslut om åläggande upphävdes efter överklagande, se A 15/99 *Interflora AB./ Konkurrensverket*, 30 januari 2001). Det finns därutöver exempel på ytterligare (äldre) interimistiska ålägganden men som utfärdades mot bakgrund av en annan (striktare) regel.

beslutade om i ärendet *Broadcom*³. Även det åläggandet kom som en överraskning. Det var det första interimistiska åläggande som kommissionen utfärdat på länge, faktiskt det första sedan förordning 1/2003⁴ trädde i kraft.⁵ Även andra konkurrensmyndigheter har nyligen beslutat om interimistiska ålägganden.⁶

Dessa beslut väcker frågan om Konkurrensverket och andra konkurrensmyndigheter kommer att besluta om interimistiska ålägganden oftare än vad som har varit fallet tidigare och om de rättsliga förutsättningarna för sådana ingripanden.

Parallellt med dessa beslut har det förts diskussioner om konkurrensmyndigheterna har tillräckliga förutsättningar för att ingripa mot konkurrensproblem särskilt på komplexa och snabbt föränderliga marknader. Under sommaren 2020 inledde kommission två offentliga samråd, dels om ett nytt konkurrensverktyg,⁷ dels om möjlig förhandsreglering av vissa onlineplattformar.⁸ Det har även kommit nationella förslag om att anpassa konkurrenslagstiftningen mer till den digitala ekonomin.⁹

I den här artikeln redogörs först i all korthet för de rättsliga förutsättningarna för ett beslut om interimistiskt åläggande enligt 3 kap. 3 § KL samt enligt artikel 8 förordning 1/2003 (avsnitt 2). Därefter sammanfattas Konkurrensverkets beslut i *Bruce* (avsnitt 3) och kommissionens beslut i *Broadcom* (avsnitt 4) samt kommissionens förslag och överväganden beträffande ett nytt konkurrensverktyg (avsnitt 5). Avslutningsvis diskuteras om det finns skäl att tro att konkurrensmyndigheterna, mot bakgrund av den senaste tidens utveckling, kommer att besluta om interimistiska ålägganden i större utsträckning än tidigare (avsnitt 6).

³ Se kommissionens ärende AT.40608 – *Broadcom*.

⁴ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EUT nr L 1 4.1.2003, sidan 1–25 ("förordning 1/2003").

⁵ Innan förordning 1/2003 utfärdade kommissionen ett interimistiskt åläggande i *IMS Health* från 2001 rörande påstått missbruk av dominerande ställning i strid med dåvarande artikel 82 i fördraget (se kommissionens beslut i COMP D3/38.044 *NDC Health mot IMS Health: Interim measures*, av den 3 juli 2001) men beslutet upphävdes efter överklagande (se mål T 184/01 R *IMS Health Inc mot Kommissionen*, EU:T:2001:259, och mål C-481/01 P(R) *NDC Health mot IMS Health*, EU:C:2002:223).

⁶ Se t.ex. den franska konkurrensmyndighetens beslut 20-MC-01 av den 9 april 2020 mot Google avseende påstått missbruk av dominerande ställning (www.autoritedelaconurrence.fr/en/decision/requests-interim-measures-syndicat-des-editeurs-de-la-presse-magazine-alliance-de-la).

⁷ Kommissionens pressmeddelande IP/20/977 av den 2 juni 2020, *Antitrustområdet: Kommissionen samråder med berörda parter om ett eventuellt nytt konkurrensverktyg* (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_20_977).

⁸ Kommissionens pressmeddelande IP/20/962 av den 2 juni 2020, *Kommissionen vill ha synpunkter på paketet för digitala tjänster* (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_20_962).

⁹ Se t.ex. tyskt lagförslag på området (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf>).

2 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ETT INTERIMISTISKT ÅLÄGGANDE

2.1 KL

Konkurrensverket får enligt 3 kap. 1 § KL ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete (2 kap. 1 § KL) respektive mot missbruk av dominerande ställning (2 kap. 7 § KL). Ett sådant åläggande kan även utfärdas interimistiskt enligt 3 kap. 3 § KL.¹⁰ För detta krävs, sedan lagändring den 1 juli 1998, att det finns *särskilda* skäl, dvs. objektivt godtagbara skäl av tyngd, som motiverar ett sådant åläggande.¹¹ Interimistiska ålägganden ska tillämpas vid allvarliga överträdelser som kan få negativa konsekvenser av betydelse om inte företaget som påstås överträda förbudet/förbuden åläggs att omedelbart upphöra med detta (fara i dröjsmål).¹² Kravet bör dock inte ställas så högt så att interimistiska beslut blir reserverade för rena undantagsfall.¹³ Detta kan jämföras med den tidigare lydelsen enligt vilken ett interimistiskt åläggande förutsatte *synnerliga* skäl vilket innebar att möjligheten att använda dylika ålägganden var, uttryckligen, begränsad till rena undantagsfall.¹⁴ Ett åläggande måste vara proportionerligt, dvs. hänsyn ska tas till de ingripande konsekvenser av ekonomisk eller annan art som kan drabba det företag som träffas av åläggandet.¹⁵

För att ett interimistiskt åläggande ska kunna komma ifråga måste det vara möjligt att med ett visst mått av säkerhet sluta sig till att det aktuella förfarandet utgör en överträdelse av KL. KL uppställer dock inte något uttryckligt beviskrav. I *Mars Sverige m.fl. mot Unilever Sverige*¹⁶ yrkade Mars att Marknadsdomstolen skulle interimistiskt ålägga Unilever att upphöra att tillämpa vissa exklusivitetsbestämmelser i förhållande till återförsäljare av glass. Marknadsdomstolen, som kom att besluta om ett interimistiskt åläggande, ansåg att det fanns sannolika skäl för att Unilevers avtal utgjorde en överträdelse av konkurrensreglerna och att det med hänsyn till omständigheterna förelåg (särskilda) skäl för ett interimistiskt åläggande. Av praxis följer också att för det fall Konkurrensverket uppfyllt sin bevisbörda kan det företag som påstås ha överträtt

¹⁰ Det kan noteras att artikel 11 i Parlamentets och Rådets direktiv (EU) nr 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, EUT nr L 11 14.1.2019, sidan 3-33, uttryckligen stadgar att medlemsstaterna ska säkerställa att nationella konkurrensmyndigheter har befogenhet att utfärda interimistiska ålägganden. Den svenska regeringen anser att detta redan uppfylls genom gällande ordning (se prop. 2020/21:51 sidan 102).

¹¹ Prop. 1997/98:130 sidan 35.

¹² Prop. 1997/98:130 sidan 62.

¹³ Prop. 1997/98:130 sidan 35.

¹⁴ Prop. 1992/93:56 sidan 91

¹⁵ Prop. 1997/98:130 sidan 62 och prop. 1981/82:165 sidan 218.

¹⁶ Dnr A 3/07, *Mars Sverige AB m.fl./ Unilever Sverige AB*, 11 september 2007.

ett förbud undkomma ett interimistiskt åläggande om denne gör det sannolikt att det inte rör sig om en överträdelse.¹⁷ I *Bruce* konstaterade Konkurrensverket, med hänvisning till Marknadsdomstolens avgörande i *Mars Sverige m.fl. mot Unilever Sverige*, att det måste föreligga omständigheter som sammantaget gör att man vid första påseende (*prima facie*) och utan fullständig utredning kan sluta sig till att det är sannolikt att det aktuella förfarandet utgör en överträdelse av konkurrensreglerna. Patent- och marknadsdomstolen delade denna bedömning då även den bedömde att Bruces agerande sannolikt medförde en märkbar begränsning. Patent- och marknadsdomstolen konstaterade också att det torde följa av allmänna processrättsliga principer att ett interimistiskt åläggande inte förutsätter att Konkurrensverket presterar full bevisning om överträdelsen. I en kommentar till KL har uttalats att det torde krävas att det görs antagligt att det föreligger en allvarlig överträdelse.¹⁸ Det förefaller, i ljuset av praxis, vara ett för lågt ställt krav. Det verkar som om kravet är att en överträdelse vid ett första påseende ska framstå som sannolik för att ett interimistiskt åläggande ska komma i fråga.

2.2 Förordning 1/2003

Kommissionens möjlighet att besluta om interimistiska ålägganden är reglerad i artikel 8 i förordning 1/2003. Av den artikeln följer att kommissionen på eget initiativ¹⁹ får besluta om interimistiska åtgärder om (i) situationen är brådskande p.g.a. att konkurrensen²⁰ riskerar att lida allvarlig och irreparabel skada och att (ii) en överträdelse vid första påseende (*prima facie*) kan konstateras.²¹ Ett interimistiskt beslut ska därtill gälla för en bestämd tid och får

¹⁷ Se t.ex. A 4/09 *Ekfors Kraft AB./ Konkurrensverket*, 26 februari 2010, och A 3/09 *Luftfartsverket./ Konkurrensverket*, 5 februari 2010.

¹⁸ Carlsson m.fl., kommentar till 3 kap. 3 § KL, digital version 2020-11-09.

¹⁹ I tillkännagivandet från kommissionen av den 27 april 2020 om handläggningen av klagomål rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget, EUT nr L C 101, 27.4.2004, sidan 65–77, paragraf 80 anges att ”Enligt artikel 8 i förordning nr 1/2003 får kommissionen på eget initiativ förordna om interimistiska åtgärder om konkurrensen riskerar att lida allvarlig och irreparabel skada. Artikeln klargör att klagande enligt artikel 7.2 i förordning nr 1/2003 inte kan ansöka om interimistiska åtgärder. Företag kan ansöka om interimistiska åtgärder vid medlemsstaternas domstolar, som är väl lämpade att besluta om sådana åtgärder.” Det är dock svårt att i praktiken förstå hur en klagande helt skulle kunna uteslutas från diskussionen huruvida ett interimistiskt åläggande ska utfärdas eller inte (se Kerse m.fl., *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell 2012 (sjätte upplagan), sidan 366).

²⁰ Förordning 1/2003 synes alltså utesluta att kommissionen utfärdar ett interimistiskt åläggande för att undvika skada på sökanden eller något annat enskilt företag såvida sådan skada inte i praktiken kan jämföras med skada på konkurrensen (se Van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings*, Kluwer Law International 2011, sidan 204, och Kerse m.fl., *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell 2012 (sjätte upplagan), sidan 368–369).

²¹ Jämför med mål C-792/79 R *Camera Care mot Kommissionen*, EU:C:1980:18, paragraf 14–19, som redan innan antagandet av förordning 1/2003 fastslog att kommissionen på

förnyas i den mån detta är nödvändigt och lämpligt. Beslutet ska också vara proportionerligt.

Vad gäller det första kriteriet så räcker det att risken för skada på konkurrensen är påtaglig eller förutsägbar med en tillräcklig grad av säkerhet.²² Skadan anses därtill irreparabel om den inte kan åtgärdas genom kommissionens avgörande i sak.²³ Skadan kan vara irreparabel även om det saknas strukturella och legala hinder för att åtgärda skadan.²⁴ Huruvida skadan sannolikt är allvarlig eller inte är huvudsakligen en individuell faktabedömning som får göras i varje enskilt fall.²⁵ De grunder som åberopats för att *prima facie* visa på en överträdelse kan därtill även beaktas i denna del.²⁶

Vad gäller det andra kriteriet ligger det i sakens natur att ett interimistiskt åläggande inte grundar sig på en fullständig och slutlig bedömning av de faktiska och rättsliga omständigheterna.²⁷ I doktrin framgår det att överträdelsen ska ha gjorts sannolik.²⁸ Detta är dock inte endast en lättnad för kommissionen utan även för ett företag som överklagar kommissionens beslut. Som påpekats i praxis saknas det övertygande skäl till varför en klagande skulle vara skyldig att visa att den av särskilt starka eller allvarliga skäl har rätt vad gäller giltigheten av vad som trots allt utgör en utvärdering vid första påseende.²⁹

Vad gäller proportionalitetsbedömningen är det viktigt att ett interimistiskt åläggande inte går längre än vad som krävs för att bevara *status quo ante*. En klagande kan alltså inte begära att den ska försättas i en bättre position än den var innan det aktuella agerandet startade.³⁰

Även om kommissionen utfärdat endast ett fåtal interimistiska ålägganden har i ett antal ärenden den blotta inledningen av en interimistisk process lett till att svaranden ändrat sitt marknadsbeteende.³¹

vissa villkor har möjlighet att vidta interimistiska åtgärder.

²² Se mål C-481/01 P(R) *NDC Health mot IMS*, EU:C:2002:223, paragraf 68–69. Se även mål C-149/95 P(R) *Kommissionen mot Atlantic Container Lines m.fl.*, EU:C:1995:257, paragraf 38.

²³ Se mål C-792/79 R *Camera Care mot Kommissionen*, EU:C:1980:18, paragraf 14.

²⁴ Se mål C-481/01 P(R) *NDC Health mot IMS*, EU:C:2002:223, paragraf 70.

²⁵ Se Kerse m.fl., *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell 2012 (sjätte upplagan), sidan 370.

²⁶ Se mål C-481/01 P(R) *NDC Health mot IMS*, EU:C:2002:223, paragraf 63.

²⁷ Se mål T-184/01 R *IMS Health mot Kommissionen*, EU:T:2001:259, paragraf 68.

²⁸ Se Kerse m.fl., *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell 2012 (sjätte upplagan), sidan 367–368. Se även mål T-23/90 *Peugeot mot Kommissionen*, EU:T:1991:45, paragraf 61, och T-44/90 *La Cinq mot Kommissionen*, EU:T:1992:5, paragraf 61, där Tribunalen fann att kommissionen tillämpat ett för högt krav vid sin *prima facie*-bedömning.

²⁹ Se mål T-184/01 R *IMS Health mot Kommissionen*, EU:T:2001:259, paragraf 66.

³⁰ Se Kerse m.fl., *EU Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell 2012 (sjätte upplagan), sidan 371.

³¹ Van Bael, *Due Process in EU Competition Proceedings*, Kluwer Law International 2011, sidan 205, med vidare hänvisningar.

3 KONKURRENSVERKET'S INTERIMISTISKA ÅLÄGGANDE I *BRUCE*

Bruce är en s.k. träningsaggregator, en relativt ny företeelse i Sverige.³² En träningsaggregator har till syfte att ge konsumenter tillgång till olika typer av träningsanläggningar (t.ex. för simning, styrketräning, racketsport, kampsport, dans och yoga) inom ramen för ett och samma medlemskap till ett fast pris. På så sätt kan en träningsaggregator erbjuda tillgång till mer varierande träning än vad respektive anläggning själv kan göra. En träningsaggregator driver inga egna träningsanläggningar utan får tillgång till sådana genom att ingå avtal med företag som driver anläggningar. I sitt beslut uppskattar Konkurrensverket att Bruces marknadsandel vida översteg 30 %.³³ I sina avtal med företagen som drev träningsanläggningarna tillämpade Bruce, vid tiden för Konkurrensverkets interimistiska åläggande, klausuler om exklusivitet som hindrade träningsanläggningarna att ingå avtal med andra träningsaggregatorer. Under förutsättning att ingen av parterna sade upp avtalet förlängdes det automatiskt efter den inledande avtalsperioden, dvs. det gällde i praktiken tills vidare. Konkurrensverkets utredning som ledde till det interimistiska åläggandet rörde frågan om dessa klausuler kunde leda till att andra träningsaggregatorer avskärmades, dvs. att de inte fick tillgång till lokaler och träningspass på träningsanläggningar i strid med förbudet om konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § KL.³⁴

Konkurrensverket fann att avskärmningen av tillgängliga träningsanläggningar begränsade konkurrerande träningsaggregatorers möjlighet att erbjuda en attraktiv och konkurrenskraftig tjänst i konkurrens med Bruce. Konkurrensverket tog fasta på att en träningsaggregators tjänst präglas av indirekta nätverkseffekter där ett större utbud av träningsanläggningar gör tjänsten mer attraktiv för en konsument och vice versa. Detta medförde att fler konsumenter lockades

³² Bruce lanserade sin verksamhet i januari 2017 medan de enda övriga träningsaggregatorerna i Sverige Swiftr AB ("Swiftr") och Fitness Collection Scandinavia AB startade sina verksamheter år 2016 respektive 2015. Det sistnämnda företaget förvärvades av amerikanska Classpass i oktober 2019 vars inträde, enligt Konkurrensverket, kan ha påverkats av Bruces exklusivitetsavtal med träningsanläggningar. Mot den bakgrunden bedömde verket att exklusiviteten även kan påverka förutsättningarna för inträde på den svenska marknaden av träningsaggregatorer från andra EU-medlemsstater vilket medförde att artikel 101 FEUF även var tillämplig i ärendet (Konkurrensverkets beslut av den 7 juli 2020 i dnr 572/2019).

³³ I det efterföljande beslutet där Konkurrensverket godtog Bruces frivilliga åtaganden och avslutade utredningen (Konkurrensverkets beslut av den 7 juli 2020 i dnr 572/2019) anges att verket uppskattade Bruces marknadsandelar till 60–80 % i Stor-Stockholm och 70–90 % i Stor-Göteborg på den av Konkurrensverket identifierade (uppströms)marknaden för köp av tillträde till träningsanläggningar. För mer information om marknadsavgränsning hänvisas till Konkurrensverkets beslut i ärendet samt till Patent- och marknadsdomstolens beslut i överklagandet (se nedan).

³⁴ Träningsaggregatören Swiftr, som inkom med ett klagomål till Konkurrensverket, menade att Bruces exklusivitetsavtal hade fått så allvarliga konsekvenser för Swiftrs verksamhet att det förelåg fara i dröjsmål och framställde därmed med en interimistisk begäran.

till Bruce eftersom dess tjänst var, till följd av exklusiviteten, mer värdefull än konkurrenternas tjänster vilka istället tappade i attraktivitet vilket i sin tur, allt annat lika, minskade de kvarvarande anläggningarnas incitament att samarbeta med Bruces konkurrenter. Konsekvensen blev en inlåsning av såväl träningsanläggningar som konsumenter. Konkurrensverket bedömde därmed att Bruces exklusivavtal hade eller kunde få allvarliga utestängande effekter vilket i förlängningen förväntades leda till konsumentskada. Mot bakgrund av täckningen,³⁵ Bruces marknadsandelar, att vissa särskilt populära anläggningar omfattades och att avtalen i praktiken löpte tillsvidare bedömdes konkurrensbegränsningen vara märkbar.³⁶ Konkurrensverket godtog därtill inte det effektivitetsargument Bruce förde fram till försvar av exklusivitetsbestämmelserna. Sammantaget bedömde Konkurrensverket att det var sannolikt att Bruces exklusivitetsavtal utgjorde en överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § KL.

Beträffande kravet på särskilda skäl angav Konkurrensverket att den aktuella marknaden befann sig i ett inledande skede med dynamisk konkurrenssituation utan cementerade positioner. På en sådan ny och snabbt växande marknad bedömdes ovan nämnda inlåsningseffekter kunna uppstå inom relativt kort tid. Det ansågs finnas en stor risk att Bruce genom de otillåtna exklusivitetsbestämmelserna skulle hinna tillskansa sig en bestående stark ställning på marknaden. Detta skulle omintetgöra syftet med Konkurrensverkets utredning och göra eventuella framtida ingripanden meningslösa. Mot denna bakgrund menade Konkurrensverket att det förelåg fara i dröjsmål. Ett interimistiskt åläggande bedömdes även vara proportionerligt. De allvarliga och bestående konkurrensbegränsande effekterna ansågs väga upp de effekter som beslutet skulle kunna få för Bruce som skulle kunna bedriva sin verksamhet även utan de ifrågasatta exklusivitetsbestämmelserna.

Bruce överklagade Konkurrensverkets beslut, som fastställdes av Patent- och marknadsdomstolen.³⁷ Domstolen delade Konkurrensverkets bedömning av den relevanta marknaden och bedömde att det saknades skäl att ifrågasätta Konkurrensverkets uppskattning att Bruces marknadsandel vida översteg 30 %. Det framstod enligt domstolen som oundvikligt att exklusivitetsklausulerna negativt påverkade möjligheterna för andra träningsaggregatorer att konkurrera med Bruce. Domstolen angav att Bruce i närapå samtliga avtal med företag som

³⁵ Det kan noteras att den exakta täckningen, dvs. hur många avtal med exklusivitetsklausuler som Bruce ingått, inte framgår i de offentliga versionerna av Konkurrensverkets respektive beslut.

³⁶ Eftersom Bruces andelar på uppströmsmarknaden uppskattades vida överstiga 30 % var inte det s.k. vertikala gruppundantaget (kommissionens förordning 330/2010 av den 20 april 2010 om tillämpning av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EUT, L 102 23.4.2010, sidan 1–7, samt 3 § lag (2008:581) om gruppundantag för vertikala konkurrensbegränsande avtal) tillämpligt på avtalen.

³⁷ Se Patent- och marknadsdomstolens beslut av den 17 januari 2020 i mål nr PMÅ 17901-19.

driver träningsanläggningar hade inkluderat en bestämmelse om exklusivitet som varade under en inte obetydlig tid och att det rörde sig om ett stort antal avtalsförhållanden. Domstolen tog även särskilt fasta på att det fanns konkreta omständigheter i ärendet, i form av negativ påverkan på Swiftr, som visade på att avtalen sannolikt medförde en märkbar begränsning av konkurrenternas marknadstillträde. Domstolen konstaterade därutöver att det förelåg fara i dröjsmål och beaktade då särskilt risken för ovan beskrivna negativa nätverksaffekter. Vad gäller proportionalitetsavvägningen avfärdade domstolen Bruces huvudinvändning, att exklusivitetsavtalen var nödvändiga för att möta den hårda konkurrensen som ClassPass lansering i Sverige påstods innebära. Domstolen påpekade att Konkurrensverket har möjlighet att ingripa för det fall någon annan aktör skulle agera i strid med KL.

Bruce fullföljde och överklagade till Patent- och marknadsöverdomstolen som inte lämnade prövningstillstånd.³⁸ Bruce inkom senare med frivilliga åtaganden som Konkurrensverket godtog.³⁹

4 KOMMISSIONENS INTERMISTISKA ÅLÄGGANDE I *BROADCOM*

Den 26 juni 2019 inledde kommissionen en utredning av Broadcom, som utvecklar och levererar halvledare och viss typ av mjukvara, rörande misstänkt missbruk av dominerande ställning.⁴⁰ Den 16 oktober 2019 utfärdade kommissionen ett interimistiskt åläggande för att förhindra allvarlig och irreparabel skada på konkurrensen på marknaderna för system på chip för TV set-top boxar respektive för routrar.⁴¹

Vad gäller frågan om en överträdelse fann kommissionen att Broadcom *prima facie* (dvs. sannolikt) missbrukade sin dominerande ställning genom att i avtal med ett antal kunder ha inkluderat olika typer av exklusivitetsförpliktelser samt kopplingsförbehåll. Kommissionen avfärdade det effektivitetsförsvar Broadcom förde fram.

³⁸ Se Patent- och marknadsöverdomstolens beslut av den 18 februari 2020 i mål nr PMÖÄ 1691-20.

³⁹ Konkurrensverkets beslut av den 7 juli 2020 i dnr 572/2019.

⁴⁰ Kommissionens pressmeddelande IP/19/3410 av den 26 juni 2019: *Antitrust: Commission opens investigation into Broadcom and sends*

Statement of Objections seeking to impose interim measures in TV and modem chipsets markets (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_3410).

⁴¹ Kommissionens pressmeddelande IP/19/6109 av den 16 oktober 2020: *Antitrust: Commission imposes interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets* (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/IP_19_6109).

Vid bedömningen av fara i dröjsmål drog kommissionen bl.a. slutsatsen att om Broadcoms agerande tilläts skulle det sannolikt allvarligt påverka Broadcoms konkurrenters möjligheter att framgångsrikt konkurrera i framtida och i vissa fall nära förestående betydande upphandlingar.⁴² Utan ett interimistiskt ingripande skulle Broadcoms agerande även kunna utökas till att omfatta ytterligare kunder. Sammanfattningsvis skulle detta sannolikt kunna leda till att andra leverantörer inte skulle kunna konkurrera med Broadcom vilket slutligen skulle kunna leda till att Broadcoms konkurrenter marginaliserades eller trädde ut från marknaden. Mot bakgrund av bl.a. täckningen, Broadcoms väntade (ökade) marknadsandel, hinder för marknadsinträde/återinträde samt det faktum att förutom ett interimistiskt åläggande skulle Broadcoms marknadsstyrka kunna växa till en nivå som ett beslut i sak inte skulle kunna åtgärda, skulle följden kunna bli en såväl allvarlig som irreparabel skada på konkurrensen.

Sammanfattningsvis fann kommissionen att Broadcom *prima facie* hade överträtt förbudet mot missbruk av dominerande ställning och att fara i dröjsmål förelåg mot bakgrund av den sannolika skadan av denna (*prima facie*) överträdelse. Broadcom ålades att upphöra med att tillämpa de relevanta avtalsbestämmelserna samt att avstå från att ingå nya avtal med samma lydelse eller effekt.

Den 1 april 2020 inkom Broadcom med frivilliga åtaganden som kommissionen marknadstestade.⁴³ Den 7 oktober 2020 accepterade kommissionen Broadcoms åtaganden och avslutade därigenom kommissionens (huvud)utredning.⁴⁴

5 NYTT KONKURRENSVERKTYG

Den 2 juni 2002 inledde kommissionen ett offentligt samråd om ett nytt konkurrensverktyg som ska göra det möjligt att hantera konkurrensproblem i tid och på ett effektivt sätt.

Baserat på senare års tillsyn anser kommissionen att det finns strukturella konkurrensproblem som inte kan hanteras på ett effektivt sätt med nuvarande regler. Dessa strukturella problem kan förenklat delas in i situationer där skada

⁴² Kommissionen medgav i detta sammanhang att under de senaste fem åren har ingen utredning som resulterat i ett förbud från kommissionen pågått mindre än två år och bara ett begränsat antal har varit kortare än tre år.

⁴³ Kommissionens pressmeddelande av den 27 april 2020 IP/20/755: *Antitrust: Commission seeks feedback on commitments offered by Broadcom concerning TV set-top box and modem chipset markets* (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_755).

⁴⁴ Kommissionens pressmeddelande av den 7 oktober 2020 IP/20/1852: *Antitrust: Commission accepts commitments by Broadcom to ensure competition in chipset markets for modems and set-top boxes* (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_20_1852).

på konkurrensen är förestående (strukturell risk) eller där skadan redan inträffat (strukturell brist). Den förstnämnda kategorin inkluderar agerande som kan få marknader att tippa till följd av exempelvis nätverkseffekter, inlåsning och stordriftsfördelar samt även icke-dominanta företags ensidiga agerande i syfte att monopolisera marknaden genom begränsning av konkurrens. Den andra kategorin tar inte sikte på företags specifika konkurrensbegränsande agerande utan på marknader med strukturella särdrag såsom betydande koncentration (oligopol), inträdeshinder och inlåsning. För att komma till rätta med dessa problem överväger kommissionen att införa ett nytt verktyg. I huvudsak två alternativ övervägs och dessutom övervägs två alternativa marknadsomfång för respektive verktyg (sammanlagt fyra olika alternativ). Syftet skulle vara att ge kommissionen möjlighet att identifiera och ingripa mot konkurrensproblem, antingen genom strukturella eller beteendemässiga åtgärder. Ett eventuellt ingripande skulle inte resultera i något beslut om överträdelse av artikel 101 eller 102 FEUF och således inte heller i böter. Det första verktyget skulle vara tillämpligt på ett dominant företags ensidiga agerande. Till skillnad från det första alternativet skulle det andra vara marknadsstrukturbaserat och inte vara begränsat till dominerande företags agerande utan vara generellt tillämpligt på situationer där den interna marknaden inte fungerar som den ska till följd av strukturell brist på konkurrens eller när sådan brist är förestående (t.ex. i förhållande till marknader som kan tippa och oligopol). Vad gäller omfång skulle verktygen antingen gälla alla marknader alternativt endast de marknader där risken för ovannämnda problem skulle vara störst (t.ex. digitala marknader, marknader med höga inträdeshinder m.m.). Kommissionen anser själv att ett verktyg som är generellt tillämpligt vad gäller såväl företags agerande som marknader skulle resultera i störst nytta för konsumenterna.⁴⁵ Ett lagstiftningsförslag är planerat till fjärde kvartalet 2020.

6 AVSLUTANDE KOMMENTAR

Historiskt sett har Konkurrensverket beslutat om interimistiska ålägganden vid (väldigt) få tillfällen. 1998-års lagändring, då kravet för interimistiskt åläggande ändrades från synnerliga skäl till särskilda skäl samtidigt som det underströks att dylika ålägganden inte ska reserveras till rena undantagsfall, verkar inte haft någon betydande påverkan på antalet interimistiska ålägganden. Det är inte att sticka ut hakan att påstå att interimistiska ålägganden i praktiken förblev reserverade för rena undantagsfall även efter den lagändringen. Att Patent- och marknadsdomstolen fastställde Konkurrensverkets interimistiska åläggande i

⁴⁵ Kommissionens Inception Impact Assessment Ares(2020)2877634, av den 4 juni 2020.

Bruce innebär sannolikt inte att det har blivit lättare att ingripa interimistiskt mot överträdelser av KL. I *Bruce* rörde det sig om vad som kan beskrivas som en klassisk överträdelse av KL (exklusivavtal) av ett företag med (våldigt) höga marknadsandelar på en starkt koncentrerad marknad som kännetecknades av betydande nätverkseffekter och som dessutom var i ett inledande skede med en dynamisk konkurrenssituation. *Bruce* ger inte stöd för att ribban för interimistiska ålägganden skulle ha sänkts. *Bruce* hoppade över, men vi vet inte om det var med god marginal eller med darr på ribban. Ärendet visar dock att det är möjligt för Konkurrensverket att med framgång ingripa interimistiskt på en snabbt föränderlig marknad, trots närvaron av komplicerande faktorer som tvåsidiga marknader och nätverkseffekter.

Från kommissionen har budskapen rörande interimistiska ålägganden varit blandade. Å ena sidan meddelade EU:s kommissionär för konkurrensfrågor, Margrethe Vestager, i samband med det interimistiska åläggandet i *Broadcom* att kommissionen avser att använda detta viktiga verktyg på bästa möjliga sätt framöver, då det är ett sätt att hantera svårigheterna med konkurrenstillsyn på snabbt föränderliga marknader.⁴⁶ Å andra sidan har kommissionen i samband med det offentliga samrådet rörande ett nytt konkurrensverktyg uppgett att dagens regelverk, vilket inkluderar interimistiska ålägganden, inte längre räcker.

Oavsett vilka svårigheter som finns med att utfärda och i domstol försvara interimistiska ålägganden synes åläggandena i praktiken ha varit ett effektivt sätt att lösa det som myndigheterna såg som konkurrensproblem i *Bruce* respektive i *Broadcom*. Från Swifts klagomål mot *Bruce* till Konkurrensverkets beslut om att godta *Bruce*'s åtaganden gick det mindre än tio månader. Detta är en relativt kort tid jämfört med andra ärenden som drivits under senare år där Konkurrensverkets utredning tillsammans med efterföljande domstolsprocesser pågick i flera år, i de flesta fallen med förlust i domstol. Resultatet var det samma i *Broadcom*. Efter frivilliga åtaganden som sedermera accepterades av kommissionen kunde kommissionen avsluta sin utredning ungefär 15 månader efter att den formellt inleddes. Det kan jämföras med kommissionens egna uppgifter om en handläggningstid, under de senaste fem åren, på vanligtvis minst tre år för att fatta ett förbudsbeslut i icke-interimistiska fall.⁴⁷

Det framstår som uppenbart att de interimistiska åläggandena spelade en viktig roll för att få *Bruce* och *Broadcom* att inkomma med frivilliga åtaganden. Utan dessa åtaganden skulle de interimistiska åläggandena kunna hämma de berörda företagens affärsverksamheter under lång tid.

⁴⁶ Uttalande av kommissionären STATEMENT/19/6115 av den 16 oktober 2019, *Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to impose interim measures on Broadcom in TV and modem chipset markets* (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_19_6115).

⁴⁷ Kommissionens beslut av den 16 oktober 2019 i AT.40608 – *Broadcom*, fotnot 598.

Johan Wahlbom

För svenskt vidkommande visar *Bruce* att det är möjligt att ingripa med ett interimistiskt beslut på en snabbt föränderlig marknad, även när det finns komplicerande faktorer som tvåsidiga marknader och nätverkseffekter. Det interimistiska åläggandet gjorde det möjligt för Konkurrensverket att snabbt och kostnadseffektivt komma till avslut. Detta talar för att vi kommer se en fortsatt användning av interimistiska ålägganden.