

Lagrådsremiss

Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden

Regeringen överlämnar denna remiss till Lagrådet.

Stockholm den 28 maj 2009

Andreas Carlgren

Dan Sandberg
(Näringsdepartementet)

Lagrådsremissens huvudsakliga innehåll

I lagrådsremissen föreslås nya regler i konkurrenslagen (2008:579) som innebär att Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket får förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att i en verksamhet av kommersiell eller ekonomisk natur tillämpa ett visst förfarande om det snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens eller om det hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. En kommun eller ett landsting får även meddelas förbud att bedriva viss verksamhet. Förbud får dock inte meddelas när det gäller förfaranden eller verksamheter som är försvarbara från allmän synpunkt. En verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver ska anses försvarbar från allmän synpunkt om den är förenlig med lag.

Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka talan får detta göras av ett företag som berörs av förfarandet eller verksamheten.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2010.

Innehållsförteckning

1	Beslut.....	4
2	Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579).....	5
3	Ärendet och dess beredning.....	9
4	Ett system för konfliktlösning på marknaden	10
4.1	Bakgrund och problembild.....	10
4.2	Gällande rätt.....	12
4.2.1	Konkurrenslagen (2008:579).....	12
4.2.2	Kommunallagen (1991:900)	13
4.2.3	Särskilda regler för statliga myndigheter	16
4.2.4	Speciallagstiftning som berör kommunal eller statlig verksamhet	19
4.2.5	Offentliga bolag	20
4.3	Konkurrensrådets iakttagelser, analyser och bedömningar i översikt.....	22
4.3.1	Typfall av offentlig säljverksamhet som vållar konkurrensproblem för privata företag	22
4.3.2	Konkurrensen mellan privata och offentliga aktörer har ökat.....	22
4.3.3	Den offentliga sektorns traditionella område.....	23
4.3.4	Den traditionella näringslivssektorn.....	23
4.3.5	Spelregler när offentlig säljverksamhet kan godtas	24
4.3.6	Konkurrensrådets syn på lagstiftningsfrågan.....	25
5	Förslag till ett system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden.....	25
5.1	Behovet av en konfliktlösningsbestämmelse	25
5.2	Konfliktregelns utformning.....	28
5.2.1	Allmänna utgångspunkter	30
5.2.2	Säljverksamhet	31
5.2.3	Förbud mot förfaranden eller verksamheter	32
5.2.4	Snedvridning av konkurrensen m.m.....	32
5.2.5	Försvarbart från allmän synpunkt.....	35
5.2.6	Konfliktlösningsregeln placeras i konkurrenslagen	38
5.2.7	Föreskrifternas räckvidd i vissa andra avseenden	38
5.3	Förfaranden eller verksamheter i en annan juridisk person.....	39
5.4	Konfliktlösningens regelns förhållande till konkurrenslagens förbud och till EG-rätten	40
5.5	Domstolsprövning och talerätt	42
5.6	Förbud tills vidare	47

5.7	Vite	48
5.8	Skadestånd.....	48
5.9	Omprövning	49
6	Konsekvensbeskrivning	51
7	Författningskommentar	53
7.1	Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579)	53
Bilaga 1	Sammanfattning av Konkurrensrådets betänkande Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117).....	61
Bilaga 2	Sammanfattning av departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Ds 2001:17).....	67
Bilaga 3	Promemorians (Ds 2001:17) lagförslag	69
Bilaga 4	Förteckning över remissinstanserna	74
Bilaga 5	Sammanfattning av promemorian Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden	75
Bilaga 6	Promemorians lagförslag	76
Bilaga 7	Förteckning över remissinstanserna.....	80

1 Beslut

Regeringen har beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579).

2 Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579)

Härigenom föreskrivs i fråga om konkurrenslagen (2008:579) dels att 3 kap. 7 §, 6 kap. 1 §, 7 kap. 2 § samt 8 kap. 2 och 15 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas sex nya paragrafer 3 kap. 27–32 §§, samt närmast före 3 kap. 27 § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

7 §

Konkurrensskadeavgift får inte påföras

1. för åtgärder som omfattas av ett åläggande som har meddelats vid vite enligt denna lag,

2. för åtgärder som har vidtagits under den tid då ett beslut om att godta åtagande enligt 4 § första stycket har gällt, om åtgärderna är förenliga med beslutet, eller

3. i ringa fall.

I fall som avses i första stycket 2 får konkurrensskadeavgift påföras om beslutet har återkallats med stöd av 4 § andra stycket 3.

Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

27 §

Staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller

2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Ett förbud enligt första stycket får även meddelas för en verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver.

Förbud får inte meddelas för förfaranden eller verksamheter som är försvarbara från allmän synpunkt. En verksamhet som en

kommun eller ett landsting bedriver ska anses försvarbar från allmän synpunkt om den är förenlig med lag.

28 §

Det som sägs i 27 § gäller även ett förfarande eller en verksamhet i en annan juridisk person om staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Det som sägs om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas då på den juridiska personen.

29 §

Ett förbud enligt 27 § får även omfatta ett förfarande eller en verksamhet som väsentligen överensstämmer med det förfarande eller den verksamhet som förbjuds.

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

30 §

Om det finns särskilda skäl för det, får ett förbud enligt 27 § meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts. Ett sådant förbud får meddelas bara sedan rättegång inletts.

31 §

Ett avgörande enligt 27 § får omprövas om de omständigheter som låg till grund för avgörandet har förändrats i något väsentligt avseende eller om det finns något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

32 §

Frågor om förbud enligt 27 § eller omprövning enligt 31 § prövas av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka en talan om förbud enligt 27 §, får talan väckas av ett företag som berörs av förfarandet eller av verksamheten.

Talan om omprövning av ett meddelat förbud får också väckas av den som förbudet enligt 27 § riktar sig mot.

6 kap.

1 §

Ett förbud eller ett åläggande enligt 3 kap. 1, 2 eller 3 §, 4 kap. 1, 2, 3 §, 12 § tredje stycket eller 17 § eller 5 kap. 1 § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 5 kap. 3 eller 20 § får förenas med vite. Konkurrensverket får förena ett beslut om fullgörande av skyldigheter enligt 4 kap. 6 § eller 7 § 1 med vite.

Följande ålägganden eller förbud får förenas med vite:

1. åläggande enligt 3 kap. 1, 2 eller 3 §,

2. förbud enligt 3 kap. 27 eller 30 §,

3. förbud enligt 4 kap. 1 §,

4. åläggande enligt 4 kap. 2 eller 3 §,

5. förbud eller åläggande enligt 4 kap. 12 § tredje stycket,

6. förbud enligt 4 kap. 17 §, och

7. åläggande enligt 5 kap. 1 §.

Ett beslut om undersökning enligt 5 kap. 3 eller 20 § får förenas med vite. Konkurrensverket får förena ett beslut om fullgörande av skyldigheter enligt 4 kap. 6 § eller 7 § 1 med vite.

Konkurrensverket får förena ett beslut att godta ett åtagande som har lämnats enligt 3 kap. 4 § första stycket eller enligt 4 kap. 4 § med vite. Ett sådant beslut gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

7 kap.

2 §

Domar och beslut av Stockholms tingsrätt i mål och ärenden enligt denna lag överklagas hos Marknadsdomstolen. För domar och beslut i mål om skadestånd gäller detta dock endast när ett sådant mål handlagts gemensamt med ett mål om konkurrensskadeavgift enligt 8 kap. 7 §.

Första stycket gäller inte i mål där talan förs om att döma ut vite enligt 6 kap. 2 §.

Beslut av tingsrätten i fråga som avses i 4 kap. 17 § får överklagas särskilt.

Beslut av tingsrätten i fråga som avses i 3 kap. 30 § och 4 kap. 17 § får överklagas särskilt.

8 kap.

2 §

Bestämmelserna i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten tillämpas i mål som avses i

– 3 kap. 2 och 5 §§,
– 3 kap. 21 § och 4 kap. 17 §,
även om någon talan inte väckts, och
– 4 kap. 13 och 20 §§ samt 21 § andra stycket.

Bestämmelserna i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten tillämpas i mål som avses i

– 3 kap. 2, 5, 27 och 31 §§ samt 32 § andra stycket,
– 3 kap. 21 § och 4 kap. 17 §,
även om någon talan inte väckts, och
– 4 kap. 13 och 20 §§ samt 21 § andra stycket.

15 §

I mål och ärenden enligt denna lag tillämpas i fråga om rättegångskostnader 31 kap. rättegångsbalken, om inte något annat anges i denna lag.

I mål som avses i 3 kap. 2 § och i mål om skadestånd tillämpas 18 kap. rättegångsbalken. Om det finns särskilda skäl, får Marknadsdomstolen i ett mål som avses i 3 kap. 2 § besluta att var och en av parterna ska svara för sina rättegångskostnader.

I mål som avses i 3 kap. 2 § och 32 § andra stycket samt i mål om skadestånd tillämpas 18 kap. rättegångsbalken. Om det finns särskilda skäl, får rätten i ett mål som avses i 3 kap. 2 § eller 32 § andra stycket besluta att var och en av parterna ska svara för sina rättegångskostnader.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 2010.

3 Ärendet och dess beredning

Den 4 december 1997 beslöt regeringen att inrätta Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Konkurrensrådet). Enligt direktiven var rådets uppgift att, med beaktande av sektorernas olika grundförutsättningar, söka undanröja konkurrenskonflikter mellan dem (dir. 1997:145). I arbetet ingick att analysera klagomål och formulera generella och långsiktiga spelregler på området.

Enligt direktiven skulle rådet senast vid utgången av år 2000 redovisa sina samlade erfarenheter och de resultat som uppnåtts. Detta har rådet gjort i betänkandet Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117). En sammanfattning av betänkandet fogas till denna lagrådsremiss som *bilaga 1*. Genom tilläggsdirektiv förlängdes rådets arbete successivt till utgången av december 2003.

Med utgångspunkt i rådets betänkande utarbetades inom Näringsdepartementet departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Ds 2001:17). Till denna lagrådsremiss fogas en sammanfattning av promemorian som *bilaga 2* samt promemorians lagförslag som *bilaga 3*.

Betänkandet och promemorian remissbehandlades samtidigt år 2001. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 4*. En sammanställning av remissyttrandena finns tillgänglig i Näringsdepartementet (N2000/10877/NL).

Under åren därefter har frågan om konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor behandlats i riksdagen vid flera tillfällen, dock utan att detta lett till lagstiftning. Våren 2005 uttalade Näringsutskottet att regeringen borde återkomma till riksdagen under riksmötet 2005/06 med förslag till åtgärder för att komma till rätta med konkurrensproblem mellan offentlig och privat sektor och att ett domstolsförfarande därvid borde övervägas (bet. 2004/05:NU16). Riksdagen beslutade i enlighet med detta (rskr. 2004/05:297).

I vårpropositionen år 2006 (prop. 2005/06:100, s. 22) uttalade den dåvarande regeringen följande:

”Frågan om konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor har varit föremål för diskussion under ett flertal år. För att säkerställa att åtgärder som vidtas på området är lämpliga och väl avvägda är det av största vikt att beredningsunderlaget är aktuellt, relevant och så heltäckande som möjligt. Vid riksdagens senaste behandling av frågan har nya aspekter tillförts (bet. 2004/05:NU16, rskr. 2004/05:297). Regeringen bedömer att hela frågan om konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor måste behandlas i ett sammanhang. Regeringen avser därför att tillsätta en särskild utredare för att göra en sådan analys.”

Riksdagens majoritet ställde sig bakom detta ställningstagande (bet. 2005/06:NU16).

Med utgångspunkt från ovan nämnda betänkande och departementspromemoria samt de remissvar som lämnades avseende dessa år 2001, utarbetades inom Näringsdepartementet promemorian Konfliktlösning

vid offentlig säljverksamhet på marknaden (i lagrådsremissen fortsättningsvis benämnd promemorian).

Promemorian remissbehandlades under 2008. En sammanfattning av promemorian bifogas som *bilaga 5*, promemorians lagförslag som *bilaga 6* och en förteckning över remissinstanserna som *bilaga 7*. En sammanställning av remissynpunkterna finns tillgänglig i Näringsdepartementet (N2008/4625/MK).

4 Ett system för konfliktlösning på marknaden

4.1 Bakgrund och problembild

Problem har sedan länge uppmärksammats i samband med att offentliga aktörer bedriver konkurrensutsatt säljverksamhet. Näringslivet har sagt sig uppleva dels att denna verksamhet är för omfattande och tränger undan privat näringsverksamhet, dels att konkurrensen inte sker på lika villkor i de fall det kan anses rimligt att offentliga aktörer uppträder på öppna marknader.

En särskild utredare fick under år 1994 av regeringen i uppdrag att kartlägga och vid behov föreslå åtgärder för att motverka konkurrensproblem i samband med att offentliga och privata aktörer möts på marknaden (dir. 1994:72). Utredaren presenterade sina slutsatser i betänkandet *Konkurrens i balans – åtgärder för ökad konkurrensneutralitet vid offentlig prissättning m.m.* (SOU 1995:105).

Utredaren ansåg att den traditionella bilden av förhållandet mellan offentlig och privat sektor kännetecknats av att uppgiftsfördelningen mellan de båda sektorerna varit relativt väl avgränsad. Den ökade marknadsorienteringen inom den offentliga sektorn har emellertid inneburit att gränsen mellan den offentliga och den privata sektorn blivit mindre markerad. Offentlig verksamhet agerar mer marknadsorienterat och affärsmässigt i sin egenskap av tjänsteproducent, samtidigt som den privata sektorn i ökande utsträckning kan konkurrera om offentlig produktion i samband med upphandling av varor och tjänster på marknaden. Detta innebär att offentlig och privat verksamhet allt oftare konkurrerar på marknaden. På grund av de grundläggande skillnaderna mellan offentlig och privat verksamhet har detta lett till vissa konkurrenskonflikter.

Vidare framhöll utredaren att de regler som finns om konkurrens, upphandling och offentlig näringsverksamhet är inriktade på att reglera förhållanden inom den offentliga eller den privata sektorn och att de därför i princip inte berör förhållandet mellan sektorerna i en konkurrensituation. Bland annat föreslog utredaren en särskild lagstiftning mot konkurrensnedvridningar som följer av offentlig näringsverksamhet.

Remissbehandlingen visade att åsikterna vid den tiden gick starkt isär om vilka åtgärder som kan behövas för att skapa en konkurrens på lika villkor. Översiktligt kan sägas att företrädare för företagssektorn menade att man genom lagstiftning måste klargöra var gränsen går för offentlig näringsverksamhet och att utredningens lagförslag därvid inte gick

tillräckligt långt. Företrädare för kommuner och landsting framhöll å andra sidan att lagstiftning skulle komma i konflikt med den kommunala självstyrelsen och att frivilliga åtgärder bättre kan lösa många av de problem som utredningen tog upp.

Mot denna bakgrund fördes diskussioner mellan dåvarande Närings- och handelsdepartementet samt Inrikesdepartementet, liksom med dåvarande Svenska Kommunförbundet, Landstingsförbundet och Sveriges Industriförbund, om parternas syn på behovet av åtgärder inom ramen för ett frivilligt system. I dessa diskussioner framkom att klagomål om konkurrensnedvridande förfaranden mellan den offentliga och den privata sektorn fortsatt förekom. Dessa problem faller i många fall mellan de lagstiftningsområden och den myndighetstillsyn som finns med anknytning till frågor om konkurrens. De mest framträdande problemen är sådana där det ifrågasätts om prissättningen skett på affärsässig och konkurrensneutral grund. De berörda förbunden ansåg mot den bakgrunden att det fanns behov av att försöka undanröja konkurrenskonflikter för framtiden och att diskutera hur en konkurrens på lika villkor bäst nås långsiktigt. Ett lämpligt sätt att hantera sådana kontakter och diskussioner bedömdes vara bildandet av ett partssammansatt forum för frågor om konkurrens på lika villkor på kort och lång sikt.

Mot denna bakgrund bildades Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor, det s.k. Konkurrensrådet.

I Konkurrensrådet ingick en ordförande, som var fristående från partsintressen, samt representanter för offentlig och privat verksamhet. Till rådet skulle vid behov kunna knytas experter för särskilda frågor. Rådet var formellt en fristående myndighet inom kommittéväsendets ram.

Rådets uppgift var att, med beaktande av de olika grundförutsättningar som gäller för offentlig och privat sektor, söka undanröja konkurrenskonflikter mellan sektorerna. Det var också en uppgift för rådet att analysera klagomål och att genom dialog och kontakter mellan parterna söka nå en samsyn om hur de långsiktiga spelreglerna på området bäst formulerades. Verksamheten skulle ta sikte på sådana konkurrenskonflikter som typiskt sett inte löses inom ramen för särskild lagstiftning eller prövningsförfaranden. Rådet skulle beakta att förutsättningarna för konkurrens skiljer sig i olika delar av landet. Arbetet i rådet skulle, enligt vad som vidare angavs i direktiven, inriktas på fall av allmänt intresse, och särskild uppmärksamhet skulle ägnas åt frågor som rör prissättning och konkurrens på så lika villkor som möjligt. Vidare skulle arbetet syfta till att ge vägledning för framtiden om hur konkurrensnedvridande förfaranden kunde undvikas och om möjligt att vissa typer av konkurrenskonflikter kunde mönstras ut. Med utgångspunkt i de erfarenheter rådet fortlöpande fick av förhållandena på marknaden skulle rådet skaffa sig en samlad bild om vad som kan vara osund konkurrens.

Konkurrensrådets verksamhet ledde i ett flertal fall till att enighet kunde uppnås mellan företrädare för privat och offentlig sektor om vad som bör iaktas när det allmänna bedriver näringsverksamhet. Emellertid kunde också konstateras att rådets rekommendationer i princip aldrig ledde till att offentliga aktörer ändrade sitt uppträdande på marknaden.

Rådet avvecklades, som tidigare nämnts, vid utgången av år 2003. Därefter har Konkurrensverket i regleringsbrev fått i uppdrag att följa

frågor som rör konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor. Av verkets rapporter m.m. framgår att konkurrensproblemen avseende offentlig näringsverksamhet kvarstår. Här kan särskilt pekas på Konkurrensverkets rapport Myndigheter och marknader – tydligare gräns mellan offentligt och privat (Konkurrensverkets rapportserie 2004:4). Att konkurrensproblemen kvarstår vinner även stöd av Statskontorets arbete på området (se t.ex. rapporten Konkurrens i gränslandet mellan det offentliga och privata, 2005:19).

Föreningen Svenskt Näringsliv har i två rapporter år 2006 pekat på de problem som det privata näringslivet upplever när det gäller kommunal respektive statlig näringsverksamhet (Osund konkurrens – kommunalt företagande för miljarder, mars 2006 och Osund statlig konkurrens slår ut privat företagsamhet, oktober 2006). Vidare har Företagarna i maj 2008 presenterat rapporten Osund konkurrens – ett hinder för små företag.

4.2 Gällande rätt

4.2.1 Konkurrenslagen (2008:579)

Enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen är sådana avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt förbjudna, om inte annat följer av konkurrenslagen. Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
2. produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
3. marknader eller inköpskällor delas upp,
4. olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller
5. det ställs som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Paragrafen stämmer i materiellt hänseende överens med artikel 81.1 i EG-fördraget, med undantag av att artikeln också innehåller ett s.k. samhandelskriterium.

Med begreppet företag avses enligt 1 kap. 5 § konkurrenslagen en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock inte till den del verksamheten består i myndighetsutövning. Med företag avses även en sammanslutning av företag.

Det saknar betydelse om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, och även statliga och kommunala organ som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur räknas som företag utom när det är fråga om myndighetsutövning (prop. 1992/93:56, s. 66).

I 2 kap. 7 § konkurrenslagen föreskrivs förbud mot missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden. Ett sådant missbruk kan särskilt bestå i att

1. direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,

2. begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,

3. tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner, varigenom vissa handelspartner får en konkurrensnackdel, eller

4. ställa som villkor för att ingå ett avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

Paragrafen stämmer i materiellt hänseende överens med artikel 82 i EG-fördraget med undantag för att det i artikeln förutsätts att överträdelsen ska omfatta den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna och att även denna artikel innehåller ett samhandelskriterium.

Kravet på en dominerande ställning har av EG-domstolen beskrivits som en stark ekonomisk ställning hos ett företag som gör det möjligt för företaget att hindra att effektiv konkurrens upprätthålls genom att medge företaget att i betydande omfattning agera oberoende av sina konkurrenter och kunder och i sista hand konsumenterna (EG-domstolens dom i mål 85/76 Hoffmann-La Roche, REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva nr 4, s. 315). Bedömningen av dominansfrågan förutsätter att den relevanta marknaden avgränsas i fråga om produkter samt geografiskt. I det sistnämnda avseendet kan marknaden vara rikstäckande, regional eller lokal. Förekomsten av en betydande marknadsandel på denna marknad har en särskild betydelse, enligt de linjer som utvecklats i förarbetena till konkurrenslagen (prop. 1992/93:56 s. 85–86) samt i rättspraxis.

4.2.2 Kommunallagen (1991:900)

Ett grundläggande regelverk

Kommunallagen (1991:900) reglerar grunderna för kommuners och landstings organisation och verksamhet. I det följande avses med begreppet kommun även landsting. Lagen innehåller bl.a. bestämmelser om kommunala indelningsgrunder, kommunernas uppgifter, kompetens och maktbefogenheter, handläggningen av kommunala ärenden samt kommunernas ekonomi och avgiftssättning.

I kommunallagen finns inte några bestämmelser som direkt rör konkurrensneutralitet mellan offentliga och privata aktörer. Flera grundläggande föreskrifter har dock betydelse för dessa frågor. Till dessa hör bestämmelserna rörande avgränsningen av kommuners befogenheter och kompetens, dvs. vilka varor eller tjänster som kommuner får respektive inte få producera. Hit hör också bestämmelserna gällande avgifts- och prissättning och andra ekonomiska villkor. Ett antal viktiga uppgifter regleras i speciallagstiftning.

Kompetensavgränsningen

Enligt den allmänna kompetensregeln i 2 kap. 1 § kommunallagen får kommuner och landsting själva ta hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets

område eller deras medlemmar. En restriktion är att det inte får vara fråga om en angelägenhet som ska handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.

Kompetensavgränsningen behandlas också i bestämmelsen i 2 kap. 7 § kommunallagen. Här sägs att kommuner får driva näringsverksamhet, om den går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen eller landstinget och drivs utan vinstsyfte. Sådana verksamheter är att anse som sedvanlig kommunal affärsverksamhet. Den del av näringslivet, som av tradition är förbehållen den enskilda företagsamheten, brukar kallas det egentliga näringslivet.

Vad som är en allmännyttig anläggning eller tjänst definieras inte närmare. Det handlar om att producera nyttigheter av mer kollektiv natur, som eldistribution, renhållning, busstrafik och idrottsarenor. Rättspraxis har erkänt att t.ex. försörjning med bostäder, energi och kollektivtrafik hör till kompetensområdet. Det har också ansetts förenligt med kompetensbestämmelserna att uppföra idrottsanläggningar, vissa fritids- och nöjesanläggningar, parkeringsanläggningar, hamnar, flygplatser samt byggnader som inrymmer bostäder, saluhallar, slakthus och biografer.

Av praktiska skäl har det ansetts rimligt att tillåta viss verksamhet av anknyttande karaktär, trots att verksamheten isolerat sett faller utanför den kommunala kompetensen. Exempel från rättspraxis är stuveriverksamhet i kommunala hamnar samt förädling och försäljning av grus från kommunägda grustag.

Det torde inte vara rättsligt tillåtet för kommuner att i generell omfattning sälja icke kompetensliga tjänster med motiveringen att försäljningen utgör överskotts försäljning. Rättspraxis har en sträng karaktär genom att enbart godta överskotts försäljning inom den egna kommunen när den är av tillfällig natur, har en liten andel av totalvolymen och är förenad med en snabb intern efterfrågeminskning; några permanenta överskott accepteras inte.

En avgränsning av kompetensen sker också genom den s.k. lokaliseringsprincipen, som den kommer till uttryck i 2 kap. 1 § kommunallagen. Avgränsningen anses i den juridiska litteraturen innebära att en angelägenhet måste bäras upp av ett till kommunen knutet intresse för att kunna bli föremål för kommunens omvårdnad. Det bedöms därvid alltså inte räcka med att det är fråga om ett samhällsintresse utan intresset måste också framstå som i någon bemärkelse avgränsat till kommunområdet och/eller kommunmedlemmarna (Lindquist, Kommunala befogenheter, 6 uppl. 2005, s. 52). Principen innebär dock inte nödvändigtvis att verksamheten är förlagd innanför kommungränsen. Det har t.ex. ansetts förenligt med kommunallagen att ett landsting hyr fritidsbostäder i utlandet åt sina anställda.

Lokaliseringsprincipen innebär inget generellt hinder för samarbete mellan flera olika kommuner och/eller landsting. På vissa områden har lagstiftaren enligt vad som följer av 3 kap. 20 § kommunallagen förutsatt att kommunerna samverkar, och inom ett antal begränsade områden är det obligatoriskt.

En annan restriktion för den kommunala kompetensen är den s.k. likställighetsprincipen, beskriven i 2 kap. 2 § kommunallagen. Den innebär att kommuner och landsting ska behandla sina medlemmar lika, om

det inte finns sakliga skäl för något annat. Detta innebär bl.a. att det inte utan stöd av speciallag är tillåtet för kommuner och landsting att särbehandla kommunmedlemmar eller grupper av kommunmedlemmar på annat än objektiv grund. Likställighetsprincipen gäller bara gentemot kommunens eller landstingets egna medlemmar.

I 2 kap. 7 § kommunallagen föreskrivs att en förutsättning för att kommuner och landsting ska få bedriva näringsverksamhet är att det sker utan vinstsyfte. Avgiftsättningen behandlas i 8 kap. 3 b och c §§ samma lag. Här klargörs att kommuner och landsting får ta ut avgifter för sådana tjänster och nyttigheter inom kompetensområdet som tillhandahålls på frivillig grund. Här regleras också den s.k. självkostnadsprincipen. Vidare föreskrivs att, om det enligt lag finns en skyldighet att tillhandahålla tjänster eller nyttigheter, avgifter får tas ut bara om det är särskilt föreskrivet. Om en frivillig verksamhet bedrivs inom ramen för en obligatorisk, t.ex. ett skolkök inom gymnasieskolan, anses sådan verksamhet inte tillhöra den obligatoriska sektorn. Avgifter får därför tas ut utan särskilt lagstöd. Det framgår vidare av förarbetena att i normalfallet avgifterna, eller åtminstone grunderna för avgiftsättningen, ska framgå av en taxa fastställd av kommunfullmäktige.

Självkostnadsprincipen innebär att kommuner inte får ta ut högre avgifter än vad som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som tillhandahålls. Självkostnadsprincipen gäller som huvudregel för all verksamhet som bedrivs, vare sig det är frågan om frivillig eller obligatorisk verksamhet. Något undantag för konkurrensutsatt verksamhet gäller inte förutom såvitt avser el-, nät- och gasbolag. Om det i speciallagar särskilt regleras frågor om avgifter, tar sådana bestämmelser över den allmänna principen enligt kommunallagen. Så är fallet när det gäller avgifter för brandsyn, sotning samt tillståndsgivning enligt hälso- och skyddslagen. Det finns också speciallagstiftning som även förtydligar kravet på självkostnadsprissättning.

I rättspraxis och i 8 kap. 3 c § kommunallagen har fastställts att självkostnaden utgör övre gränsen för vad en kommun kan ta ut i priser för tjänster. Motivet ges i förarbetena (prop. 1993/94:188) till införandet av självkostnadsrestriktionen i kommunallagen. Där framhålls nödvändigheten av nämnda reglering för att kommunerna inte ska kunna missbruka den monopolställning som man ofta innehar i praktiken. Självkostnadsprincipen har också fastställts i ett antal speciallagar, t.ex. rörande renhållningstjänster och VA-tjänster.

I rapporten Avgifter inom kommunal verksamhet: förslag till modifierad självkostnadsprincip (Ds 1993:16) föreslogs att avgifter ska få sättas marknadsmässigt när en kommun agerar på en marknad med fungerande konkurrens. Detta synsätt delades dock inte av statsmakterna i samband med att självkostnadsprincipen infördes i kommunallagen år 1994. I nämnda proposition framhölls visserligen att det i sig saknas motiv för att reglera priser i en situation där marknadsmekanismerna fungerar. Likväl fann regeringen inte att det fanns några skäl att göra undantag från självkostnadsprincipen vid konkurrensutsatt verksamhet. Detta motiverades med att en annan ordning skulle ge kommunerna signalen att det är fritt fram att bedriva konkurrensutsatt verksamhet.

Enligt 2 kap. 8 § kommunallagen får kommuner genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen. Individuellt stöd till

enskilda näringsidkare får däremot bara lämnas om det finns synnerliga skäl för det. Tillåtna åtgärder är bl.a. att tillhandahålla mark och kommunalteknisk service till företagen. Inget hindrar att en generell lågprislinje tillämpas vid upplåtelse av mark eller elkraft, men individuella prisförmåner får inte förekomma.

Överklagbarheten

Kommunala beslut kan överklagas enbart av kommunmedlemmar. En sådan person måste vara folkbokförd, äga fastighet eller vara taxerad till kommunalskatt i kommunen. Företag kan enbart överklaga i egenskap av fastighetsägare. Skälet till denna ordning är att endast en kommunmedlem anses vara berörd av hur de kommunala angelägenheterna sköts. Endast beslut av beslutande organ såsom kommunfullmäktige och nämnd kan överklagas. Åtgärder av rent beslutsförberedande art eller verkställande åtgärder kan inte överklagas.

Ett beslut kan endast ifrågasättas med utgångspunkt i de grunder som anges i 10 kap. 8 § kommunallagen. Dessa är att beslutet inte tillkommit i laga ordning, inte avser en angelägenhet för kommunen, att det organ som fattat beslutet överskridit sina befogenheter eller att beslutet strider mot lag och annan författning. Beslutet måste vidare överklagas inom tre veckor från det att det justerade protokollet anslagits på kommunens anslagstavla. Har ingen överklagat inom denna tid, vinner beslutet laga kraft. Beslutet står då fast oavsett om det är lagligt eller inte.

Prövningen av kommunala beslut sker i de allmänna förvaltningsdomstolarna, dvs. länsrätt, kammarrätt och regeringsrätten. En domstol kan endast pröva de omständigheter som anförs av de klagande. Enligt 10 kap. 10 § kommunallagen får vid prövningen inte beaktas andra omständigheter än sådana som klaganden hänvisat till före klagotidens utgång. Prövningen kan vidare endast gälla lagligheten, inte lämpligheten i beslutet. Domstolen kan inte ersätta ett överklagat beslut med ett annat, utan endast upphäva beslutet i fråga.

Beslut tagna av kommunala bolag kan inte överklagas. Om ett kommunalt bolag i strid mot kommunallagen skulle fatta ett beslut om att börja producera en vara eller tjänst går således inte bolagets beslut att överklaga. Däremot kan kommunens beslut rörande bolagsordningens utformning överklagas, eller ett annat kommunalt beslut som rör bolagets verksamhet. Ett sådant beslut måste dock överklagas inom tre veckor från det att det justerade protokollet anslagits på kommunens anslagstavla.

4.2.3 Särskilda regler för statliga myndigheter

Myndigheters s.k. uppdragsverksamhet kännetecknas av att den är frivilligt efterfrågad. Regeringen har rätt att besluta om införande av avgift. I regel har regeringen dock delegerat rätten att bestämma avgiftens storlek till den aktuella myndigheten. Det kan t.ex. vara frågan om att högskolor utför uppdragsutbildning åt företag, att myndigheter med specialkompetens säljer konsulttjänster eller att lokaler hyrs ut. Uppdragsverksamhet är ibland, men inte alltid, konkurrensutsatt.

Instruktioner för statliga myndigheter redovisar främst vilka huvudsakliga uppgifter som åligger en myndighet att utföra. Dessa uppgifter kan både vara anslags- och avgiftsfinansierade. Oftast innehåller instruktionen en ganska tydlig, men samtidigt översiktlig, reglering av vilka huvudsakliga uppgifter och verksamheter som myndigheten ska bedriva. De statliga affärsverken styrs med instruktioner på samma sätt som övriga myndigheter. Myndigheters konkurrensutsatta verksamhet har ofta en anknytande karaktär. Instruktionen rörande sådan anknytande verksamhet är vanligen skriven kortfattat. En vanlig formulering är att myndigheten ”mot avgift får tillhandahålla tjänster som har anknytning till myndighetens uppgifter”. En annan använd formulering är att myndigheten ”får utföra uppdrag inom sitt ansvarsområde om verksamheten i övrigt medger detta”. Det finns exempel på instruktioner där det räknas upp vissa anknytande tjänster som får bedrivas, men det tillhör inte vanligheterna. Det finns sällan några preciseringar till att myndigheterna ges rätt att sälja tjänster på en öppen marknad. Förklaringar kan vara redovisade i äldre förarbeten såsom propositioner m.m., men inte heller sådana förklaringar är särskilt vanliga. Det finns nästan aldrig heller några närmare riktlinjer om vilka villkor som ska gälla för konkurrensutsatt verksamhet. Över huvud taget används begreppet konkurrensutsatt mycket sällan i instruktionerna, utan i stället används begreppet uppdragsverksamhet som ett slags samlingsbeteckning för all verksamhet som efterfrågas mer frivilligt.

Kompetensavgränsning kan också ske i regeringens regleringsbrev till myndigheterna. Här anges vilka anslag myndigheten disponerar. Här kan också finnas särskilda direktiv i form av t.ex. uppdrag som myndigheten ska utföra under det aktuella året. Här anges vidare de återrapporteringskrav regeringen ställer på myndigheten och vilka delar av verksamheten som ska vara föremål för särredovisning i årsredovisningen.

Till skillnad från verksamhet inom kommuner och landsting går det inte att överklaga statliga myndigheters beslut att bedriva viss verksamhet. Det går således inte att få rättsligt prövat huruvida en statlig myndighet överträder den kompetensavgränsning som anges i instruktioner eller regleringsbrev.

Myndigheter är ålagda att i ekonomisk mening särredovisa den uppdragsverksamhet som bedrivs. Det finns däremot få exempel på att myndigheter är ålagda att särredovisa sin konkurrensutsatta verksamhet, eller att myndigheten själv väljer att identifiera och särredovisa sin konkurrensutsatta verksamhet.

Statskontoret har i sin rapport Staten som kommersiell aktör (2000:16) föreslagit att alla statliga aktörer som har avgiftsintäkter i konkurrensutsatt verksamhet ska särredovisa dessa. Man använder i rapporten begreppet kommersiell verksamhet som benämning på all verksamhet som tillhandahålls på en öppen marknad och där det samtidigt finns andra aktörer som tillhandahåller samma typ av produkter. Begreppet innefattar däremot inte marknader där man kan uppfatta att potentiell konkurrens föreligger. Vidare anser Statskontoret att begreppet uppdragsverksamhet ska definieras närmare.

En myndighet får ta ut avgifter för varor och tjänster bara om det följer av lag eller förordning eller av ett särskilt beslut av regeringen. Inkomster

från frivilligt efterfrågade tjänster får myndigheterna enligt uppgift i normalfallet behålla själva.

Avgiftsförordningen (1992:191) utgör ett regelverk för hur statliga myndigheter närmare ska ta ut avgifter. För affärsverken gäller den dock endast i begränsad omfattning.

Avgiftsförordningen behandlar både offentligrättsliga avgifter och avgifter i uppdragsverksamhet, varför den också får påverkan på konkurrensutsatt verksamhet. Oavsett om myndigheten själv bestämmer avgiftsnivån eller lämnar förslag till nya priser som regeringen avgör är myndigheten skyldig att samråda med Ekonomistyrningsverket om avgifterna innan beslut fattas. Verket har också ett samlat ansvar för att sprida kunskap om principer och praxis för kostnadskalkylering och prissättning inom den statliga myndighetssfären.

Enligt 5 § avgiftsförordningen ska full kostnadstäckning gälla som ekonomiskt mål för statligt avgiftsbelagd verksamhet om inget annat bestämts. Det betyder i praktiken att de flesta konkurrensutsatta tjänster som tillhandahålls av statliga myndigheter har detta som sitt ekonomiska mål. I Ekonomistyrningsverkets rapport Att styra avgiftsbelagd verksamhet (2000:21) redovisas hur begreppet full kostnadstäckning närmare ska tolkas. Huvudprincipen för pris- eller avgiftssättningen är att ersättningen ska motsvara den långsiktiga självkostnaden. Intäkterna ska täcka samtliga direkta kostnader och en rättvis andel av de kostnader som är indirekt förenade med verksamheten. Vid pris- eller avgiftssättningen ska hänsyn tas till tidigare uppkomna över- eller underskott i verksamheten. Kravet på full kostnadstäckning gäller på några års sikt och kan anses vara uppfyllt om verksamheten t.ex. uppvisar underskott ett år och ungefär motsvarande överskott året därpå. Enligt 7 § avgiftsförordningen ska en myndighet varje år samråda med Ekonomistyrningsverket om de avgifter som myndigheten tar ut eller avser att ta ut för varor och tjänster som myndigheten tillhandahåller.

Det finns ett särskilt bemyndigande i 4 § avgiftsförordningen som innebär att myndigheten själv får bestämma om att ta ut avgift för vissa varor och tjänster, förutsatt att försäljningen är av tillfällig natur eller av mindre omfattning. Hit hör t.ex. försäljning av publikationer, informationsuttag från databaser, tillfällig lokaluthyrning och seminarieverksamhet.

Statliga myndigheter kan ha olika ekonomiska mål för verksamheten. Ett ekonomiskt mål talar om hur stor del av kostnaderna för en viss verksamhet som ska täckas av intäkter i verksamheten. Regeringen kan i förordning, instruktion eller regleringsbrev besluta om att en viss tillhandahållen tjänst ska avgiftsättas lägre än full kostnadstäckning. Det motsatta, att en myndighet skulle ges rätt att tillämpa avgifter som överstiger full kostnadstäckning, är mer komplicerat att besluta om eftersom en del av avgiften skulle kunna betraktas som en skatt. Av regeringsformen följer att riksdagen och inte regeringen fattar beslut om skatter. Ekonomistyrningsverket redovisar i nämnda rapport situationer när det kan vara motiverat att regeringen beslutar om andra mål än full kostnadstäckning. Ett sådant skäl är när ett mål om full kostnadstäckning motverkar syftet med verksamheten. Som exempel anges extern försäljning av produktion från arbetsdriften vid Kriminalvårdsstyrelsen,

eller den motsvarande verksamhet som Statens institutionsstyrelse bedriver inom ramen för ungdoms- och missbrukarvård.

Förvaltningskommittén (dir. 2006:123) har haft i uppgift att särskilt granska och ompröva myndigheternas konkurrensutsatta verksamheter. Enligt den undersökning kommittén låtit göra uppgick omfattningen av denna verksamhet år 2006 till cirka 25 miljarder kronor, fördelat på 109 statliga myndigheter.

Kommittén föreslår i sitt slutbetänkande Styra och ställa – förslag till en effektivare statsförvaltning (SOU 2008:118) att det i lag införs en huvudregel om att statliga myndigheter inte får sälja varor och tjänster på en konkurrensutsatt marknad eller en potentiellt konkurrensutsatt marknad. Enligt kommitténs förslag ska regeringen kunna besluta om undantag från huvudregeln i enskilda fall och utifrån vissa kriterier. Kommittén föreslår vidare att myndigheter som bemyndigas att sälja en vara och/eller tjänst på en konkurrensutsatt marknad ska särredovisa intäkter och kostnader för denna verksamhet. Köp av varor och tjänster mellan statliga myndigheter bör enligt kommittén omfattas av de principer som gäller för upphandling i allmänhet. Kommitténs slutbetänkande har remissbehandlats och förslagen bereds för närvarande inom Regeringskansliet.

4.2.4 Speciallagstiftning som berör kommunal eller statlig verksamhet

Det offentliga kompetensområde regleras inte bara i kommunallagen eller i statliga myndigheters instruktioner och regleringsbrev. Det finns också särskilda lagar som utvidgar det offentliga kompetensområde eller i vart fall kan tydliggöra vad det offentliga ska eller får ägna sig åt. För kommunernas och landstingens del gäller att den övervägande delen av all verksamhet som bedrivs är specialreglerad.

Kompetensutvidgande bestämmelser behöver inte bara gälla verksamheten som sådan, de kan också innehålla tydliggöranden om att t.ex. den kommunala självkostnads-, lokaliserings- eller likställighetsprincipen upphävs. Det finns också exempel på speciallagstiftning som förtydligar kravet på självkostnadsprissättning, t.ex. i fråga om bygglovsavgifter, VA-avgifter, renhållningsavgifter och avgifter för sociala tjänster. Dessa lagar har dock sällan några särskilda bestämmelser som gäller konkurrensneutralitet.

I princip kan man skilja på två olika typer av speciallagar:

1. Lagar som tydliggör att en viss verksamhet är av *obligatorisk* natur för en kommun eller en statlig verksamhet.

2. Lagar som tydliggör att en viss verksamhet får men inte måste bedrivas av det offentliga, dvs. den är av *frivillig* natur.

Vissa speciallagar tydliggör att vissa verksamheter är obligatoriska för kommuner, landsting eller staten att utföra. För tjänster som kommuner är skyldiga att tillhandahålla får avgifter tas ut endast om det är särskilt föreskrivet i lag. Sådana avgifter kan ha något olika karaktär. Vissa har en särskilt betungande karaktär för den enskilde då denne måste betala oavsett om denne utnyttjar tjänsten eller inte. Andra avgifter tas ut för en

frivilligt efterfrågad tjänst, t.ex. bygglovsavgifter, men där verksamheten likväl är av myndighetskaraktär.

Viss speciallagstiftning tydliggör att en offentlig aktör får men inte måste bedriva en viss verksamhet. Hit hör lagar som reglerar verksamhetsområden som tidigare varit offentliga monopol men som nu konkurrerats ut. Typiska sådana branscher är postmarknaden och telemarknaden. Dessa är numera omreglerade i postlagen (1993:1684) och lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Ett annat exempel är energisektorn, där numera elmarknaden i sin helhet är omreglerad i ellagen (1997:857). I lagar som dessa kan det, direkt eller indirekt, tydliggöras att statliga och kommunala aktörer har en rätt men inte en skyldighet att agera på marknaden.

Den 1 mars 2009 trädde lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter i kraft. Genom den lagen sammanfördes ett antal kompetensutvidgande s.k. smålagar i en gemensam lag. Lagen innehåller bestämmelser som ger kommuner och landsting ökade befogenheter i förhållande till vad som gäller enligt kommunallagen (1 kap. 1 §), bl.a. i fråga om att tillhandahålla lokaler (3 kap. 6 §). I lagen föreskrivs undantag från kravet på kommunal anknäring när det gäller sjuktransporter, kollektivtrafik och turism (1 kap. 2 §). För sådan verksamhet gäller heller inte kommunallagens förbud mot att driva företag i vinstsyfte eller självkostnadsprincipen (1 kap. 3 §). Verksamheten ska bedrivas på affärs- mässiga grunder. Detta gäller också i samtliga fall då kommuner tillhandahåller lokaler till näringslivet.

4.2.5 Offentliga bolag

De grundläggande bestämmelserna om aktiebolag finns i aktiebolagslagen (2005:551). Vid bildandet av ett aktiebolag ska det upprättas en stiftelseurkund som ska innehålla en bolagsordning. Aktiebolaget ska anmälas för registrering hos Bolagsverket som kontrollerar att bolagsbildningen har skett författningsenligt. I bolagsordningen ska anges bl.a. föremålet för bolagets verksamhet, angivet till sin art (3 kap. 1 § aktiebolagslagen). Om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha ett annat syfte än att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna ska även detta anges i bolagsordningen. I så fall ska det också anges hur bolagets vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation ska användas (3 kap. 3 § aktiebolagslagen). I näringslivet är syftet i normalfallet att bereda ägarna största möjliga ekonomiska avkastning, varför detta i allmänhet inte anges särskilt. Privata aktiebolag kan även vara aktiebolag med särskild vinstutdelningsbegränsning. Detta ska i så fall anges i bolagsordningen (32 kap. 2 § aktiebolagslagen).

Bolagsstämman är ett aktiebolags högsta beslutande organ. Om inte annat följer av lag eller bolagsordning, kan stämman avgöra varje fråga som rör bolaget. Stämmans möjligheter att styra bolagsledningen får emellertid inte användas i sådan utsträckning att styrelsen förlorar sin ställning som ansvarig för förvaltningen. Enligt lagen har stämman beslutanderätt med avseende på frågor om tillsättande och entledigande av styrelse och revisorer, fastställande av resultat- och balansräkning, ändring av bolagsordning m.m. Ägare utövar sin rätt att besluta i bolagets

angelägenheter på bolagsstämman. Bolagsstämman kan även utfärda skriftliga s.k. ägardirektiv som ska gälla för bolagets verksamhet, där sådana mer preciserade mål och direktiv som inte anses passa i bolagsordningen kan formuleras. I praktiken sker mycket av styrningen på ett informellt plan, särskilt om ett bolag har få eller kanske bara en enda ägare.

Statligt ägda företag styrs på samma sätt som privatägda företag och lyder under samma lagar, som exempelvis aktiebolagslagen, konkurrens-, bokförings- och insiderlagstiftningen. Inriktningen av de statligt ägda företagens verksamhet styrs främst av riksdagsbeslut och ytterligare bestämmelser för verksamheten som kan finnas till exempel i lag eller i avtal mellan staten och företaget. Företag verksamma inom en viss sektor kan även lyda under särskild sektorslagstiftning, till exempel postlagen (1993:1684) och lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Bestämmelser om *kommunala företag* finns i 3 kap. kommunallagen. I 3 kap. 16 § sägs att kommuner och landsting, efter beslut av fullmäktige, kan lämna över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag, ett handelsbolag, en ekonomisk förening, en ideell förening, en stiftelse eller en enskild individ. Verksamhet som innefattar myndighetsutövning får dock överlämnas endast om det finns stöd för det i lag. Den verksamhet som överlämnas ska falla inom den kommunala kompetensen. När en viss kommunal verksamhet är placerad i bolagsform ska fullmäktige i kommunen tillse att bolaget följer kommunallagens kompetensbestämmelser samt bestämmelser rörande icke vinstsyfte och självkostnadsprissättning. Undantag gäller endast om bolaget verkar på en marknad som specialreglerats och det uttryckligen anges att dessa bestämmelser, eller några av dem, sätts ur spel.

Om en kommun eller ett landsting med stöd av 3 kap. 16 § kommunallagen lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget bestämmer ensam ska fullmäktige enligt 3 kap. 17 § fatta vissa beslut. Man ska fastställa det kommunala ändamålet med verksamheten, utse samtliga styrelseledamöter och minst en revisor samt se till att fullmäktige får ta ställning innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell natur eller annars av större vikt i övrigt fattas.

Syftet med fullmäktiges fastställande av ändamålet med verksamheten är att minimera riskerna för kompetensöverskridanden. Kravet på precisering av ändamålsbestämningen är enligt förarbetena särskilt starkt om verksamheten ligger nära gränsområdena för den kommunala kompetensen (prop. 1990/91:117, s. 162). Den rättsliga innebörden av att fullmäktige ska ta ställning innan beslut tas i verksamheter som är av principiell betydelse eller annars av större vikt är att aktiebolaget bolagsrättsligt sett kan fatta ett beslut i strid mot fullmäktiges ställningstagande. Fullmäktige kan då med stöd av aktiebolagslagen avsätta styrelsen. Aktiebolaget blir bundet av reglerna om yttranderätt genom bestämmelser i bolagsordningen eller genom ägardirektiv som fastställs på bolagsstämma.

Till skillnad från de statliga bolagen omfattas helägda kommunala bolag av offentlighetsprincipen.

Enligt artikel 86 i EG-fördraget åläggs EG-kommissionen att tillse att medlemsstaterna inte ger sådant stöd till bl.a. offentliga företag som

strider mot den gemensamma marknaden och tillämpningen av konkurrensreglerna. För att möjliggöra tillämpningen och efterlevnaden av denna princip har kommissionen utfärdat direktivet 2006/111/EEG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstaterna och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet, det s.k. *transparensdirektivet*. Direktivet är genomfört i Sverige genom lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m.

4.3 Konkurrensrådets iakttagelser, analyser och bedömningar i översikt

Konkurrensrådet har redovisat sina samlade erfarenheter och de resultat som uppnåtts i sitt betänkande Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117). I betänkandet ger rådet bl.a. en beskrivning av uppkommande situationer med konkurrenskonflikter och lämnar även förslag till åtgärder för att begränsa konfliktytorna.

De problem som rådet redovisar uppstår främst när privata och offentliga aktörer möts på samma marknad, dvs. när det allmänna bedriver en säljverksamhet i konkurrens med andra företag. Problemen har belysts ingående i betänkandet. En rad situationer har där identifierats som typfall, samt analyserats ur bl.a. samhällsekonomisk synvinkel. Det gemensamma elementet är de konkurrenshämmande effekter som den offentlige aktörens förfarande kan ha.

4.3.1 Typfall av offentlig säljverksamhet som vållar konkurrensproblem för privata företag

De nämnda, av rådet utpekade typfallen kan kort betecknas som:

1. en blandning av monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet,
2. utnyttjande av myndighetsutövning på konkurrensutsatta marknader,
3. ensam tillgång till en strategisk nyttighet (facilitet), t.ex. viss tung infrastruktur,
4. försäljning av överskottskapacitet,
5. stöd till den egna säljverksamheten,
6. offentlig produktion när privata företag saknas,
7. sysselsättning av arbetshandikappade,
8. sysselsättning av arbetslösa och ungdomar,
9. gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling samt
10. kommunal försäljning över kommungränsen.

4.3.2 Konkurrensen mellan privata och offentliga aktörer har ökat

Enligt rådet har antalet verksamheter där privata och offentliga aktörer konkurrerar ökat påtagligt. Konfliktytorna mellan offentlig och privat sektor har därmed vidgats. Rådet anser att problemen kan lösas antingen genom att den offentliga sektorn drar sig tillbaka, eller genom att

konkurrensförutsättningarna görs så lika som möjligt. Detta är således ett grundläggande synsätt.

En viktig fråga har då varit för rådet vilka verksamheter som den offentliga sektorn bör kunna bedriva utan att dra sig tillbaka. I betänkandet gör rådet en analys av de enligt dess mening relevanta argumenten för att bedriva konkurrensutsatt verksamhet i offentlig regi. En åtskillnad görs där mellan *konkurrens inom den offentliga sektorns traditionella område*, där omfattande konkurrensutsättning har skett under senare år, samt *konkurrens inom den traditionella näringslivssektorn*.

4.3.3 Den offentliga sektorns traditionella område

I fråga om det rubricerade området uttalar rådet att det inte finns skäl att ifrågasätta existensen av offentliga aktörer, inte ens i de fall verksamheten har konkurrensutsatts. Även i de fall staten eller en kommun väljer att upphandla en förhållandevis stor del av sitt behov i konkurrens, kan det finnas behov av egen produktionskapacitet. I den mån huvudmannen upphandlar hela eller delar av verksamheten i konkurrens kommer i praktiken den egna produktionsenheten i en eller annan form att hamna i en konkurrenssituation med privata leverantörer. Behovet av en egen produktionskapacitet innebär dock inget motiv till att också använda kapaciteten för försäljning till externa kunder, anför rådet.

4.3.4 Den traditionella näringslivssektorn

När det gäller denna sektor uttalar rådet att det i de allra flesta fall saknas relevanta skäl för att offentliga aktörer ska bedriva säljverksamhet där. Som exempel på områden där rådet i enskilda fall funnit att extern försäljning borde upphöra annat än vid tillfälliga och oförutsedda överskottssituationer m.m. kan tas: växtförsäljning, diverse tekniska tjänster, arkitekttjänster, larmtjänster, försäljning av brandskyddsutrustning, bageri- och kaféverksamhet, vissa skogsvårdtjänster, park- och trädgårdstjänster samt fastighetsskötsel.

Rådet har dock funnit tre undantagssituationer som under vissa omständigheter kan motivera en sådan produktion. Enligt vad som närmare anges och preciseras i betänkandet rör det sig om

1. avsaknad av privata initiativ där detta har påtaglig betydelse för kunderna,
2. vissa angivna lägen när det finns en hög grad av samproduktionsfördelar samt
3. tillfälliga, oavsiktliga överskott under särskilda förhållanden.

Vidare uttalar rådet att det är invändningsfritt att bygga upp en intern enhet för att producera vad som även går att köpa externt. Motivet kan vara att detta är mer kostnadseffektivt. Detta kan dock inte åberopas som argument för att också bedriva extern försäljning.

Ytterligare framhåller rådet i anslutning till konkreta exempel bl.a. att det finns ett antal verksamheter som bedrivs i offentlig regi och där det bästa sättet att komma till rätta med konkurrensstörningen är att det

offentliga upphör med produktionen ifråga. Det finns flera faktorer som knyter exemplen samman. Typiskt för dessa verksamheter är enligt rådets mening att

1. produktionen inte har någon allmännyttig eller kollektiv karaktär,
2. produktionen saknar påtagliga inslag av stordrifts- eller samproduktionsfördelar, och
3. det i normalfallet inte råder någon brist på privata företag som kan tillhandahålla varorna eller tjänsterna ifråga.

Rådet framhåller vidare att, när kommuner och landsting bedriver denna typ av produktion, det är mycket som talar för att kommunallagen överskrids. Den slutsatsen dras att bedömningar med utgångspunkt i dels den välfärdsekonomiska teori som rådet redovisar, dels vad som följer av den rättspraxis som finns inom det kommunala området, i stort sett sammanfaller. Sådana verksamheter som strider mot kommunallagen är således också onödiga att bedriva från välfärdsteoretisk utgångspunkt. Enligt rådets mening är det uppenbart att de välfärdsteoretiska argumenten mot att den offentliga sektorn bedriver produktion av detta slag i lika hög grad gäller staten som kommuner och landsting. Konkurrensrådet gör bedömningen att en betydande del av konkurrensstörningarna mellan offentlig och privat sektor skulle upphöra, om offentlig produktion upphörde inom verksamhetsområden av detta slag. Detta skulle enligt rådets mening inte minst gynna mindre företag som ofta är lokalt verksamma och har små resurser.

4.3.5 Spelregler när offentlig säljverksamhet kan godtas

I rådets betänkande behandlas de villkor som bör gälla på marknader där det finns godtagbara motiv till att offentliga aktörer bedriver konkurrensutsatt verksamhet. Exempelvis gäller detta det kommunala kärnområdet. Enligt rådet innebär de skilda förutsättningarna för offentlig och privat sektor att någon fullständig konkurrensneutralitet inte kan uppnås. För att skapa så lika villkor som möjligt anger rådet vissa spelregler som bör följas.

Dessa omfattar i betänkandet närmare motiverade och preciserade rekommendationer som beträffande konkurrensutsatt verksamhet tar sikte på bl.a.: angivande av ekonomiska mål, redovisningsmässig avgränsning, full kostnadstäckning, särredovisning av verksamhetens ekonomiska utfall, i vart fall en resultaträkning som beaktar kapitalkostnader, hänsynstagande till samtliga relevanta kostnader, identifiering av kostnadsställe och kostnadsbärare, påförande av indirekta kostnader, budget som kan följas upp mot faktiskt utfall, belastning med internränta för utnyttjat kapital som alltid bör jämföras med främmande kapital, självkostnads-kalkyl som utgångspunkt för prissättningen, förkalkyl med risktillägg och efterkalkyl samt transparens av närmare angivet slag som möjliggör att ett granskande organ bedömer en påstådd konkurrens-snedvridning.

4.3.6 Konkurrensrådets syn på lagstiftningsfrågan

Av betänkandet framgår att behovet av lagstiftning ingående har diskuterats inom ramen för rådets verksamhet. Företrädarna för dåvarande Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet hade den grundläggande uppfattningen att de aktuella konkurrensproblemen bäst löses på frivillig väg. Dessa företrädare framhöll också att, om lagändringar genomförs, detta i så fall enbart bör ske inom ramen för konkurrenslagstiftningen. Företrädarna för näringslivet hade å sin sida den grundläggande uppfattningen att det behövs ändringar både i nämnda lagstiftning och i kommunallagen. Rådet framhöll att det därför inte var möjligt att finna en lösning som i sin helhet kunde tillgodose alla krav och önskemål.

Samtidigt framhöll rådet att diskussionerna hade förts i en konstruktiv anda och att parterna fått en ökad förståelse för varandras argument. Rådet tillade att den uppfattningen hade framförts av företrädare för förbunden att, om lagändringar ska genomföras, det bör ske inom ramen för konkurrenslagstiftningen. Därför skulle enligt rådet en lösning kunna bestå i att det i konkurrenslagen införs en bestämmelse som tar sikte på att korrigera konkurrensnedvridande beteende från offentliga aktörer. Det skulle i så fall enligt rådet bli fråga om en missbruksbestämmelse, där de offentliga aktörerna i händelse av en lagöverträdelse inte drabbas av ekonomiska sanktioner för redan inträffat agerande utan endast vitesbelopp i den händelse man inte rättar sig efter ett beslut.

5 Förslag till ett system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden

5.1 Behovet av en konfliktlösningsbestämmelse

Regeringens bedömning: Det behövs lagbestämmelser som möjliggör domstolsprövning i enskilda fall av konkurrenskonflikter mellan aktörer i offentlig och privat sektor.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna kan delas in i två grupper. Till den första gruppen hänförs remissinstanser som delar promemorians bedömning. Dessa är *Göta hovrätt, Malmö tingsrätt, Ekonomistyrningsverket, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, Konkurrensverket, Länsstyrelsen i Dalarna län, Länsstyrelsen i Kronobergs län, Länsstyrelsen i Västerbottens län, Statskontoret, Nutek, Almega, Stiftelsen Den Nya Valfärden, Fastighetsägarna, Företagarna, Industrigruppen för Konkurrens i Bredbanden (IKB), Svenska Brandskyddsföreningen, Svenskt Näringsliv, Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare (SHR), Stockholms handelskammare, Falu kommun, Huddinge kommun, Lomma kommun, Norrtälje kommun och Värmdö kommun*. Enligt Konkurrensverkets erfarenhet drabbas ofta små företag på lokala marknader när offentliga aktörer bedriver närings-

verksamhet och avyttrar varor eller tjänster på marknader där också privata företag är verksamma. Konkurrensverket har i ett flertal rapporter pekat på behovet att åtgärda problemen. *Länsstyrelsen i Kronobergs län* anför att trots att konkurrensfrågorna har varit i fokus under relativt lång tid och trots dåvarande Konkurrensrådets verksamhet, förekommer det enligt länsstyrelsen fortfarande att enskilda företag och näringslivsorganisationer ifrågasätter offentliga institutioners närvaro på konkurrensutsatta marknader. Den av Sveriges Kommuner och Landsting hävdade tanken att man på frivillig väg skulle lösa problemen har hittills uppenbarligen inte givit önskat resultat. *Statskontoret* anför att man i ett flertal rapporter har belyst statlig och kommunal konkurrensutsatt verksamhet och hur sådan verksamhet riskerar att påverka marknadens funktionssätt och samhällsekonomin negativt. *Företagarna* menar att det befintliga regelverket inte förmår att åtgärda de konkurrensproblem som uppstår när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet på konkurrensutsatta marknader. Enligt *Företagarna* upplever i dag 18 procent av de små företagen – eller med andra ord ca 33 000 företag – sig vara utsatta för konkurrens från offentlig sektor och problemen är särskilt allvarliga för små företag som verkar på lokala marknader. Förslaget är enligt *Företagarna* ett betydelsefullt verktyg för att komma åt kompetensöverskridande offentlig säljverksamhet på marknaden och är därför av stor betydelse för de små företagen. *Svenskt Näringsliv* instämmer i den bakgrundbeskrivning som lämnas i promemorian liksom i slutsatsen att det behövs en konfliktlösningsregel. En rad alternativ till lagstiftning har enligt *Svenskt Näringsliv* prövats under lång tid, men med klen eller inget resultat. *Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare (SHR)* anför att konkurrens på lika villkor inte bara har avgörande betydelse för tillväxten i stort utan även för företags överlevnad i det enskilda fallet. SHR uppger att man ofta och i ökande utsträckning får signaler från medlemsföretag runt om i landet om att konkurrensstörningar uppstått till följd av konkurrenssnedvridande offentlig verksamhet.

Till den andra gruppen hänförs remissinstanser som inte instämmer i promemorians bedömning. Dessa är *Stockholms tingsrätt*, *Svenska Kommunalarbetsförbundet*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Ale kommun*, *Gotlands kommun*, *Karlskoga kommun*, *Karlstads kommun*, *Malmö kommun*, *Mariestads kommun*, *Perstorps kommun*, *Örkelljunga kommun* och *Avfall Sverige*. *Stockholms tingsrätt* framhåller att nuvarande konkurrenslagstiftning, framförallt EG-rätten, innehåller lösningar på de flesta av de problem som lyfts fram i promemorian och anser därför att det inte finns behov av lagstiftningsåtgärder. *Svenska Kommunalarbetsförbundet* menar att de skäl som anförs för en förändring av lagstiftningen inte är av den tyngd och omfattning att de motiverar en förändring av nu gällande rättsläge. Om fel eller misstag begås av kommun eller landsting i de avseenden som behandlas i promemorian, kan frågan redan sedan lång tid prövas enligt bl.a. kommunallagen. Även *Ale kommun* och *Gotlands kommun* anför att en prövning kan ske enligt kommunallagen. *Perstorps* och *Örkelljunga kommuner* anser att om det finns behov av lagstiftning, ska ändringar i så fall ske i kommunallagen. *SKL* anser att förbud och sanktioner inte är ett lämpligt sätt att komma till rätta med eventuella konkurrensproblem. Promemorian grundar sig enligt *SKL:s* uppfattning på gammalt material

och något behov av sanktioner finns inte. Enligt SKL ska det inte ankomma på domstolar att avgöra under vilka former och i vilken omfattning kommuner och landsting ska bedriva sin verksamhet. SKL förordar en frivillig modell med konkurrensråd på central eller lokal nivå. Även *Karlstads kommun* och *Mariestads kommun* anser att eventuella problem bör kunna lösas på frivillig väg. *Malmö kommun* anser att promemorian inte innehåller någon redovisning av vilket behov som finns av lagstiftning.

Övriga remissinstanser har inte haft något att erinra mot eller har inte yttrat sig över promemorians bedömning.

Skälen för regeringens bedömning: Vid remissbehandlingen av Konkurrensrådets betänkande Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117) och departementspromemorian med samma namn (Ds 2001:17) var en stor majoritet av remissinstanserna i väsentliga delar positiva till att införa en särskild konfliktlösningssregel. Några remissinstanser begärde även längre gående lagstiftningsåtgärder. Som redovisats i avsnitt 4.1 och med hänsyn till vad flertalet remissinstanser nu har uttalat, kan konstateras att konkurrensproblemen mellan offentlig och privat sektor alltså kvarstår.

Den omständigheten att det finns problem innebär dock inte att lagstiftningsåtgärder måste vidtas. Först får prövas i vad mån gällande lagstiftning är tillräcklig för att komma till rätta med de problem som uppstår när staten, en kommun eller ett landsting bedriver säljverksamhet på konkurrensutsatta marknader. Om gällande lagstiftning inte kan anses tillräcklig, måste det prövas hur lagstiftningen lämpligen bör utformas för att komma till rätta med problemen. Regeringen vill dock redan nu understryka att en lösning genom ett frivilligt system redan har prövats och av flera remissinstanser inte bedömts som framgångsrik. Enligt regeringens mening kan därför inte ett frivilligt konfliktlösningssystem åtgärda de problem som förekommer på marknaden. Ett sådant ställningstagande utesluter naturligtvis inte att konkurrenskonflikter kan lösas på frivillig väg i det enskilda fallet.

Det finns ett relativt stort antal lagar som på ett eller annat sätt påverkar konkurrensförhållandena mellan offentliga och privata aktörer och i vissa fall bidrar till mer konkurrensneutrala villkor. Konkurrenslagen (2008:579) har t.ex. vissa spärrar mot för låga priser, men dessa bestämmelser gäller primärt vinstsyftande verksamhet. Motsvarande bestämmelser finns i EG-fördraget. Fördraget kräver för sin tillämplighet att handeln mellan medlemsstater kan påverkas. Så torde inte vara fallet i många av de fall där offentlig säljverksamhet bedrivs på ett konkurrensstörande sätt. Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har bestämmelser som ska säkerställa att en upphandlande enhet uppträder på ett konkurrens neutralt sätt, men kan inte användas för att rätta till snedvridna marknadsförhållanden i leverantörsleden. Kommunallagen (1991:900) sätter spärrar för vilka verksamheter kommuner och landsting får bedriva, men det finns en relativt stor gråzon och lagen hindrar inte att konkurrensutsatta verksamheter bedrivs på ett konkurrensnedvridande sätt. Instruktioner och andra verksamhetsdirektiv sätter på motsvarande sätt vissa gränser för vilka verksamheter som statliga myndigheter får bedriva och vissa restriktioner på prissättningen, även om gråzonerna också här är betydande. Speciallagar kan ibland klarlägga

förhållanden inom vissa branscher, men dessa behandlar endast en begränsad del av alla marknader där både offentliga och privata aktörer verkar.

Konkurrenslagen kan i de allra flesta fall inte råda bot på uppkomna konkurrenskonflikter vid offentlig säljverksamhet på marknaden. Detta beror på att förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mycket sällan torde vara tillämpligt (se t.ex. MD 1997:19). I fråga om förbudet mot missbruk av dominerande ställning gäller att den offentlige aktören ska ha en dominerande ställning på vad som i det enskilda fallet är att anse som den relevanta marknaden. Det kan knappast ses som typiskt att offentliga aktörer har en sådan ställning, även om det finns exempel på detta i rättspraxis. På grund av det anförda erbjuder konkurrenslagen i sin nuvarande utformning inte något tillräckligt instrument för att lösa konflikter vid offentlig säljverksamhet.

Mot denna bakgrund anser regeringen att det behövs lagbestämmelser som möjliggör domstolsprövning i enskilda fall av konkurrenskonflikter mellan aktörer i offentlig och privat sektor. Regeringen återkommer i det följande till den närmare utformningen av bestämmelserna.

5.2 Konfliktregelns utformning

Regeringens förslag: I konkurrenslagen ska införas en regel som innebär att staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen tillämpa förfaranden som snedvrider eller är ägnade att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Förbud ska också kunna meddelas om förfarandet hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. En kommun eller ett landsting får även meddelas förbud att bedriva viss verksamhet. Ett förbud ska dock inte meddelas i fråga om en verksamhet eller ett förfarande som är försvarbart från allmän synpunkt. En kommun eller ett landsting ska inte kunna meddelas förbud att bedriva viss verksamhet om verksamheten är förenlig med lag.

Promemorians förslag, som i huvudsak överensstämmer med regeringens, omfattar även en möjlighet att förbjuda statliga säljverksamheter.

Remissinstanserna: En stor majoritet av remissinstanserna tillstyrker eller har inget att invända mot förslaget. Till de remissinstanser som avstyrkt förslaget hör *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och mindre än hälften av de kommuner och landsting som yttrat sig över promemorians förslag. *SKL*, *Gotlands kommun*, *Göteborgs kommun*, *Hudiksvalls kommun*, *Luleå kommun*, *Perstorps kommun* och *Örkelljunga kommun* anför att förslaget utgör ett ingrepp i den kommunala självstyrelsen. *SKL* ifrågasätter om man löser problemen med konflikter mellan det offentliga och privata genom den föreslagna lagstiftningen. Många konflikter har enligt *SKL* uppstått genom att kommuner helt enligt lagen har tillämpat självkostnadsprincipen, medan

andra marknadsaktörer syftat till att vinstmaximera sin verksamhet. *Hudiksvalls* och *Gotlands kommuner* anser därvid att självkostnadsprincipen bör ses över när den är tillämplig på kompetenslig verksamhet. *Göteborgs kommun*, *Perstorps* och *Örkelljunga kommuner* anför att om det föreligger skäl att vidare reglera gränserna för den kommunala kompetensen, ska detta ske via ändringar i kommunallagen. *Stockholms kommun* framför liknande kritik. *Karlskoga kommun* anför att förslaget utformning begränsar kommunernas rätt att bedriva näringsverksamhet enligt 2 kap. 7 § kommunallagen. *SWEGUARD* anser att förslaget inte leder fram till en tillräcklig tydlig rågång mellan privat och offentlig verksamhet och föreslår därför att ett förbud för offentligt ägda bolag att bedriva verksamhet på den öppna marknaden bör införas.

Åtskilliga remissinstanser, oavsett om de tillstyrker eller avstyrker förslaget, har lämnat synpunkter på konfliktregelns utformning. I det följande redovisas först synpunkter som har att göra med möjligheten att förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att bedriva verksamhet eller förfarande som omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen och att i denna vidta vissa förfaranden. Därefter redovisas synpunkter som tar sikte på förslaget att förbud inte ska få meddelas avseende verksamheter eller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Slutligen redovisas synpunkter som gäller konfliktlösningsregelns placering i konkurrenslagen.

När det gäller förslaget till förbudsmöjlighet anför remissinstanserna följande. *Malmö tingsrätt* anser att regeln bör innehålla en föreskrift om proportionalitet som syftar till att förbudet inte får göras mer långtgående än vad som är nödvändigt för att uppnå konfliktlösningsens syfte. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* anser att regeln bör utformas så att den även innefattar verksamheter eller förfaranden som hindrar eller begränsar konkurrensen. Nämnden föreslår också att ett märkbarhetskriterium införs för att understryka att de konkurrensförsvagande effekterna måste vara av viss styrka. *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet* anför det bör tydligt framhållas att lagförslaget avser offentlig säljverksamhet av varor och tjänster på marknaden och gärna med exempel ange vad som kan angripas. *Jönköpings kommun* och *SKL* anser att det inte tydligt framgår vilken verksamhet som omfattas av konfliktlösningsregeln. *Konkurrensverket* anför att säljverksamhet är ett alltför snävt begrepp och att det vore mer informativt att använda ordet näringsverksamhet. *Nutek* understryker att reglerna inte bör ges en innebörd som försvårar kommuners och andra offentliga aktörers insatser för att bygga upp och upprätthålla service och annan infrastruktur på områden där det finns bristande kommersiellt utbud. *Almega* menar att förslaget inte är tillräckligt. *Almega* anser att en förbudsreglering skulle ha bättre effekt än förslaget till konfliktlösningsregel. *Industrigruppen för Konkurrens i Bredbanden (IKB)* förordar en förbudsreglering och föreslår att de konkurrensnedvidande beteendena så långt praktiskt är möjligt fastslås. *Svenskt Näringsliv* anser att det bör klargöras att konkurrensnedvidande förfaranden i egenregiverksamhet som framkommer i samband med offentlig upphandling kan prövas.

När det gäller förslaget att förbud inte ska meddelas när verksamheten eller förfarandet är försvarbart från allmän synpunkt anför remissinstanserna följande. *Stockholms tingsrätt* anför att innebörden av rekvisitet

försvarbar från allmän synpunkt är mycket oklar. Vidare anför tingsrätten att en bedömning av om en offentlig verksamhet är försvarbar från allmän synpunkt innebär indirekt att domstolen ges behörighet att uttala sig om lämpligheten av de politiska beslut genom vilken verksamheten uppstått. Det kan, enligt tingsrättens mening, heller inte uteslutas att möjligheten att väcka talan om förbud mot en kommunal verksamhet kan komma att utgöra ett kringgående av kommunallagens förbud att föra talan om ett besluts lämplighet. *Region Skåne* anser att det inte tillräckligt tydligt framgår av förslaget att konfliktlösningsregeln utgår från det gällande rättsläget i kompetensfrågan i enlighet med vad som följer av kommunallagen och rättspraxis.

Flertalet remissinstanser, som tillstyrker att bestämmelser införs, har inget att erinra mot att konfliktlösningsbestämmelserna införs i konkurrenslagen. *Konkurrensverket* anser exempelvis att det är rimligt att konfliktlösningsreglerna placeras i konkurrenslagen eftersom även de syftar till att främja effektiv konkurrens och väl fungerande marknader. *Marknadsdomstolen* anser dock att det är olyckligt att i konkurrenslagen, som bygger på förbudsprincipen, föra in en bestämmelse som bygger på en missbruksprincip. Domstolen förordar därför att den nya regeln placeras i en särskild lag. Även *Juridiska fakultetsnämnden vid Lunds universitet* föreslår att en särskild lag införs.

Skälen för regeringens förslag

5.2.1 Allmänna utgångspunkter

Regeringen har ovan konstaterat att det finns behov av en regel för att i domstol kunna lösa konflikter som uppstår när staten, en kommun eller ett landsting bedriver säljverksamhet på marknaden. En utgångspunkt för en sådan regel är att den ska lösa de konkurrensproblem som uppstår vid säljverksamhet och som inte kan lösas med tillämpning av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen och förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 7 § samma lag, bl.a. konkurrensproblem som uppstår till följd av ensidiga förfaranden av en offentlig aktör som inte kan sägas ha en dominerande ställning på marknaden. En annan utgångspunkt för bestämmelsen är att den ska göra det möjligt att ta hänsyn till andra allmänna intressen än konkurrensintresset som kan motivera säljverksamheten.

Ytterligare en utgångspunkt för konfliktlösningsregeln är att den bör inriktas på konkurrensbegränsande förfaranden och vissa verksamheter (i det följande används den gemensamma beteckningen beteenden) som bör motverkas och det finns goda skäl för att göra en sådan reglering framåtriktad. Därvid prövas om ett visst handlande svarar mot kriterier som är uppställda för att tillämpa regeln. Om så är fallet, förbjuds den offentlige aktören att fortsätta med detta beteende som beskrivs konkret. Detta skiljer sig från den förbudsprincip som annars gäller enligt 2 kap. 1 och 7 §§ konkurrenslagen. Den senare principen innebär att en sanktion utlöses för överträdelse av ett ständigt gällande generellt förbud och för vad som sker eller redan har skett. Den är således bakåtriktad i fråga om

påföljden. Flera remissinstanser har förordat en förbudsreglering av det slaget.

Konfliktlösningsregeln är avsedd att vara tillämplig på en mängd olika och skilda situationer, varför en reglering som möjliggör förbud först sedan ett konkurrenshämmande beteende konstaterats får anses mest ändamålsenlig. En konkurrensrättslig förbudsreglering torde dessutom kräva omfattande undantag och därmed bli mycket komplex. Detta är principiellt betänkligt av en rad skäl. Dit hör bristande rättssäkerhet när det gäller förutsebarhet i fråga om förbudets räckvidd m.m. Vidare torde förbudsbestämmelser av den arten kräva ett betungande system för dispenser i enskilda fall.

En central utgångspunkt för en konkurrensrättslig lösning bör vara att konfliktlösningsregeln i relevanta delar följer de grundläggande förutsättningar som gäller för konkurrenslagstiftningen. En självklar del i detta är att regeln inte görs tillämplig på myndighetsutövning. En annan primär förutsättning är att den nya regeln täcker motsvarande ekonomiska eller kommersiella verksamhetsformer som omfattas av begreppet företag i den lagen, när det gäller offentliga aktörer. Ytterligare en förutsättning är att förbud inte bör komma i fråga för förfaranden eller verksamheter som är en direkt och avsedd effekt av en specialreglering eller en ofrånkomlig följd av en sådan reglering (jfr prop. 1992/93:56, s. 70). Ett exempel på en specialreglering är lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag och bestämmelserna i 12 kap. 55 § jordabalken om hyrans storlek.

5.2.2 Säljverksamhet

De problem som identifierats och som konfliktlösningsregeln bör omfatta är säljverksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som statliga myndigheter, kommuner eller landsting bedriver. Därvid bör det inte vara avgörande om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, utan det avgörande är att någon form av ekonomisk verksamhet bedrivs (jfr prop. 1992/93:56, s. 66). En avgränsning till verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur innebär att regeln inte omfattar myndighetsutövning. I 1 kap. 5 § konkurrenslagen är detta förhållande förtydligt med en särskild föreskrift som från konkurrenslagens tillämpningsområde utesluter delar av verksamhet som består i myndighetsutövning. Motsvarande avgränsning bör göras för konfliktlösningsregelns tillämplighet.

I promemorians författningsförslag rubriceras konfliktlösningsregeln Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. I promemorians förslag till lagtext talas dock om verksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen, vilket torde innefatta såväl försäljnings- som inköpsverksamhet. Remissinstanserna har framfört kritik mot regelns omfattning i det här avseendet, bl.a. har *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet* anfört att det bör tydligt framhållas att förslaget avser säljverksamhet av varor och tjänster på marknaden. Regeringen instämmer i vad nämnden anfört. Av promemorian framgår också att de konkurrensproblem som uppstått på marknaden har uppkommit vid säljverksamhet. Enligt regeringens mening bör därför regeln begränsas till

att omfatta säljverksamhet, dvs. försäljning av varor, tjänster och andra nyttigheter. Till säljverksamhet får även räknas andra utbudsverksamheter, t.ex. uthyrning. Det framgår av 1 kap. 1 § konkurrenslagen att lagens ändamål är att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. Mot bakgrund härav finns det inte skäl att uttryckligen ange detta i konfliktlösningsregeln.

En särskild fråga, som *Svenskt Näringsliv* uppmärksammat, gäller avgränsningen till säljverksamhet och hur man ska se på konkurrensproblem som kan uppkomma när t.ex. en statlig myndighet i ett upphandlingsförfarande själv lämnar anbud i den egna upphandlingen. Enligt Marknadsdomstolens praxis är konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande avtal tillämpligt när en myndighet agerar på marknaden i en producent- och leverantörsroll, dvs. i en ekonomisk verksamhet som innebär att myndigheten måste anses ha varit ett företag i konkurrenslagens mening (MD 2004:21). Motsvarande synsätt bör gälla även för konfliktlösningsregeln. Hur regeln bör tillämpas i det enskilda fallet är emellertid en fråga för rättstillämpningen att avgöra. Det bör understrykas att konfliktlösningsregeln inte är tillämplig på själva upphandlingsförfarandet.

Det bör noteras att konfliktlösningsregeln i princip inte omfattar ekonomiskt stöd till egen säljverksamhet i den ena eller den andra formen. Däremot kan effekten av stödet, klädd i det förfarande som den offentlige aktören tillämpar i sin säljverksamhet, komma under prövning. Regeln omfattar inte stöd som lämnas till privata aktörers näringsverksamhet.

5.2.3 Förbud mot förfaranden eller verksamheter

Ett förbud enligt konfliktlösningsregeln bör omfatta det förfarande som staten, kommunen eller landstinget vidtar på marknaden. I den remitterade promemorian föreslås att förbud även ska kunna omfatta en verksamhet som drivs av en offentlig aktör. I den delen har Förvaltningskommittén i sitt slutbetänkande (SOU 2008:118, s. 203) föreslagit att det i lag införs en huvudregel om att statliga myndigheter inte får sälja varor och tjänster på marknaden, samt enligt vilka kriterier regeringen i vissa fall kan bevilja undantag från en sådan regel. Betänkandet bereds för närvarande i Regeringskansliet. Mot denna bakgrund finner regeringen att det nu inte är aktuellt att låta ett förbud enligt konfliktlösningsregeln omfatta en verksamhet som bedrivs av staten. Ett förbud för statens del bör således endast omfatta förfaranden i säljverksamhet. Regeringen återkommer i avsnitt 5.2.5 till konfliktlösningsregelns omfattning i fråga om verksamheter som bedrivs av kommuner och landsting.

5.2.4 Snedvridning av konkurrensen m.m.

Syftet med konfliktlösningsregeln är att komma till rätta med konkurrensnedvridningar som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Sådana snedvridningar

har i allmänhet sin grund i att staten, kommunen eller landstinget kan bedriva verksamhet utan några påtagliga risker för verksamhetens existens. En avgörande skillnad i förhållande till privata aktörer som måste beaktas i detta sammanhang är följaktligen att staten, kommuner och landsting inte kan försättas i konkurs. Därmed verkar offentliga aktörer under andra förutsättningar än privata företag. Villkoren för näringsverksamheten är med andra ord i grunden olika (jfr Indén, Kommunen som konkurrent, Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar, 2008, s. 41 och SOU 2008:118, s. 116). Inriktningen av konfliktlösningsregeln har därför som en mer generell utgångspunkt att själva det offentliga inslaget i allmänhet kan vara ett ofrånkomligt och oundvikligt upphov till vissa marknadsstörningar, till följd av att det råder skilda grundförutsättningar i förhållande till privata företag. Bestämmelsen utgår således från att en grad av samband normalt finns mellan exempelvis offentligt ägande av aktören och dennes beteende på marknaden.

När det gäller frågor om konkurrensbegränsning har *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* anfört att regeln bör utformas så att den, till skillnad mot promemorians förslag, även innefattar verksamheter eller förfaranden som hindrar eller begränsar konkurrensen. I den delen vill regeringen framföra följande.

En grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer bör vara förekomsten av, eller fara för, negativa effekter för konkurrensen. Regeln bör ta sikte på konkurrensbegränsningen som sådan, dvs. effekterna för själva konkurrensen. Den fråga som ska besvaras vid prövningen i det enskilda fallet är om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Här rör det sig om faktorer såsom incitament till en tävlan som skapar en effektiv konkurrens. En effektiv konkurrens främjar en rationell produktion samt resursfördelning, bidrar till att öppna marknader och gynnar etablering av nya företag och utveckling av nya produkter. Den effektiva konkurrensen leder vidare till lägre priser och avgifter för konsumenter och andra köpare samt ger dessa ökad service och vidare valfrihet och möjligheter att påverka utbudet av varor, tjänster och andra nyttigheter. Skadas konkurrensen, drabbar detta medborgarna och konsumenterna ekonomiskt. Konfliktlösningsregeln bör omfatta såväl situationer där det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt på marknaden som fall där privata aktörer inte etablerar sig eller där det privata alternativet faller bort till följd av den offentlige aktörens beteende.

Flera remissinstanser har efterlyst exempel på vilka beteenden som bör kunna angripas med stöd av konfliktlösningsregeln. Konkurrensrådet har i sitt betänkande belyst flera av de problem som uppkommer när privata och offentliga aktörer möts på marknaden. De typfall som rådet identifierat får anses vara en god illustration av problematiken. Dessa typfall torde emellertid inte kunna användas som vägledning för att tolka konfliktlösningsregelns innebörd såvitt gäller vilka beteenden som i det enskilda fallet är negativa för konkurrensen och som bör kunna angripas. Av typfallen kan man dock dra slutsatsen att förfaranden som innebär underprissättning, diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur eller som är selektiva bör anses kunna snedvrida eller

hämna förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. När det gäller verksamheter får en blandning av myndighetsutövning och affärsverksamhet anses hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens. Dit kan även hänföras fall där den offentliga aktörens blotta närvaro på marknaden kan leda till att privata aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter.

De nu nämnda beteendena utgör endast exempel på ageranden från offentliga aktörer som kan omfattas av konfliktlösningsregeln. Andra situationer kan uppträda. Enskilda beteenden kan dessutom inte generellt stämpas som olämpliga. Förhållandena kan skilja sig åt mellan olika delar av riket. Ett beteende som är negativt för konkurrensen i en kommun behöver inte vara det i en annan kommun där förutsättningarna på marknaden kan vara annorlunda. Problem möter således att uttömmande och tydligt beskriva de konkreta förfaringssätt på vilka en konfliktlösningsregel kan vara tillämplig. En sådan beskrivning skulle också hämma en dynamisk rättstillämpning och rättsutveckling.

När det gäller bedömningen av beteendets effekter är det viktigt att i det enskilda fallet ta ställning till om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Prövningen bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, inte vad som sker eller kan ske på kort sikt. Frågan är om konkurrenstrycket på marknaden ökar, eller är ägnat att öka, eller om det minskar, eller är ägnat att minska, genom det aktuella beteendet. När förhållandena är sådana att konkurrenstrycket ökar, framstår det som klart att drivkrafterna för konkurrens blir större till nytta för samhället och konsumenterna. Ett ökat konkurrenstryck leder till en effektivare användning av samhällets resurser. Om det däremot framkommer att konkurrenstrycket minskar på grund av den offentliga aktörens agerande, föreligger en snedvridning eller ett hämmande av förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Ett sådant beteende omfattas av konfliktlösningsregeln och kan endast godtas om det tillgodoser några andra intressen som gör beteendet försvarbart från allmän synpunkt. Vissa beteenden kan också vara neutrala för konkurrensen på marknaden och bör därför inte omfattas av konfliktlösningsregeln. Till den kategorin kan räknas åtgärder som, vilka *Nutek* pekat på, avser att upprätthålla service och annan infrastruktur på områden där det finns ett bristande kommersiellt utbud.

De konkurrenssnedvridande eller konkurrenshämmande effekterna bör således vara av någon betydelse för att ett förbud ska kunna i komma i fråga. Något märkbarhetskrav bör dock inte ställas, eftersom man därigenom inte fullt ut kan ta i beaktande den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer. En förutsättning för förbud är också att beteendets faktiska eller potentiella effekter inte uppvägs av omständigheter som medför att beteendet kan anses försvarbart från allmän synpunkt. Den frågan behandlas nedan.

5.2.5 Försvarbart från allmän synpunkt

Generella förutsättningar

En väsentlig utgångspunkt för regeringens förslag är att det vid tillämpning av konfliktlösningsregeln måste vara möjligt att ta hänsyn till andra allmänna intressen än konkurrensintresset som kan uppväga den konkurrenssnedvridning beteendet kan ge upphov till. Beteenden som kan försvaras från allmän synpunkt bör alltså inte kunna förbjudas med stöd av konfliktlösningsregeln. Huruvida försvarbarhet föreligger eller inte får prövas i det särskilda fallet.

När man ska bedöma huruvida beteendet är försvarbart från allmän synpunkt måste till en början prövas de rättsliga eller andra förutsättningar som kan gälla för beteendet. En viktig faktor vid prövningen är om det konkurrensfientliga beteendet strider mot en lag, en annan författning eller något annat för den offentlige aktören bindande direktiv, t.ex. bolagsordning eller ägardirektiv.

När ett beteende är en direkt och avsedd effekt av en specialreglering eller en ofrånkomlig följd av denna bör den inte omfattas av konfliktlösningsregeln (jfr prop. 1992/93:56, s. 70). Ibland kan en specialreglering ha till syfte att värna om särskilda intressen. De kan innebära att fri konkurrens inte ska gälla fullt ut på ett visst område, eller att speciella förutsättningar ska råda för konkurrensen på den aktuella marknaden. När så är fallet bör regeln alltså inte vara tillämplig.

Motiven för det konkurrenssnedvridande beteendet bör också vägas in i bedömningen. Här bör undersökas om motiven i grunden är externa, eller i det väsentliga endast interna. Med det förstnämnda avses här vad som är det allmännas behov av att säljverksamheten bedrivs. Är motivet fastmer internt, handlar det oftast om den offentlige aktörens egenintresse, exempelvis av att behålla personal. Externa motiv bör således kunna anses göra beteenden försvarbara. Interna motiv för ett konkurrenssnedvridande beteende bör däremot inte beaktas.

När konkurrensintresset vägs mot ett belagt annat allmänt intresse, exempelvis ett kommunalt sådant, bör bl.a. beaktas om det föreligger någon annan väg att tillgodose det andra intresset än just det beteende som skadar konkurrensen. För det fall det finns andra möjligheter att tillgodose det allmänna intresset kan det aktuella beteendet inte anses försvarbart från allmän synpunkt.

Prövningen bör, som anförts ovan, ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, inte vad som sker på kort sikt. Skadas konkurrensen, måste de skäl som åberopas för att låta beteendet fortgå ha en verklig tyngd och vara av en klart angelägen karaktär. Ju större skadorna för konkurrensen är, desto större styrka bör krävas i fråga om de nämnda skälen. Eftersom konfliktlösningsregeln kan komma att vara tillämplig på en mängd olika och skiftande situationer, är det inte görligt att i någon större utsträckning kvalificera vilka beteenden som kan anses försvarbara från allmän synpunkt. Det är en fråga för rättstillämpningen att i varje enskilt fall väga konkurrensintresset mot de skäl som åberopas till försvar för beteendet.

Närmare om kommunal verksamhet

Det finns flera författningar som anger i vilken utsträckning en offentlig aktör får bedriva säljverksamhet och som utpekar gränserna för sådan verksamhet. När det gäller kommunernas och landstingens verksamhet innehåller kommunallagen regler om i vilka fall näringsverksamhet får bedrivas. Därtill kommer den kompetensutvidgande lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter som anger förutsättningarna för en kommun att bedriva näringsverksamhet inom vissa sektorer, t.ex. sysselsättning för arbetshandikappade, turism m.m.

I fråga om det kommunala området finns det således en omfattande reglering genom kommunallagen och lagen om vissa kommunala befogenheter. Denna reglering får anses vara så omfattande och heltäckande att den bör kunna läggas till grund för bedömningen av vad som beträffande kommunal säljverksamhet är försvarbart från allmän synpunkt. Något förbud ska därför inte få meddelas mot en kommunal verksamhet som sådan om den är förenlig med kommunallagen eller någon specialförfattning om kommuners säljverksamhet. Detta förhållande bör komma till uttryck i konfliktlösningsregeln.

Det bör i detta sammanhang framhållas att konfliktlösningsregeln inte flyttar gränsmärkena mellan dels kommunal kärnverksamhet och sådan kommunal affärsverksamhet som är kompetensenlig, dels det egentliga näringslivets förbehållna område. Konfliktlösningsregeln utgår från det gällande rättsläget i kompetensfrågan i enlighet med vad som följer av kommunallagen och rättspraxis, och ska medverka till att upprätthålla detta läge. Det saknas därmed bärkraft för invändningar som framförts av flera remissinstanser att lagförslaget innebär ett olyckligt ingrepp i den hävdvunna kommunala självstyrelsen och inte tillgodoser kommunernas behov av att kunna göra lokalpolitiska prövningar när det gäller allmännyttig verksamhet. Detsamma gäller invändningen att konfliktlösningsregeln skulle innebära minskad kommunal handlingsfrihet. Att reglera gränserna för den kommunala kompetensen, vilket några remissinstanser anført, är inte aktuellt i detta lagstiftningsärende.

En särskild fråga gäller den s.k. självkostnadsprincipen, vilken gäller som huvudregel för all kommunal verksamhet. Enligt 8 kap. 3 c § kommunallagen får kommuner och landsting inte ta ut högre avgifter än vad som motsvarar kostnaden för de tjänster eller nyttigheter som de tillhandahåller. Principen syftar bl.a. till att hindra kommunen från att utnyttja den monopolsituation som ofta finns vid avgiftsfinansierad kommunal verksamhet, oberoende av om verksamheten drivs i egen regi eller på entreprenad. Självkostnadsprincipen gäller som huvudregel för all verksamhet som kommuner och landsting bedriver, vare sig det är fråga om frivillig eller specialreglerad verksamhet.

Den omständigheten att självkostnadsprincipen i kommunallagen inte medger att kommunen eller landstinget gör tillägg för vinst kan medföra att säljverksamhet bedrivs på ett konkurrenssnedvridande sätt. Enligt *Sveriges Kommuner och Landsting* har också många konflikter sin grund i tillämpningen av självkostnadsprincipen. Frågor om självkostnadsprincipen och dess tillämpning på konkurrensetsatta marknader behandlas i propositionen *Kommunala kompetensfrågor m.m.* (prop. 2008/09:21). Där anges bl.a. att frågan om ett generellt undantag från

principen på konkurrensutsatta marknader bör beredas ytterligare i särskild ordning (s. 26). Regeringen avser därför inte att behandla den frågan i detta lagstiftningsärende.

När det står klart att en kommun i enlighet med kommunallagens bestämmelser inte gör tillägg för vinst måste alltså konkurrensintresset stå tillbaka. En tillämpning som är en direkt och avsedd effekt av lag eller en ofrånkomlig följd av denna innebär således att något förbud inte kan meddelas med avseende på prissättningen. Däremot bör det inte finnas något hinder mot att ingripa mot beteendet på någon annan grund, t.ex. att verksamheten som sådan inte har stöd i kommunallagens kompetensregler.

Ibland anförs som motiv för offentlig säljverksamhet i fråga om varor och tjänster som normalt tillhandahålls av privata företag att det handlar om överskotts försäljning. Bakgrunden kan vara exempelvis att den offentlige aktören byggt upp en intern kapacitet för en viss stödfunktion.

På det kommunala området har rättspraxis medgett överskotts försäljning endast under en övergångstid och i mycket begränsad omfattning. Förutsättningen är då att den kommunala verksamheten har drabbats av en tillfällig och oförutsedd överkapacitet till följd av att verksamheten måste anpassas till en mindre volym (RÅ 1993 ref 12). Det kan således inte vara frågan om att regelbundet sälja varor och tjänster på den öppna marknaden från ett permanent överskott. Ett sådant beteende kan med andra ord inte anses försvarbart från allmän synpunkt.

I fråga om överskotts försäljning bör här också pekas på läget när det är svårt att rätt dimensionera ett internt behov, t.ex. inom en kommun, utan att det kan uppstå tillfälliga och oavsiktliga överskott. Ett sådant förhållande kan göra det försvarbart att sälja ett sådant tillfälligt och oavsiktligt överskott av begränsad omfattning, även om det i normalfallet inte är en uppgift för den offentlige aktören att tillhandahålla de aktuella nyttigheterna på marknaden. Som exempel kan tas en viss kommunal plantproduktion som bedrivs för de kommunala parkernas behov och som i princip är rätt dimensionerad. Under en säsong med osedvanligt gynnsamma växtbetingelser uppstår ett överskott som behöver avyttras.

I enlighet med det anförda kan man som ett moment vid prövningen i ett kommunalt sammanhang ha att bedöma om kommunens förfarande är kompetensöverskridande enligt kommunallagen. Vid den prövning som görs enligt den konkurrensrättsliga konfliktlösningsregeln i konkurrenslagen tillämpas dock givetvis inte de regler i kommunallagen som avser laglighetsprövning och upphävande av kommunala beslut. I stället är det fråga om den senare lagens materiella kompetensregler vilka tolkas. Denna tolkning ingår i grunden för den konkurrensrättsliga bedömningen av frågan om huruvida förutsättningarna är uppfyllda för att med stöd av konfliktlösningsregeln meddela förbud mot att den offentlige aktören tillämpar ett visst konkret beskrivet beteende. Det är alltså inte, som *Stockholms tingsrätt* anför, fråga om att pröva lämpligheten i kommunala beslut. Fråga är om att värna samhällets intresse av en effektiv konkurrens till nytta för konsumenterna. En allmän förvaltningsdomstol tillämpar vid sin prövning enligt kommunallagen i anslutning till de materiella reglerna där endast bestämmelserna i den senare lagen om laglighetsprövning och upphävande av ett kommunalt beslut. Det är

således inte förvaltningsdomstolens uppgift att ingripa på de grunder och i de former som konkurrenslagen anger.

Den nämnda prövningen av innebörden av annan lagstiftning än konkurrenslagen vid tillämpning av den senare lagen är inte något nytt inslag på marknadsrättens område. Rättsprinciper av sådan art har utvecklats inom marknadsrätten redan tidigare. Här kan pekas på den princip om s.k. lagstridig marknadsföring som Marknadsdomstolen tillämpar (se bl.a. MD 2004:17 och MD 2008:6). Principen innebär att marknadsföring som strider mot lag anses som otillbörlig och kan förbjudas med stöd av marknadsföringslagen (2008:486).

5.2.6 Konfliktlösningsregeln placeras i konkurrenslagen

När det gäller frågan om konfliktlösningsregeln bör placeras i konkurrenslagen eller i en annan lag har några remissinstanser föreslagit att konfliktlösningsregeln tas in i en särskild lag.

Enligt regeringens mening bör en konfliktlösningsregel föras in i konkurrenslagen. Den lagen avser generellt att skydda samhällsekonomin och konsumenterna. Konfliktlösningsregeln ligger väl inom detta skyddsområde, eftersom den syftar till att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter. Konfliktlösningsregeln utgör följaktligen ett tillskott till de befintliga instrumenten för att skydda konkurrensen. Regeln är avsedd för främst de fall där förbudsområdet i dag inte ger ett sådant skydd och inte heller kan byggas ut. Att den nya, kompletterande regeln är uppbyggd på ett annat sätt innebär således inte någon reträtt från den i övrigt gällande förbudsmetoden.

Några oklarheter om tolkningen av förbuden i 2 kap. 1 och 7 §§ konkurrenslagen torde inte kunna uppstå till följd av konfliktlösningsregeln. De nämnda förbudens rättsliga innebörd påverkas ju inte av den sistnämnda regeln. Om den nu diskuterade risken fanns, skulle situationen inte förändras rättsligt i något avseende av betydelse av att konfliktlösningsregeln placerades i en särskild lag.

Anknytningen till konkurrenslagen och konfliktlösningsregelns karaktär av komplement till förbuden i nämnda lag, utgör övervägande skäl för att föra in de bestämmelser som erfordras i samma regelverk.

5.2.7 Föreskrifternas räckvidd i vissa andra avseenden

Den föreslagna konfliktlösningsregeln bör inte förutsätta uppsåt eller oaktamhet för att kunna tillämpas på ett visst beteende. Här får nämligen beaktas att någon sanktion inte kan utlösas för överträdelse av den allmänt utformade regeln som sådan. Det följer ju av vad som anförts tidigare att det krävs att ett särskilt beslut om förbud meddelas vari en för uppgiften utsedd instans finner att ett visst konkret, närmare beskrivet beteende strider mot principerna bakom bestämmelsen. Vid tillämpningen i det enskilda fallet av en sådan allmänt utformad regel kommer man med den nu redovisade tekniken ned på en konkret nivå, sett från rättssäkerhetssynpunkt. En påföljd träffar den offentlige aktören bara om

denne handlar mot det individualiserade förbudet. Detta kan ske i den formen att en i förväg bestämd vitessanktion utlöses genom att vitet döms ut. Frågor om vite behandlas i avsnitt 5.7.

Ett förbud enligt konfliktlösningsregeln träffar det beteende som bedömts konkurrensfientligt och som inte kan försvaras från allmän synpunkt. Av effektivitetsskäl bör det vara möjligt att låta förbudet omfatta ett förfarande eller en verksamhet som väsentligen överensstämmer med det som förbjuds. I annat fall finns det en risk för att ett meddelat förbud kan bli verkningslöst.

Ett förbud bör kunna göras villkorat, såsom att det offentliga företaget förbjuds att vidta ett visst förfarande eller utöva viss verksamhet utan att särskilt och närmare angivna villkor är uppfyllda. Det krävs inte något särskilt lagstöd för den begränsning av förbudets räckvidd som ett villkorat förbud innebär. Självfallet måste villkoren till sin innebörd vara förenliga med konfliktlösningsregelns syfte och inriktning. En proportionalitetsgrundsats måste naturligtvis också iakttas, dvs. förbudet får inte göras mer långtgående än som är nödvändigt för att uppnå konfliktlösningsregelns syfte. Någon särskild föreskrift om detta behöver dock inte tas in i lagen.

5.3 Förfaranden eller verksamheter i en annan juridisk person

Regeringens förslag: Ett förfarande i en annan juridisk person ska omfattas av konfliktlösningsregeln, om staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över företaget genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Detsamma ska gälla för verksamheter som drivs av en kommun eller ett landsting.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Ekonomistyrningsverket* motsätter sig förslaget och anför att konfliktlösningsregeln inte bör omfatta offentligt ägda bolag. Högre krav ska enligt verket inte ställas på sådana bolag än vad som ställs på privata bolag. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anser att kriteriet ”på annat sätt” är oklart.

Övriga remissinstanser har inte haft något att erinra mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: I avsnitt 5.2 föreslås att konfliktlösningsregeln bör vara direkt inriktad på staten, en kommun eller ett landsting i den mån någon av dem bedriver en säljverksamhet. Staten, en kommun eller ett landsting kan även bedriva säljverksamhet i bolagsform. En konfliktlösningsregel bör därför vara neutral i förhållande till i vilken juridisk form som den offentlige aktören bedriver sin säljverksamhet. Fråga uppkommer därför hur en sådan regel bör utformas.

Lagen (2005:590) om insyn i vissa finansiella förbindelser m.m. innehåller bestämmelser som syftar till att ge Europeiska gemenskapernas kommission insyn i de finansiella förbindelserna mellan det allmänna och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet. I lagens 2 § finns en definition av vad som i den lagen avses med ett offentligt företag. Definitionen motsvaras av artikel 2 b i kommissionens

direktiv 2006/111/EG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (EUT L 318, 17.11.2006, s. 17, Celex 32006L0111). I lagen definieras ett offentligt företag på följande sätt:

”*Offentligt företag*: ett företag som det allmänna direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över på grund av ägarskap, finansiell medverkan eller de regler som gäller för företaget. Om inte annat följer av omständigheterna skall ett dominerande inflytande anses finnas om det allmänna direkt eller indirekt innehar mer än hälften av rösterna eller kapitalet i företaget eller har rätt att utse mer än hälften av personerna i företagets administrativa eller verkställande ledning eller i dess styrelse.”

Enligt regeringens mening bör en regel som täcker offentliga aktörers säljverksamhet genom andra juridiska personer som den offentlige aktören har inflytande i utformas på motsvarande sätt. Eftersom begreppet ”dominerande inflytande” återfinns i kommissionens direktiv, bör det tolkas med ledning av EG-rätten. Härutöver bör anges att inflytande kan finnas på annat sätt, t.ex. genom avtal som ger den offentlige aktören dominerande inflytande över en annan juridisk person.

När offentligt ägda bolag på detta sätt jämföras med staten, kommunen eller landstinget kommer högre krav att ställas på det offentligt ägda bolaget än på privata aktörer. Skälen för det är att, som redovisas i avsnitt 5.2.4, offentliga och privata företag i väsentliga avseenden verkar under olika förutsättningar.

5.4 Konfliktlösningsregelns förhållande till konkurrenslagens förbud och till EG-rätten

Regeringens bedömning: Någon särskild reglering behövs inte om regelns förhållande till förbuden i 2 kap. 1 § och 7 § konkurrenslagen respektive artikel 81 och 82 i EG-fördraget. Konfliktlösningsregeln kan införas utan hinder av EG-rätten.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna har i huvudsak inte något att erinra mot promemorians bedömning. *Konkurrensverket* anser att det ankommer på verket att bedöma om lagtillämpning med stöd i någon förbudsregel i konkurrenslagen eller förbudstalan enligt konfliktlösningsregeln är mest ändamålsenligt i det enskilda fallet. *Stockholms tingsrätt* anför däremot att det måste vara självklart att konfliktlösningsbestämmelsen inte ska tillämpas på förfaranden som omfattas av förbud enligt 2 kap. 1 och 7 §§ konkurrenslagen med hänsyn till att behovet av konfliktlösningsbestämmelsen motiveras med att konkurrenslagen i sin nuvarande utformning inte erbjuder något tillräckligt instrument för att lösa konflikter vid offentlig säljverksamhet. *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, Stockholms tingsrätt, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) samt Karlstads och Malmö kommuner* anför att gränsen

mellan konfliktlösningsregeln och artikel 86.2 i EG-fördraget om tjänster av allmän ekonomiskt intresse inte är tillräckligt klarlagd. Nämnden och *Kommerskollegium* anser att förhållandet till EG:s statsstödsregler bör belysas.

Skälen för regeringens bedömning: Konfliktlösningsregeln bör kunna införas i konkurrenslagen och tillämpas på ett förfarande oavsett om detta omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § eller 7 § konkurrenslagen eller enligt artikel 81 eller 82 i EG-fördraget. Skulle det däremot framkomma under utredningen av ett ärende att något av de ständigt gällande förbudet i konkurrenslagen har överträtts bör ingripande ske med stöd av det generella förbudet.

När det gäller förhållandet mellan EG:s konkurrensregler för företag och nationell konkurrensrätt har detta fått en författningsmässig reglering genom förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 4.1.2003, s. 1, Celex 32003R0001)), som tillämpas sedan den 1 maj 2004. Enligt artikel 3 i förordningen måste nationella konkurrensmyndigheter och domstolar vilka tillämpar den nationella konkurrensrätten på avtal m.m. som kan påverka samhandeln även tillämpa artikel 81 i fördraget. Tillämpar de den nationella konkurrensrätten på ett sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel 82 i fördraget ska de också tillämpa den artikeln. Vidare anges i artikel 3 att tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte får leda till förbud mot sådana avtal m.m. som kan påverka samhandeln men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i EG-fördraget, eller som uppfyller villkoren enligt artikel 81.3 eller som omfattas av en förordning om tillämpning av artikel 81.3 i EG-fördraget. Ytterligare anges i artikel 3 att medlemsstaterna inte ska vara förhindrade från att på sitt territorium anta och tillämpa strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas.

Det torde få antas att ytterst EG-domstolen skulle betrakta konfliktlösningsregeln som en del av den svenska konkurrensrätten. Vad som nyss anförts om artikel 3 i förordning 1/2003 får tolkas så att konfliktlösningsregeln inte kan tillämpas när det rör sig om ett avtal som kan påverka samhandeln men som i övrigt inte uppfyller kriterierna för förbud i artikel 81 i EG-fördraget. I detta läge torde artikel 3 kunna utgöra ett EG-rätligt hinder mot att meddela förbud enligt konfliktlösningsregeln. Situationer av detta slag torde emellertid bli ovanliga, eftersom konfliktlösningsregeln i första hand kan förväntas tillämpas på ensidiga beteenden utan avtal e.d. med någon annan. På den punkten gäller, som nyss nämnts, att förordningen inte hindrar att förbud mot ensidiga beteenden meddelas. En medlemsstat är inte förhindrad enligt förordningen att anta eller tillämpa strängare nationell lagstiftning genom vilken företags ensidiga uppträdande förbjuds eller bestraffas.

Några remissinstanser har pekat på konfliktlösningsregelns förhållande till artikel 86.2 i EG-fördraget. I den artikeln anges att företag som anförtröts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördraget, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Vidare anges att utvecklingen av handeln inte får

påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. Artikel 86.2 begränsar alltså tillämpningsområdet av förbuden i artikel 81 och 82.

Såsom anges ovan är den nationella konkurrensrättens förhållande till artikel 81 och 82 reglerad i förordning 1/2003. För det fall konfliktlösningsregeln ska tillämpas på ett beteende som omfattas av förbudet i artikel 81 bör detta förbud, tillsammans med dess motsvarighet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen, tillämpas i första hand. Vid sådant förhållande kan artikel 86.2 i EG-fördraget komma att bli aktuell och något gränsdragningsproblem i förhållande till konfliktlösningsregeln torde i så fall inte finnas. När det gäller tillämpningen av ett ensidigt beteende som kan omfattas av artikel 82 får strängare nationell lagstiftning, som konfliktlösningsregeln, tillämpas. När förhållandena är sådana att konfliktlösningsregeln tillämpas på ett beteende som omfattas av artikel 82, men anses tillåtet enligt artikel 86.2, torde beteendet anses försvarbart från allmän synpunkt. Enligt regeringens bedömning bör därför något gränsdragningsproblem i förhållande till konfliktlösningsregeln inte uppstå.

Ett visst konkurrenshämmande beteende kan tänkas ha sin grund i eller ha samband med statsstöd som har lämnats till den offentlige aktören. Stödet kan därvid vara godkänt av Europeiska gemenskapernas kommission. Frågan kan då uppkomma om förbud enligt konfliktlösningsregeln får meddelas trots detta godkännande. Enligt regeringens uppfattning finns det generellt sett inte något hinder mot att ingripa med konfliktlösningsregeln i ett sådant fall. Att ett visst statligt stöd är förenligt med EG-rätten innebär ju inte någon skyldighet för staten eller kommunen att lämna stödet, utan endast att stödet kan lämnas utan att EG:s statsstödsregler överträds. Därför föreligger i princip inte hinder mot att tillämpa konfliktlösningsregeln på ett konkurrenssnedvridande beteende, trots att beteendet i någon mån kan ha möjliggjorts av statsstödet. Om syftet med det lämnade statsstödet är att en viss verksamhet ska bedrivas och den verksamheten är konkurrenssnedvridande, torde dock verksamheten kunna betraktas som försvarbar från allmän synpunkt.

5.5 Domstolsprövning och talerätt

Regeringens förslag: Stockholms tingsrätt ska på talan av Konkurrensverket kunna meddela förbud enligt konfliktlösningsregeln. Domar och beslut av Stockholms tingsrätt ska få överklagas hos Marknadsdomstolen. Bestämmelserna i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten ska tillämpas på förfarandet i domstol.

Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka en sådan talan, ska talan få väckas av ett företag som berörs av verksamheten eller förfarandet i denna.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: När det gäller förslaget att Konkurrensverket ska föra talan om förbud har *Industrigruppen för Konkurrens i Bredband*

(IKB) motsatt sig förslaget och anför att Post- och telestyrelsen (PTS) bör ges såväl tillsynsansvar i fall som berör data- och telekommarknaderna. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, som inte motsätter sig Konkurrensverkets talerätt, anför att det saknas en tidsfrist inom vilken Konkurrensverket måste reagera mot en viss verksamhet.

När det gäller förslaget till domstolsorganisation anför remissinstanserna följande. *Kammarrätten i Jönköping* anser det ändamålsenligt att Stockholms tingsrätt respektive Marknadsdomstolen prövar frågor om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. *Svea hovrätt* ifrågasätter om det inte är tillräckligt med domstolsprövning i en instans, Marknadsdomstolen, eftersom konfliktlösningsregeln är sanktionerad endast i fråga om ett framtida handlande. Det bör enligt hovrätten också beaktas att Marknadsdomstolen är en specialiserad domstol med en avsevärd kompetens i frågor av detta slag. Med hänsyn till att bedömningar ska ske av vilken kompetens kommuner och statliga förvaltningsmyndigheter har att agera på en marknad förordar *Juridiska fakultetsnämnden vid Lunds universitet* ett system som innebär att frågorna prövas i första instans av Konkurrensverket med möjlighet att överklaga till allmän förvaltningsdomstol. Flera remissinstanser, däribland *Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet*, *Region Skåne*, *Stockholms tingsrätt*, *SKL* och *Göteborgs kommun*, anser också att prövningen bör ske i allmän förvaltningsdomstol, bl.a. med hänvisning till den kommunalrättsliga kompetens som finns där och till undvikande av motstridiga avgöranden rörande samma kommunalrättsliga fråga.

Vad gäller förslaget till s.k. särskild talerätt för företag anför de remissinstanser som är positiva till förslaget, däribland *Företagarna*, *Svenskt Näringsliv* och *Stockholms handelskammare*, att det är av stor vikt att Konkurrensverkets prövning huruvida verket avser tillämpa sin talerätt sker inom rimlig tid. *Almega* anser Konkurrensverket inte bör ha primär talerätt utan att det bör ankomma på företaget att väcka talan. *SKL* och *Jönköpings, Karlskoga, Perstorps och Örkelljunga kommuner* motsätter sig förslaget. *SKL* och *Karlskoga kommun* anser förslaget kännetecknas av låg rättssäkerhet för kommuner och landsting. Vidare anför *SKL* att den omständigheten att Konkurrensverket beslutat att inte väcka talan borde vara en stark indikation på att företaget har små utsikter till framgång. Därutöver anser *SKL* att avsaknaden av en tidsfrist för väckande av talan leder till osäkerhet för kommuner och landsting, varför en sådan frist bör införas. Liknande kritik framförs av *Perstorps* och *Örkelljunga kommuner*. *Karlskoga kommun* anför även att företagets talerätt bör begränsas till att enbart omfatta ett överklagande av Konkurrensverkets beslut att inte väcka talan.

Övriga remissinstanser tillstyrker eller har inte haft något att erinra mot förslaget.

Skälen för regeringens förslag: En första fråga är vem som ska ges befogenhet att meddela förbud enligt konfliktlösningsregeln. Att det är Konkurrensverket som bör ha att tillämpa konfliktlösningsregeln förefaller naturligt, framförallt som fråga är om att utreda och bedöma konkurrensförhållanden på marknaden. Någon möjlighet för andra myndigheter att tillämpa konfliktlösningsregeln inom sina respektive områden bör därför inte införas.

Konkurrensverket får i dag ålägga företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 2 kap. 1 eller 7 § konkurrenslagen. Denna situation skiljer sig dock från den nu aktuella genom att de nämnda förbuden är ständigt gällande mot var och en som träffas av dem, utan särskilt beslut om detta. Konfliktlösningsregeln däremot utgör en norm som enligt lagen får rättsverkan först då den sätts i tillämplighet genom ett särskilt beslut. Därvid ska regeln tillämpas i ett sådant gränsländ mellan andra regelverk som inte förut stått under denna form av prövning med dess i vart fall delvis annorlunda infallsvinklar. I rättstillämpningen kommer troligen ganska snart upp vad som är viktiga principfrågor i vilka det slutliga valet av lösning kan få särskilda konsekvenser. Det anförda leder till slutsatsen att beslut om förbud bör meddelas på talan av Konkurrensverket av ett fristående organ som utgör domstol.

I promemorian föreslås att Konkurrensverket får väcka talan om förbud i Stockholms tingsrätt och att tingsrättens avgörande får överklagas hos Marknadsdomstolen. Flera remissinstanser har motsatt sig en sådan instansordning. Ett skäl som framförts gäller att allmänna förvaltningsdomstolar är bättre skickade att bedöma den kommunala kompetensen. Ett annat skäl rör förekomsten av dubbla besvärsvägar, dvs. att ett kommunalt beslut kan bli föremål för prövning dels i allmän förvaltningsdomstol, dels i Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen.

Såsom anges i avsnitt 5.2 är det flera rekvisit i konfliktlösningsregeln som måste uppfyllas för att den ska vara tillämplig i det enskilda fallet. För det första måste det vara fråga om en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § konkurrenslagen som den offentliga aktören bedriver, för det andra ska det vara fråga om ett förfarande – eller en verksamhet när det är aktuellt – som snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden och för det tredje ska förfarandet eller verksamheten inte vara försvarbar från allmän synpunkt. Huvudelementen i bestämmelsen består följaktligen av att bedöma omständigheter som får anses vara konkurrensrättsliga och för det ändamålet finns särskild kompetens hos Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen, bl.a. genom bestämmelserna om ekonomiska experter i 8 kap. 8 § konkurrenslagen och 4 § lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. Motsvarande regler saknas för allmänna förvaltningsdomstolar. När det gäller bedömningen av om t.ex. det konkurrenssnedvidande förfarandet är försvarligt från allmän synpunkt, kan det uppkomma frågor om kommunal eller statlig verksamhet. För de allmänna förvaltningsdomstolarna finns det särskilda regler i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar som ska tillförsäkra att rätten har god kännedom om kommunal verksamhet. Några bestämmelser som på samma sätt säkerställer att en allmän förvaltningsdomstol har en sammansättning som borgar för god kännedom om statlig verksamhet finns däremot inte i den lagen. Vid en samlad bedömning och med hänsyn till att tyngdpunkten i domstolarnas prövning av konfliktlösningsregeln kommer att ligga på de konkurrensrättsliga frågorna bör frågan om förbud prövas i Stockholms tingsrätt i första instans.

Den ytterligare frågan är om det är motiverat med ett flerstanssystem. Härvid har *Svea hovrätt* anförat att avsaknaden av sanktioner utgör ett tillräckligt skäl mot ett flerstanssystem. Vägande argument för ett flerstanssystem finns när det gäller bakåtriktade sanktioner, dvs. när det är

fråga om överträdelse av ett förbud. I sådana fall, liksom när det gäller prövningen av företagskoncentrationer enligt konkurrenslagen, talar tunga skäl för att dessa mål ska prövas av två domstolsinstanser (jfr prop. 1997/98:130, s. 53–55 och 1998/99:144, s. 74 samt 2007/08:135, s. 81–85). Den nu föreslagna bestämmelsen är sanktionerad endast i fråga om ett framtida handlande, vilket skulle tala mot ett flerstanssystem. Flera argument talar emellertid för ett flerstanssystem. Rättsområdet är nytt och rättssäkerhetsaspekter talar för att ett förbud ska kunna prövas i flera instanser. Dessutom kan ett förbud komma att bli ingripande och få stora ekonomiska konsekvenser i det enskilda fallet, t.ex. om en verksamhet måste avvecklas. Vid en samlad bedömning anser regeringen därför att mål enligt konfliktlösningsregeln bör bli föremål för prövning i två instanser och där är Marknadsdomstolen det naturliga valet med hänsyn till domstolens särskilda kompetens. För mål av ifrågasatt slag bör dock, vilket i övrigt gäller enligt konkurrenslagen, överklagande till Marknadsdomstolen omfattas av systemet med prövningstillstånd (jfr prop. 2007/08:135, s. 90–97).

När det gäller frågan om dubbla besvärsvägar och risken för motstridiga avgöranden på kommunalrättsens område är det ytterst Regeringsrättens uppgift att på det kommunala området slå fast vad som är gällande rätt vilken styr tillämpningen av konfliktlösningsregeln i frågan om huruvida exempelvis kommunallagen har överträtts. Kommunallagens regler om laglighetsprövning innebär att om en förvaltningsdomstol finner att en kommun överträtt den lagen så blir kommunens ifrågasatta beslut ogiltigt. Så är inte fallet beträffande konfliktlösningsregeln. Rättsföljden av ett förbud enligt konfliktlösningsregeln är att den offentliga aktören inte får tillämpa ett förfarande eller bedriva en säljverksamhet som, på det kommunalrättsliga området, inte är förenligt med kommunallagen. För det fall en allmän förvaltningsdomstol finner att det kommunala beslutet i det enskilda fallet är förenligt med lag bör det finnas möjlighet att ompröva avgörandet enligt konfliktlösningsregeln. Den situationen torde dock inte bli vanligt förekommande, eftersom det får antas ligga i såväl Konkurrensverkets som kommunens intresse att uppmärksamma domstolen på i vad mån det kommunala beslutet är eller har varit föremål för prövning i de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Rättegångsbestämmelserna i konkurrenslagen är så utformade att beträffande rättegången i vissa frågor tillämpas vad som är föreskrivet i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning inte är tillåten. Dessa frågor omfattar en sådan begäran om åläggande för ett företag att upphöra med överträdelser av de generella förbuden som Marknadsdomstolen meddelar på talan av ett företag som berörs av överträdelsen. Vidare gäller det konkurrensskadeavgift, kvarstad och förbud mot eller åläggande rörande en viss företagskoncentration. Detta innebär bl.a. att saken anhängiggörs genom att talan väcks.

Beträffande handläggningen av frågor som gäller bl.a. åläggande som Konkurrensverket har meddelat att upphöra med överträdelser av förbuden samt vissa beslut om undersökningar enligt 5 kap. konkurrenslagen tillämpas reglerna i lagen (1996:242) om domstolsärenden. Detta innebär att talan inte väcks utan att ärendet inleds genom ett överklagande eller en ansökan.

En begäran om förbud enligt konfliktlösningsregeln har inget samband med de f.n. befintliga former som omfattas av den sist redovisade ärendekategorin. Däremot ingår redan två fall av begäran om framtidsriktade förbud i den först nämnda kategorin som omfattas av rättegångsbalkens regler om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten. Systematiken kräver därför att den nya bestämmelsen behandlas på samma sätt.

Genom att prövningen beträffande konfliktlösningsregeln ska ske enligt dessa regler åläggs domstolarna en viss utredningsskyldighet och har bl.a. en möjlighet att ex officio införskaffa utredning.

Såsom angetts ovan bör Konkurrensverket ha uppgiften att väcka talan i Stockholms tingsrätt. Trots att det är fråga om att ta tillvara mer eller mindre allmänna, icke individualiserade intressen bör inte talerätten begränsas endast till Konkurrensverket såsom en företrädare för det allmänna. En särskild talerätt bör därför, efter förebild i 3 kap. 2 § konkurrenslagen, föreskrivas även för ett företag som berörs av saken. Någon rätt för företag att direkt vända sig till domstol bör således inte finnas. Av 1 kap. 5 § andra stycket konkurrenslagen följer att den särskilda talerätten också kan tillkomma en sammanslutning av företag (MD 1996:24).

En förutsättning för den särskilda talerätten bör vara att Konkurrensverket beslutat att inte väcka talan om förbud. Flera remissinstanser har anfört att det är av stor vikt att Konkurrensverket fattar ett sådant beslut relativt snabbt. Regeringen instämmer i att det finns ett värde för företagen att Konkurrensverket lämnar besked så snart det står klart att verket inte avser att väcka talan, men något uttryckligt krav på snabbhet bör dock inte införas, framförallt som det skulle kunna påverka en allsidig belysning av det konkurrensproblem som verket har att ta ställning till. Något sådant krav finns inte heller när det gäller den särskilda talerätten i 3 kap. 2 § konkurrenslagen. På samma sätt som gäller för den särskilda talerätten i 3 kap. 2 § innebär Konkurrensverkets beslut inget annat än att verket avstår från att väcka talan om förbud. Verket tar genom sitt beslut följaktligen inte ställning till om konfliktlösningsregeln är tillämplig i det särskilda fallet.

Karlskoga kommun har anfört att det bör finnas en möjlighet för företag att överklaga Konkurrensverkets beslut att inte väcka talan i stället för en särskild talerätt för företag som berörs. En sådan ordning förutsätter att det införs en regel som anger i vilka fall verket har att väcka talan om förbud. Eftersom motsvarande bestämmelser saknas i övrigt på den svenska konkurrensrättens område, vore det systemfrämmande att införa en regel av det slaget för konfliktlösningsfallen. Regeringen anser därför att det inte bör vara möjligt att överklaga verkets beslut att inte väcka talan om förbud.

Flera remissinstanser har väckt frågan om tidsfrister för att inleda ett förfarande i domstol. När det gäller frågan om överträdelser av 2 kap. 1 eller 7 § konkurrenslagen finns inga tidsfrister för att fatta beslut om att ingripa mot en överträdelse. Detsamma bör gälla även för konfliktlösningsregeln. Dessutom kan det ur lagteknisk synvinkel uppstå svårigheter med att bestämma en utgångspunkt för att beräkna tidsfristen. I vissa fall kan det finnas ett daterat beslut att utgå från, i andra fall som omfattas av konfliktlösningsregeln saknas beslut av det slaget. En

uttrycklig bestämmelse om inom vilken tid ett ingripande bör ske bör således inte införas. Vad gäller *SKL:s* synpunkt att avsaknaden av en tidsfrist skapar osäkerhet för kommunen och dess medkontrahenter bör det anmärkas att eventuella praktiska problem kring ett förbud kan mildras i rättstillämpningen genom att, när det är lämpligt, domstolen bestämmer att den offentlige aktören ska få viss tid att ändra eller avveckla det förbjudna beteendet (se bl.a. MD 2005:5).

5.6 Förbud tills vidare

Regeringens förslag: Om det finns särskilda skäl för det, ska ett beslut om förbud kunna meddelas för tiden till dess frågan har avgjorts slutligt.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser tillstyrker eller har inget att erinra mot förslaget. *Region Skåne* avstyrker förslaget och anför att det saknas behov av en regel om förbud innan en fråga har blivit slutligt avgjord. *Göteborgs kommun* anser att ett krav på synnerliga skäl bör uppställas.

Skälen för regeringens förslag: Genom förslaget i avsnitt 5.5 ges Stockholms tingsrätt en befogenhet att förbjuda konkurrenshämmande beteenden som inte är försvarbara från allmän synpunkt. För att ett sådant beslut ska vara effektivt kan det i vissa fall krävas att förbudet kan tillämpas utan att det föreligger ett slutligt avgörande.

Konkurrensverket får enligt 3 kap. 1 § konkurrenslagen ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och mot missbruk av dominerande ställning i 2 kap. 1 eller 7 § eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget. Om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett sådant åläggande, får Marknadsdomstolen, med visst undantag, göra det på talan av ett företag som berörs av överträdelsen. Om det finns särskilda skäl för det, får enligt 3 kap. 3 § konkurrenslagen ett åläggande meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts.

I samband med att villkoren för att meddela ett interimistiskt beslut ändrades från ”synnerliga skäl” till ”särskilda skäl” anförde regeringen (prop. 1997/98:130, s. 36 f.). bl.a. att en möjlighet till snabba korrigeringar av vissa marknadsbeteenden inte bör vara reserverade för rena undantagsfall, dvs. vid synnerliga skäl. Ytterst gäller det här samhällsekonomins och konsumenternas intressen. Regeringen fann därför kravet på synnerliga skäl för högt ställt. Givetvis, anförde regeringen, måste det dock finnas objektivt godtagbara skäl av tyngd för att en så ingripande åtgärd ska vidtas. Detta markerades genom att det i lagtexten föreskrevs ett krav på särskilda skäl för att meddela ett interimistiskt beslut.

Samma synsätt gör sig gällande beträffande förbud enligt konfliktlösningsregeln. Därför bör det föreskrivas en möjlighet för domstolarna att, om det finns särskilda skäl för det, meddela beslut om förbud för tiden till dess frågan har avgjorts slutligt.

5.7 Vite

Regeringens förslag: Ett förbud meddelat med stöd av konfliktlösningsregeln ska få förenas med vite. Konkurrenskadeavgift ska inte påföras för åtgärder som omfattas av ett sådant förbud.

Promemorians förslag överensstämmer i huvudsak med regeringens.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna tillstyrker eller framför ingen kritik mot förslaget. *Sveriges Kommuner och Landsting* och *Ale kommun* motsätter sig att en vitessanktion införs och anför att det får förutsättas att kommuner och landsting följer förbuden. *Marknadsdomstolen* anser att den bestämmelse i konkurrenslagen som föreskriver att konkurrenskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande som har meddelats vid vite bör kompletteras med förbud enligt konfliktlösningsregeln.

Skälen för regeringens förslag: För ålägganden som meddelas ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och mot missbruk av dominerande ställning (2 kap. 1 och 7 §§ konkurrenslagen respektive artikel 81 och 82 i EG-fördraget) finns i dag en möjlighet att förena beslutet med vite enligt 6 kap. 1 § samma lag. Staten, en kommun eller ett landsting som bedriver näringsverksamhet kan således redan i dag föreläggas vite med stöd av nämnda bestämmelse och några principiella skäl mot att kunna rikta vitessanktionerade förbud mot staten på det marknadsrättsliga området anses inte finnas (jfr prop. 2002/03:50, s. 167). Det finns inte skäl för en annan ordning i fråga om förbud som meddelas med stöd av konfliktlösningsregeln. Även ett sådant förbud bör därför kunna förenas med vite. Dock måste det råda en ordning som förhindrar att dubbla påföljder aktualiseras för ett och samma förfarande. I 3 kap. 7 § första stycket 1 konkurrenslagen anges att konkurrenskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande som har meddelats vid vite enligt den lagen. I enlighet med vad *Marknadsdomstolen* anført bör det uttryckligen föreskrivas att konkurrenskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett förbud vid vite enligt konfliktlösningsregeln.

5.8 Skadestånd

Regeringens bedömning: Regler om skadestånd vid överträdelse av ett förbud meddelat med stöd av konfliktlösningsregeln behövs inte.

Promemorians bedömning överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna delar i huvudsak promemorians bedömning. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet*, *Almega*, *Företagarna*, *Industrigruppen för Konkurrens i Bredbanden (IKB)*, *Stockholms handelskammare* och *Svenskt Näringsliv* anser dock att regler om skadestånd bör införas.

Skälen för regeringens bedömning: Enligt 3 kap. 25 § konkurrenslagen gäller att om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder

förbuden i 2 kap. 1 eller 7 § eller i artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, ska företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer. Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väcks inom tio år från det skadan uppkom. Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt 3 kap. 26 §.

Frågan blir då om en motsvarande skyldighet bör gälla även beträffande konfliktlösningsregeln. Konsekvensen kräver i så fall att skyldigheten inträder vid överträdelse av ett meddelat förbudsbeslut.

Det får antas att förbudsbesluten mera regelmässigt kommer att förenas med vite. Inte minst därför bör det kunna antas att berörda offentliga aktörer kommer att efterleva de förbud som meddelas. Vid sådant förhållande är det inte nu påkallat att införa någon skadeståndsregel.

5.9 Omprövning

Regeringens förslag: Har Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen avgjort en fråga om förbud enligt konfliktlösningsregeln, ska avgörandet kunna omprövas av tingsrätten. En omprövning ska få ske om de omständigheter som låg till grund för det första avgörandet har förändrats i något väsentligt avseende, eller om det finns något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning. Talan om omprövning ska få väckas av den offentlige aktören eller Konkurrensverket.

Promemorians förslag överensstämmer med regeringens.

Remissinstanserna: *Göta hovrätt* anför att omprövning endast bör komma i fråga vid ändrade förhållanden. *Malmö tingsrätt* anför att det bör framgå om företag som utnyttjat den särskilda talerätten har möjlighet att begära att ett beslut omprövas och i så fall under vilka förutsättningar. *Sveriges läkarförbund* och *Jönköpings kommun* anser att möjligheten till omprövning bör finnas oavsett om den tidigare bedömningen inneburit bifall eller ogillande av en talan om förbud. *Sveriges Kommuner och Landsting* motsätter sig att ett avgörande ska kunna omprövas i skärpande riktning, särskilt i de fall där kommunen eller landstinget inte ändrat sin egen verksamhet utan det i stället är marknaden som förändrats.

Skälen för regeringens förslag: Av 17 kap. 11 § rättegångsbalken följer att Stockholms tingsrätts eller Marknadsdomstolens avgörande enligt konfliktlösningsregeln vinner laga kraft. Det innebär att talan inte kan väckas på nytt rörande den verksamhet eller det förfarande som prövats. Bestämmelsen utgör dock inte något absolut hinder mot en ny prövning. En ny talan anses kunna väckas på grund av förhållanden som inträffat efter avgörandet (se Fitger, Rättegångsbalken 1, s. 17:60 ff.).

Överväganden i fråga om omprövning bör ske utifrån det syfte och den funktion rättskraftsinstitutet har. Det är främst två intressen som gör sig gällande i sammanhanget. Genom rättskraftsreglerna får parterna tryggheten av att ett slutligt avgörande inte när som helst kan rubbas genom en ny rättegång. Vidare är rättskraftsinstitutet processekonomiskt motiverat

genom att parterna får en drivkraft att lägga ned det arbete på processen som saken är värd, och genom att onödiga dubbelprocesser undviks.

Regeringen förordar en särskild regel i konkurrenslagen om omprövning av en lagakraftvunnen dom där konfliktlösningsregeln tillämpats. De fall som kan vara aktuella för omprövning rörande konfliktlösningsregeln är när ett nytt läge uppstått på den marknad som berörs, vilket kan föranleda att ett tidigare meddelat beslut behöver ändras i något avseende för att säkerställa utvecklingen av en effektiv konkurrens. En omprövning kan leda till att det tidigare avgörandet mildras eller skärps i förhållande till det offentliga företaget. Frågan uppkommer därvid vilka krav som bör ställas för att ett lagakraftvunnet avgörande ska få omprövas.

Konkurrenslagen innehåller regler om omprövning av domstols avgöranden som vunnit laga kraft. Av 4 kap. 20 § framgår att när rätten lämnat en talan om förbud mot eller ett åläggande avseende en företagskoncentration utan bifall, får frågan om förbud eller åläggande prövas på nytt om t.ex. part i koncentrationen lämnat oriktiga uppgifter om sakförhållanden av väsentlig betydelse för avgörandet. Vidare anges i 4 kap. 21 § att ett förbud eller åläggande får omprövas om det finns anledning att upphäva eller mildra förbudet eller åläggandet för att detta inte längre behövs eller inte längre är lämpligt. Konkurrenslagen innehåller också bestämmelser om Konkurrensverkets möjligheter att återkalla ett beslut att godta ett åtagande enligt 3 kap. 4 §, bl.a. när de omständigheter som låg till grund för beslutet har förändrats i något väsentligt avseende. Sammantaget kan sägas att ett väsentlighetskrav uppställs i konkurrenslagen för att kunna ompröva ett lagakraftvunnet avgörande eller återkalla verkets beslut till nackdel för den enskilde, men att det är tillräckligt att förhållandena ändrats på ett sätt som gör att ett förbud inte längre behövs eller är lämpligt för att förbudet ska kunna upphävas eller mildras till förmån för den enskilde.

För konfliktlösningsregelns del bör ett väsentlighetskrav ställas för en omprövning när de omständigheter som låg till grund för avgörandet har förändrats. I andra fall bör det krävas särskilda skäl för omprövning. Förutsättningarna för omprövning behandlas ytterligare i författningskommentaren.

Möjligheten att begära omprövning av en lagakraftvunnen dom bör tillkomma den offentlige aktören eller Konkurrensverket. Det företag som utnyttjat sin särskilda talerätt eller ett annat företag som berörs bör inte ha rätt att väcka talan om omprövning.

6 Konsekvensbeskrivning

Systemet för konfliktlösning vid mötet mellan den offentliga och den privata sektorns säljverksamhet syftar till att undanröja konkurrenskonflikter. Därmed ökar möjligheterna att på marknaderna arbeta efter principen konkurrens på lika villkor. Den fråga som ska besvaras vid prövningen i det enskilda fallet är om förfarandet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Här rör det sig om faktorer såsom incitament till en tävlan som skapar en effektiv konkurrens. Konfliktlösningsregeln ska förhindra sådana skador och därigenom höja konkurrenstrycket. Såsom redovisats i avsnitt 5.2.4 främjar detta en rationell produktion samt resursfördelning, bidrar till att öppna marknader och gynnar etablering av nya företag och utveckling av nya produkter. Den effektiva konkurrensen leder vidare till lägre priser och avgifter för konsumenter och andra köpare. Vidare gäller det ökad service och vidare valfrihet samt möjligheter att påverka utbudet av varor, tjänster och andra nyttigheter. Skadas konkurrensen, drabbar detta medborgarna och konsumenterna ekonomiskt.

Det anförda visar det nära sambandet mellan konkurrens- och konsumentpolitiken. Just genom det ökade konkurrenstryck som konfliktlösningsregeln ska leda till skapas fördelar av nu nämnt slag för konsumenterna.

Som redovisats i avsnitt 5.1 finns det enligt regeringens bedömning inga alternativa lösningar till att införa en lagbestämmelse. Existerande lagstiftning erbjuder inte något tillgängligt instrument för att lösa konflikter vid offentlig säljverksamhet. De frivilliga lösningar som har prövats har inte heller bedömts framgångsrika.

De aktörer som kommer att beröras av bestämmelsen är offentliga aktörer som bedriver säljverksamhet, privata företag, Konkurrensverket, Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen. På grund av svårigheten i att mäta omfattningen av den offentliga säljverksamheten kan det inte med säkerhet bedömas hur många offentliga företag som kommer att beröras av bestämmelsen.

Konfliktlösningsregeln påverkar inte det kommunala självstyret. Ingripanden mot verksamhet av visst slag är ju begränsade till vad som är kompetensöverskridande enligt kommunallagen samt konkurrenssnedvridande. I fråga om ett förfarande i en verksamhet som är kompetens-enlig krävs såväl konkurrenssnedvridning som att försvarbarhet saknas.

Särskilt de små och medelstora företagen kommer att stärkas av det större skydd som en konfliktlösningssregel kan skapa för möjligheterna att konkurrera på rättvisare villkor. Här gäller det inte bara de formella förbudsbesluten. Samlat innebär ju konfliktlösningssystemet att spelreglerna förankras rättsligt och därmed får en styrkraft redan genom sin existens. Detta får bedömas ha ett stort värde också ekonomiskt. Att systemet för konfliktlösning ger klarare spelregler ökar självfallet förutsebarheten för de berörda aktörerna på marknaden, således både de privata och de offentliga.

Den nya bestämmelsen bedöms inte medföra några mer betydande kostnader för de offentliga aktörerna. Förslaget innebär inte att Konkurrensverket ska vara skyldigt att ta upp varje förfarande som kan

ifrågasättas vara konkurrensnedvridande på ett skadligt sätt. Även så ger förslaget vissa tillkommande arbetsuppgifter för verket, liksom för Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen. Konkurrensverket har för sina tillkommande uppgifter tillförsäkrats en årlig resursförstärkning (prop. 2008/09:1, utgiftsområdet 24 – näringsliv). Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen bedöms få vissa tillkommande kostnader, som dock ryms inom domstolarnas ordinarie anslag. Någon ytterligare finansiering bedöms därför inte vara nödvändig i dagsläget.

Länsstyrelserna har enligt 7 § konkurrensförordningen (2008:604) till uppgift att i länet verka för en effektiv konkurrens i privat och offentlig verksamhet till nytta för konsumenterna. Det är inte sannolikt att det nya systemet kommer att beröra dem särskilt.

Konfliktlösningsregeln får inte några effekter av betydelse för företagens administrativa börda. Som anförts ovan bedöms regleringen inte heller få negativa effekter för företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga och villkor i övrigt då syftet med regleringen är att undanröja konkurrenskonflikter vid mötet mellan den offentliga och den privata sektorns säljverksamhet.

Enligt regeringens bedömning i avsnitt 5.4 strider inte konfliktlösningsregeln mot de skyldigheter som följer av Sveriges anslutning till EU. Förslaget bedöms inte ha några sociala eller miljömässiga konsekvenser.

7 Författningskommentar

7.1 Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579)

3 kap.

7 § Konkurrensskadeavgift får inte påföras

1. för åtgärder som omfattas av ett åläggande enligt 1, 2 eller 3 § eller ett förbud enligt 27 eller 30 § som har meddelats vid vite enligt denna lag,

2. för åtgärder som har vidtagits under den tid då ett beslut om att godta åtagande enligt 4 § första stycket har gällt, om åtgärderna är förenliga med beslutet, eller

3. i ringa fall.

Ifall som avses i första stycket 2 får Konkurrensskadeavgift påföras om beslutet har återkallats med stöd av 4 § andra stycket 3.

Paragrafen har förtydligats med en hänvisning till bestämmelserna om åläggande i 1, 2 eller 3 § och kompletterats så att Konkurrensskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett förbud som meddelats vid vite enligt den föreslagna konfliktlösningsbestämmelsen.

Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

27 § Staten, en kommun eller ett landsting får förbjudas att i en säljverksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket tillämpa ett visst förfarande, om detta

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller

2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Ett förbud enligt första stycket får även meddelas för en verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver.

Förbud får inte meddelas för förfaranden eller verksamheter som är försvarbara från allmän synpunkt. En verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver ska anses försvarbar från allmän synpunkt om den är förenlig med lag.

Paragrafen är uppbyggd av två element. Det som får prövas först är frågan om huruvida ett visst förfarande eller en viss verksamhet snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Det andra elementet är att det ska prövas om förfarandet eller verksamheten, trots detta hämmande av konkurrensen, är försvarbart från allmän synpunkt. Dessa frågor behandlas också i avsnitt 5.2.4 och 5.2.5.

De i första stycket uppräknade rättssubjekten är *staten, en kommun eller ett landsting*. För att bestämmelsen ska vara tillämplig måste någon av dem driva en verksamhet som omfattas av 1 kap. 5 § första stycket konkurrenslagen. Detta innebär att verksamheten måste täckas av begreppet ”företag” i 1 kap. 5 §. Med det begreppet avses en fysisk eller

juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. I det här aktuella sammanhanget aktualiseras endast vad som är en juridisk person. I förarbetena till 1 kap. 5 § (prop. 1992/93:56, s. 66) anges att begreppet företag ska ha samma innebörd som uttrycket ”undertaking” i EG-rätten. Företagsbegreppet ska precis som i EG-rätten tolkas vidsträckt. I princip omfattar det varje juridisk eller fysisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Det spelar därvid ingen roll om verksamheten är inriktad på ekonomisk vinst eller inte, utan avgörande är om någon form av sådan verksamhet bedrivs. Även stat och kommun som driver verksamhet av detta slag räknas som företag. Av 1 kap. 5 § första stycket framgår att till den del verksamheten består i myndighetsutövning omfattas den inte av begreppet företag. En offentlig aktör omfattas således inte av konkurrenslagen till den del denne bedriver myndighetsutövning. Därmed saknas en förutsättning för att tillämpa konfliktlösningsbestämmelsen.

Med begreppet *förfarande* avses såväl ett faktiskt handlande som en underlåtenhet att vidta en viss åtgärd. I avsnitt 5.2.4 ges det exempel på förfaranden som kan vara aktuella.

Om ett förbud övervägs mot ett visst förfarande kan det aktuella förfarandet redan ha upphört, respektive pågå eller vara endast planerat. Ett förbud bör inte förutsätta att förfarandet pågår eller redan har förekommit. För att meddela ett förbud mot ett förfarande som ännu inte har vidtagits, måste det emellertid krävas en tillräcklig grad av sannolikhet för att förfarandet vidtas (se MD 1998:15).

I första stycket 1 anges rekvisitet *snedvrider förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden*. Detta tar närmast sikte på situationen att det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt. Det kan t.ex. vara så att den offentlige aktören behandlar andra företag olika utan saklig grund eller drar oberättigade fördelar av en myndighetsroll vid sidan av säljverksamheten.

I första stycket 2 anges rekvisitet *hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten av en effektiv konkurrens på marknaden*. Detta tar bl.a. sikte på de fallen att det privata alternativet faller bort eller att privata aktörer över huvud inte träder in på marknaden till följd av den offentlige aktörens förfarande. Det kan även vara så att de privata företagens tillväxt och utveckling i övrigt hejdas eller på annat sätt hålls tillbaka. Ett exempel kan vara att privata företag på marknaden inte kan eller har svårt att arbeta inom ramen för vad som är ekonomiskt rimligt när den offentlige aktören sätter sina priser under självkostnadsnivå eller betar sig på något annat sätt som hämmar konkurrensen.

I fråga om begreppet *effektiv konkurrens* bör det understrykas som självklart att detta inte har någon för varje enskild marknad en gång för alla given och fixerad innebörd. Med andra ord finns det ingen bestämd ekonomisk nivå vid vilken man kan säga att produktivitet m.m. nått det optimala och inte kan drivas längre. Begreppet effektiv konkurrens är dynamiskt, i den meningen att konkurrensen och det tryck denna skapar när intensiteten är hög just ska generera ständig förändring i form av uppgradering genom tekniskt och ekonomiskt framåtskridande. Också en sådan utveckling av en effektiv konkurrens kan bli hämmad av ett visst förfarande.

Varje avvikelse från den effektiva konkurrensen omfattas inte av första stycket. I begreppen *snedvridda och hämma* ingår att förfarandet håller tillbaka, dvs. hejdar eller dämpar, konkurrenstryckets styrka. Det ligger därvid i sakens natur att de konkurrensförsvagande effekterna ska vara av någon betydelse, för att omfattas av begreppet.

Begreppet *ägnat* speglar det inbyggda momentet fara, eller beaktansvärd risk, för konkurrenshämmande effekter. Begreppet sätter i blickpunkten frågan om huruvida förfarandet till själva sin art har en sådan inriktning eller utformning som får anses i påtaglig grad riskera att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens.

Det är konkurrensen på vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden som bedöms. Vid denna marknadsavgränsning bestämmer man dels produktmarknaden, dels den geografiska marknaden, jfr förarbetena till konkurrenslagen (prop. 1992/93:56, s. 85). Såsom där anges ingår i samma produktmarknad produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra avnämares uppfattning samt faktiska substitutionsmöjligheter m.m.

Vid avgränsningen av den geografiska marknaden har bl.a. transportmöjligheter och transportkostnader betydelse. Den relevanta geografiska marknaden kan uppfattas vara det område där de företag som utbjuder eller efterfrågar produkterna verkar, och i vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att området ska kunna särskiljas från närliggande områden som har märkbart annorlunda konkurrensvillkor.

I 2 kap. 1 § förbjuds vissa avtal mellan företag. Något sådant avtalsrequisit är inte uppställt i konfliktlösningsbestämmelsen. Den sistnämnda bestämmelsen riktar sig i stället mot varje offentlig aktör som agerar på ett sätt som äventyrar intresset av en effektiv konkurrens. Detta gäller oavsett om den offentlige aktören ensamt tillämpar beteendet eller gör det i ett avtalsförhållande med ett eller flera andra företag. Inte heller krävs det att dominerande ställning föreligger, såsom enligt 2 kap. 7 §.

För att ett förbud ska kunna verkställas måste det vara preciserat till ett visst förfarande som bedrivs av staten, kommunen eller landstinget. I 29 § anges att ett förbud får utsträckas till att omfatta en verksamhet eller ett förfarande som väsentligen överensstämmer med det som förbjuds.

Som framhållits i avsnitt 5.2.7 kan ett förbud göras villkorat, så att det offentliga företaget förbjuds att bedriva viss verksamhet eller förfara på visst sätt i övrigt utan att särskilt angivna villkor är uppfyllda. Självfallet måste villkoren till sin innebörd vara förenliga med konfliktlösningsregelns syfte och inriktning. Vid tillämpningen måste naturligtvis också en proportionalitetsgrundsats iakttas, dvs. ett förbud och därtill kopplade villkor får inte göras mer ingripande än som är nödvändigt för att tillgodose vad som är syftet med paragrafen.

Ett villkorat förbud kan bl.a. avse konkurrensneutral behandling av skilda privata företag, tillgång till viss nödvändig nytthet på skäligen och rättvisa villkor samt icke-diskriminering i förhållande till den offentlige aktörens egen säljverksamhet.

I *andra stycket* anges att ett förbud även får meddelas beträffande en verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver. Med stöd av den bestämmelsen är det således möjligt att förbjuda en viss verksamhet om den är negativ för konkurrensen på det sätt som sägs i första stycket 1

eller 2. Redan själva närvaron av den offentlige aktören på marknaden kan ha sådana negativa effekter att ett förbud mot verksamheten kan framstå som befogat.

Enligt föreskrifterna i *tredje stycket* får förbud inte meddelas ifråga om *förfaranden eller verksamheter som är försvarbara från allmän synpunkt*. Vid den prövningen ska särskilt beaktas om förfarandet eller verksamheten strider mot en lag, en annan författning eller något annat för staten, en kommun eller ett landsting bindande direktiv. I fråga om vad som är författningsstridigt kan det exempelvis röra sig om kommunallagen. Det kan vidare vara fråga om t.ex. ett regeringsbeslut utan samband med normgivning, samt en bolagsordning eller annat bindande ägardirektiv för en sådan juridisk person som avses i 28 §. Den principiella utgångspunkten är att ett sådant beteende, dvs. förfarande eller verksamhet, som strider mot lag etc. saknar försvarbarhet från allmän synpunkt. Självfallet är det vidare så att om t.ex. en bolagsordning i sig är oförenlig med lag eller annan författning så kan denna inte åberopas till stöd för att ett visst beteende är försvarbart.

Ett beteende kan vidare sakna försvarbarhet på någon annan grund vilket huvudsakligen täcker in situationen att beteendet inte tillgodoser andra samhälleliga intressen som överväger konkurrensintresset.

Såsom framhållits i den allmänna motiveringen (avsnitt 5.2.5) bedöms ifråga om det kommunala området att den omfattande reglering genom kommunallagen och specialförfattningar och därtill hörande rättspraxis som finns för kommunernas säljverksamhet som sådan i princip är uttömmande. För att skapa tillräcklig tydlighet i fråga om räckvidden av konfliktlösningensregeln när det gäller kompetensnlig kommunal verksamhet, är tillämpningsområdet begränsat till konkurrensnedvidande eller konkurrenshämmande förfaranden. Själva driften av säljverksamheten berörs därmed inte. Detta kommer till uttryck genom att det i paragrafens andra stycke anges att *en verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver ska anses försvarbar från allmän synpunkt om den är förenlig med lag*. Regeln hindrar dock inte att ett t.ex. konkurrensnedvidande förfarande i en sådan verksamhet förbjuds.

28 § Det som sägs i 27 § gäller även ett förfarande eller en verksamhet i en annan juridisk person om staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan, gällande regler eller på annat sätt. Det som sägs om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas då på den juridiska personen.

Paragrafen behandlas i avsnitt 5.3. Här anges att 27 § även gäller ett förfarande eller en verksamhet i en *annan juridisk person*. Förutsättningen för detta är dock att staten, en kommun eller ett landsting *direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler*. Formuleringen i denna del överensstämmer med begreppet offentligt företag i kommissionens direktiv 2006/111/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet. De i denna formulering använda begreppen tolkas naturligen med ledning av

EG-rätten. För att tydliggöra att formuleringen är heltäckande, så att den omfattar även exempelvis avtal, har tillfogats som en fjärde kategori uttrycket *eller på annat sätt*.

29 § Ett förbud enligt 27 § får även omfatta ett förfarande eller en verksamhet som väsentligen överensstämmer med det förfarande eller den verksamhet som förbjuds.

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Av paragrafens *första stycke* framgår att ett förbud mot att tillämpa ett visst förfarande eller en viss verksamhet kan utvidgas till att omfatta även beteenden som väsentligen överensstämmer med det som förbjuds. Annars skulle ett förbud som träffar endast ett visst konkret beskrivet beteende lätt kunna bli verkningslöst genom att den som omfattas av förbudet företar en i sak ganska betydelselös modifiering av det förbjudna beteendet.

Vidare föreskrivs som huvudregel i *andra stycket* att ett förbud gäller omedelbart. Domstolen kan dock förordna om annat.

30 § Om det finns särskilda skäl för det, får ett förbud enligt 27 § meddelas för tiden till dess att frågan slutligt har avgjorts. Ett sådant förbud får meddelas bara sedan rättegång inletts.

Regeln ger domstolarna en möjlighet att meddela ett beslut om förbud enligt 27 § tills vidare, om det finns särskilda skäl för det.

Paragrafen är avsedd för situationer där det är viktigt att ett beslut meddelas snabbt samt då bristen på försvarbarhet framstår som mer klar. Det kan vara fråga om att konkurrensförhållandena kan äventyras väsentligt av redan tillämpade eller planerade beteenden, eller att den offentlige aktören snabbt bör få en signal om vad som tills vidare bedöms inte få tillämpas. De negativa effekter som kan bli följden, om det inte fattas ett beslut om förbud för tiden till dess frågan slutligt har avgjorts måste tas i beaktande. Mot detta ska vägas huruvida beslutet kan medföra negativa följder av väsentlig beskaffenhet för den som beslutet riktar sig mot.

Det följer av allmänna processrättsliga principer att en ansökan med yrkande om interimistiskt förbud ska kommuniceras innan beslut meddelas.

31 § Ett avgörande enligt 27 § får omprövas om de omständigheter som låg till grund för avgörandet har förändrats i något väsentligt avseende eller om det finns något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

Frågan om omprövning av ett lagakraftvunnet avgörande behandlas i avsnitt 5.9. Omprövning får ske under de förutsättningar som anges i bestämmelsen oavsett om den tidigare prövningen inneburit bifall eller ogillande av en talan om förbud. Det ska vara fråga om mer klara fall. Det är dock svårt att dra någon tydlig gräns mellan de två omprövnings-situationer som anges i bestämmelsen.

I första situationen handlar det om ändrade förhållanden och här gäller ett väsentlighetskrav. Det kan vara fråga om att det framkommit att oriktiga uppgifter har lämnats vid den föregående prövningen, där uppgifterna är av ett sådant slag att utgången i målet hade blivit en annan om uppgifterna hade lämnats redan vid den tidigare prövningen. Även förändringar av annat slag kan inträffa och med tillräcklig styrka motivera en omprövning. Exempelvis kan konkurrensförhållandena på den marknad som berörs ha ändrats i sådan mån att en omprövning kan ha fog för sig.

I den andra situationen handlar det främst om att ändringar i t.ex. lag eller förordning medfört att det förbjudna beteendet måste anses försvarbart från allmän synpunkt. Det kan också vara fråga om ändrad rättspraxis på det kommunalrättsliga området. Ett ytterligare exempel är att den offentlige aktören har avvecklat den verksamhet i vilken det förbjudna förfarandet ägt rum. Den omständigheten att den offentlige aktören iakttagit förbudet och upphört med det förbjudna förfarandet eller avvecklat den förbjudna verksamheten är dock inte ett särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

32 § Frågor om förbud enligt 27 § eller omprövning enligt 31 § prövas av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka en talan om förbud enligt 27 §, får talan väckas av ett företag som berörs av förfarandet eller av verksamheten.

Talan om omprövning av ett meddelat förbud får också väckas av den som förbudet enligt 27 § riktar sig mot.

Paragrafen behandlas i avsnitt 5.5. Enligt *första stycket* väcks talan om förbud eller omprövning av Konkurrensverket i Stockholms tingsrätt.

Av 7 kap. 1 § andra stycket följer att Konkurrensverkets beslut att inte ansöka om åtgärd ej får överklagas. Ett företag som berörs av saken har i stället en möjlighet att i sådant fall självt väcka talan om förbud. Detta framgår av *andra stycket* och har berörts i den allmänna motiveringen, avsnitt 5.5. Den taleberättigade kretsen utgörs av företag som berörs mer direkt av förfarandet eller verksamheten (jfr prop. 1992/93:56, s. 114). Av 1 kap. 5 § andra stycket följer att även en sammanslutning av företag kan vara taleberättigad.

Även en offentlig aktör som har meddelats förbud enligt 27 § får enligt *tredje stycket* väcka talan om omprövning.

6 kap.

1 § Följande ålägganden eller förbud får förenas med vite:

- 1. åläggande enligt 3 kap. 1, 2 eller 3 §,**
- 2. förbud enligt 3 kap. 27 eller 30 §,**
- 3. förbud enligt 4 kap. 1 §,**
- 4. åläggande enligt 4 kap. 2 eller 3 §,**
- 5. förbud eller åläggande enligt 4 kap. 12 § tredje stycket,**
- 6. förbud enligt 4 kap. 17 §, och**
- 7. åläggande enligt 5 kap. 1 §.**

Ett beslut om undersökning enligt 5 kap. 3 eller 20 § får förenas med vite. Konkurrensverket får förena ett beslut om fullgörande av skyldigheter enligt 4 kap. 6 § eller 7 § 1 med vite.

Konkurrensverket får förena ett beslut att godta ett åtagande som har lämnats enligt 3 kap. 4 § första stycket eller enligt 4 kap. 4 § med vite. Ett sådant beslut gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

I paragrafen, som har ändrats redaktionellt, har införts bestämmelser som innebär att även ett förbud enligt 3 kap. 27 eller 30 § får förenas med vite.

Något högsta belopp är inte föreskrivet för viten enligt lagen. Bestämmelser om vite finns i lagen (1985:206) om viten. I förarbetena till den lagen (prop. 1984/85:96, s. 49 med hänvisningar) anförs att, när det finns skäl till detta, vitet inom det marknadsrättsliga området kan bestämmas till ett mycket högt belopp. Beloppet ska fastställas med hänsyn till både den skada som kan uppkomma om förbudet eller åläggandet överträds, och till sådant som storleken av de ekonomiska intressen som berörs. Det ska alltså inte kunna vara ekonomiskt fördelaktigt att sätta sig över ett förbud. Motsvarande gäller även då ett förbud enligt 3 kap. 27 § förenas med vite.

Möjlighet finns att förelägga löpande vite.

7 kap.

2 § Domar och beslut av Stockholms tingsrätt i mål och ärenden enligt denna lag överklagas hos Marknadsdomstolen. För domar och beslut i mål om skadestånd gäller detta dock endast när ett sådant mål handlagts gemensamt med ett mål om konkurrensskadeavgift enligt 8 kap. 7 §.

Första stycket gäller inte i mål där talan förs om att döma ut vite enligt 6 kap. 2 §.

Beslut av tingsrätten i fråga som avses i 3 kap. 30 § och 4 kap. 17 § får överklagas särskilt.

Ändringen, som görs i *tredje stycket*, innebär att beslut av Stockholms tingsrätt att interimistiskt förbjuda en verksamhet eller ett förfarande i denna, får överklagas särskilt.

8 kap.

2 § Bestämmelserna i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten tillämpas i mål som avses i

– 3 kap. 2, 5, 27 och 31 §§ samt 32 § andra stycket,

– 3 kap. 21 § och 4 kap. 17 §, även om någon talan inte väckts, och

– 4 kap. 13 och 20 §§ samt 21 § andra stycket.

Av bestämmelsen, som behandlats i avsnitt 5.5, framgår att reglerna för indispositiva tvistemål ska gälla för domstolarnas handläggning vid prövning av frågor som avses i 3 kap. 27 och 31 §§ samt 32 § andra

stycket, dvs. när Konkurrensverket för talan om förbud eller när talan om omprövning förs respektive när ett berört företag utnyttjar sin s.k. särskilda talerätt.

15 § I mål och ärenden enligt denna lag tillämpas i fråga om rättegångskostnader 31 kap. rättegångsbalken, om inte något annat anges i denna lag.

I mål som avses i 3 kap. 2 § och 32 § andra stycket samt i mål om skadestånd tillämpas 18 kap. rättegångsbalken. Om det finns särskilda skäl, får rätten i ett mål som avses i 3 kap. 2 § eller 32 § andra stycket besluta att var och en av parterna ska svara för sina rättegångskostnader.

Ändringen, som görs i *andra stycket*, innebär att bestämmelserna om fördelning av rättegångskostnader i 18 kap. rättegångsbalken ska tillämpas i de fall ett företag för talan om förbud enligt konfliktlösningsbestämmelsen. Om det finns särskilda skäl ska dock domstolarna få besluta att var och en av parterna i ett sådant mål ska svara för sina rättegångskostnader.

Sammanfattning av Konkurrensrådets betänkande Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117)

Uppdraget

Under en följd av år har uppmärksammats de problem som uppkommer av att offentliga aktörer bedriver konkurrensutsatt verksamhet. Kritiken från näringslivet har varit tvåfaldig. För det första att omfattningen av denna verksamhet är för stor. För det andra att konkurrensen inte sker på lika villkor i de fall det anses rimligt att offentliga aktörer uppträder på öppna marknader. Man menar också att det saknas lagliga sanktioner för att hindra snedvriden konkurrens.

Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Konkurrensrådet) inrättades av regeringen under år 1998. Rådet är sammansatt av representanter från både offentlig och privat sektor. Rådet har haft två huvudsakliga uppgifter. För det första att belysa enskilda fall och försöka undanröja konkurrenskonflikter genom dialog och kontakter mellan parterna. Detta har skett genom att företag och andra organisationer haft möjlighet att inkomma med klagomål till rådet. Till rådet har inkommit ca 130 ärenden, varav rådet har yttrat sig över ett femtiotal. Rådet har inte haft några maktbefogenheter, varför yttrandena haft en rådgivande karaktär.

Rådets andra uppgift har varit att försöka åstadkomma en samsyn mellan företrädare för offentlig och privat sektor om hur de långsiktiga spelreglerna på området bäst skall formuleras. Rådet har i direktiven fått i uppdrag att senast den 31 december 2000 redovisa sina samlade erfarenheter och de resultat som uppnåtts. Redovisningen sker i detta betänkande.

Utgångspunkter

Det finns ett relativt stort antal lagar som på ett eller annat sätt påverkar konkurrensförhållandena mellan offentliga och privata aktörer. Konkurrenslagen har t.ex. vissa spärrar mot för låga priser. Bestämmelserna gäller dock primärt vinstsyftande verksamhet och dessutom enbart företag med en dominerande marknadsställning. Lagen om offentlig upphandling har bestämmelser som skall säkerställa att en upphandlande enhet uppträder på ett konkurrensneutralt sätt. Lagen tar dock i första hand sikte på offentliga aktörer som köpare, inte säljare. Kommunallagen sätter spärrar för vilka verksamheter kommuner och landsting får bedriva. Det finns dock en relativt stor gråzon och lagen hindrar inte att konkurrensutsatta verksamheter bedrivs utan full kostnadstäckning. Det uppfattas också som svårt att få den kommunala kompetensen rättsligt prövad. Instruktioner och andra verksamhetsdirektiv sätter på motsvarande sätt vissa spärrar för dels vilka verksamheter som statliga myndigheter får bedriva, dels hur prissättningen skall gå till. Även här är gråzonerna betydande och det finns inga möjligheter för privata företag att få frågan om kompetensenlighet rättsligt prövad. Speciallagar kan

ibland klarlägga förhållanden inom vissa branscher, men dessa behandlar endast en begränsad del av alla marknader där både offentliga och privata aktörer verkar.

Det finns inga lagar som har till huvudsyfte att skapa konkurrensneutrala villkor mellan offentliga och privata aktörer. Om det uppdragas att offentliga aktörer på ett eller annat sätt har fått arbeta på andra och mer gynnsamma villkor än det privata näringslivet kan det i praktiken vara svårt att rätta till sådana förhållanden med nuvarande lagstiftning. Problemen med bristande konkurrensneutralitet uppkommer därför främst när offentliga aktörer bedriver konkurrensutsatt verksamhet utan vinstsyfte. Påstådd underprissättning av offentligt ägda företag med vinstsyfte, t.ex. Telia och Posten, går däremot att pröva gentemot konkurrenslagens bestämmelser om förbud mot missbruk av dominerande ställning. Det förutsätter att den offentlige aktören har en sådan dominerande marknadsposition.

Även i andra jämförbara länder bedrivs konkurrensutsatt verksamhet av offentliga aktörer. Det gäller bl.a. den typ av näringsverksamhet som traditionellt bedrivits av offentliga aktörer, t.ex. post- och teletjänster samt distribution av el, vatten- och avlopp. I några avseenden finns det dock skillnader mellan Sverige och andra länder. I Sverige har kommuner och landsting ett förhållandevis stort mått av självständighet. Inom det statliga området har också Sverige sedan lång tid byggt upp en förvaltning som kännetecknas av förhållandevis små ministerier och stora, självständiga myndigheter. En annan skillnad är att Sverige har kommit längre än de flesta länder med att avreglera och konkurrensutsätta verksamheter inom den traditionella offentliga sektorn. I Sverige anses också under de senaste två årtiondena en förvaltningskultur ha utvecklats med tydlig påverkan från näringslivet. Det har i sin tur manifesterats i mer marknadslika arbetsformer. Dessa faktorer kan bedömas ha bidragit till att konkurrensproblemen mellan offentliga och privata aktörer i Sverige hamnat i fokus i ovanligt hög grad.

Det finns flera olika situationer när konkurrensneutralitetsproblem kan uppkomma. Den vanligaste formen är när en myndighet kompletterar monopolskyddad verksamhet med konkurrensutsatt, ofta med motiveringen att den sistnämnda har en anknytande karaktär. Det kan också vara frågan om överskotts försäljning av kapacitet som byggts upp för internt bruk. Särskilt problematisk blir situationen om den monopolskyddade delen av verksamheten innefattar myndighetsutövning som kan utnyttjas för att tillskansa sig fördelar på den konkurrensutsatta marknaden. En liknande situation inträffar när den offentlige aktören har en ensam tillgång till en strategisk facilitet och själv samtidigt agerar i senare produktionsled. Konkurrenterna i det senare ledet är då beroende av att köpa tjänster från samma offentlige aktör som man också konkurrerar med.

Andra situationer med inbyggda konkurrensproblem uppkommer i samband med offentlig upphandling där egen-regi-enheter tillåts delta i konkurrensen tillsammans med privata anbudsgivare. Det kan t.ex. hända att egen-regi-enheten gynnas genom förmånligare villkor eller avbrutna upphandlingar. Det kan också ske genom direkta eller indirekta bidrag till offentliga aktörer, t.ex. egna bolag som konkurrerar med privata företag. Problem kan också uppkomma när offentliga organ sysselsätter

arbetslösa och handikappade, då verksamhet där man säljer tjänster på den öppna marknaden anses mer meningsfull än annan verksamhet. Konkurrenten kan också snedvridas genom gällande lagstiftning. Ett exempel är momsagstiftningen, som i åtminstone några avseenden skapar skilda förutsättningar för offentliga och privata företag.

Motiv för offentlig konkurrensutsatt verksamhet

När den traditionella offentliga sektorn har öppnats alltmer för olika typer av konkurrenslösningar har tidigare monopolverksamheter kommit att konkurrensutsättas. Att den offentliga sektorn likväl fortsätter att bedriva verksamhet inom dessa områden är okontroversiellt. Även i det fall man upphandlar större delen av sitt behov på den externa marknaden kan det finnas skäl att behålla viss kapacitet för egen del. Vissa delar som tillhört den traditionella offentliga sektorn har också avreglerats under senare tid. Detta har bl.a. fått till följd att både stat och kommuner successivt säljer många av de gamla offentliga monopolföretagen. Inte heller inom dessa områden är dock förekomst av offentliga aktörer kontroversiell. Det får ses som naturligt att det under en kortare eller längre övergångstid finns offentliga aktörer parallellt med de privata.

Mindre uppenbart är varför offentliga aktörer skall medges rätt att bedriva verksamhet som traditionellt hör till näringslivssektorn. Konkurrensrådet har funnit några skäl som under vissa omständigheter kan motivera sådan produktion. Ett sådant skäl kan vara att privata alternativ saknas inom t.ex. ett glesbygdsområde, vilket innebär att produktion av vissa angelägna varor eller tjänster som normalt utförs av det privata näringslivet inte kommer till stånd inom ett visst geografiskt område. Ett annat skäl kan vara att en så hög grad av samproduktionsfördelar föreligger mellan monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet att det inte är samhällsekonomiskt försvarbart att inte tillåta den offentliga aktören att bedriva den konkurrensutsatta verksamheten. Ett tredje skäl kan vara svårigheter att dimensionera ett internt behov, t.ex. kommuninternt, utan att det uppstår tillfälliga och oavsiktliga överskott. Detta kan innebära ett motiv till att få möjlighet att sälja sådant tillfälligt och oavsiktligt överskott, även om det inte i normalfallet är en uppgift för offentliga aktörer att sälja tjänster av aktuellt slag. Ett fjärde sådant skäl kan vara förekomst av s.k. odelbarheter, vilka dock förekommer ganska sällan.

Åtgärder för att begränsa konfliktytorna

Konkurrensrådet kan konstatera att ett antal verksamheter där offentliga och privata aktörer konkurrerar med varandra har ökat påtagligt under senare tid. Till viss del är detta oundvikligt, men rådet menar ändå att konfliktytorna blivit onödigt stora och till viss del kan begränsas. Ibland bedrivs artfrämmande verksamhet utan rimliga skäl. Några exempel från rådets ärenden är städtjänster, brandskyddsutrustning, fordonstvätt, fordonsuthyrning, arkitektjänster, tryckeritjänster, kaféverksamhet eller fastighetsskötsel. När kommuner bedriver denna typ av verksamhet torde det dessutom ofta vara frågan om överträdelse av kommunallagen. Det

bästa sättet att komma till rätta med sådana konkurrensstörningar är att offentliga aktörer upphör med att producera tjänster av artfrämmande slag. Det är rådets uppfattning att en betydande del av de nuvarande konkurrensstörningarna mellan offentlig och privat sektor då skulle upphöra. Det skulle inte minst gynna mindre företag som ofta med begränsade resurser säljer tjänster av lokal karaktär.

Den offentliga sektorn bör också begränsa olika former av överskotts-försäljning. Det är invändningsfritt att bygga upp verksamheter för interna behov. Det kan t.ex. vara frågan om enheter för städning, tvätteriverksamhet, resebyråverksamhet, konferensuthyrning, växtodling och tryckeritjänster. Internproduktion av sådant slag bör dock dimensioneras enbart för det egna behovet och inte för extern försäljning. Att generellt tillåta offentliga aktörer att sälja överskott på den externa marknaden medför en risk för samhällsekonomiskt suboptimala överinvesteringar. Både rättspraxisen inom det kommunala området och statliga myndigheters instruktioner uttrycker också en restriktiv syn på sådan försäljning. Ändå sker överskotts-försäljning i betydande omfattning. Rådet menar att överskotts-försäljning bör ske enbart i situationer när det uppkommer tillfälliga och oavsiktliga överskott av begränsad karaktär.

Den offentliga sektorn bedriver i varierande grad verksamhet på konkurrensutsatta marknader i syfte att sysselsätta handikappade och arbetslösa. I dessa fall går det inte att åstadkomma konkurrensneutrala villkor, eftersom sysselsättningen är överordnad försäljningen. Rådet har konstaterat flera ärenden där kommuner startat konkurrensutsatt verksamhet med detta motiv och där privata företag upplever konkurrensen som snedvriden. Rådet menar att det inte går att ifrågasätta samhällets åtagande inom detta område, men att det inom kommuner går att organisera verksamhet av detta slag så att de negativa effekterna på marknaden blir begränsade. I första hand bör kommunen regelbundet arbeta aktivt för att sysselsätta sådana personer i det privata näringslivet. Om det inte går att fylla behovet av meningsfull sysselsättning på detta sätt kan personerna sysselsättas med arbetsuppgifter inom kommunen. En tredje möjlighet är att sysselsätta sådana personer i en särskild organisation, där det öppet redovisas att enheten kan anlitas av t.ex. privata företag för att få vissa arbetsuppgifter av lämplig karaktär utförda.

När det gäller statliga Samhall vill rådet framhålla att den oundvikliga störning som uppkommer på marknaden blir mindre om företaget innehar relativt låga marknadsandelar på olika delmarknader och därmed undviker marknadsdominans. I dag har Samhall en policy där ett mål av sådant slag är formulerat. Enligt rådets uppfattning bör dock även statsmakterna i sin styrning av företaget formulera ett sådant mål, t.ex. i skriftliga ägardirektiv.

En annan åtgärd som skulle minska konkurrensproblemen är att en konsekvensprövning genomförs innan offentlig verksamhet påbörjas som kan antas ha konkurrensutsatt karaktär. Prövningen bör bl.a. innehålla en kartläggning av de privata företag som tillhandahåller samma typ av tjänster och vilka effekterna skulle bli för dessa företag om verksamheten i fråga påbörjas.

Även om dessa angivna åtgärder genomförs är det oundvikligt att viss konkurrens mellan offentliga och privata aktörer kommer att uppstå även fortsättningsvis. Det är då av vikt att sådan konkurrens sker på så lika villkor som möjligt. Konkurrensrådet redovisar i detta betänkande ett antal rekommendationer för hur offentlig konkurrensutsatt verksamhet bör bedrivas för att så konkurrensneutrala villkor som möjligt skall gälla.

Sammanfattningsvis menar rådet att all konkurrensutsatt verksamhet bör avgränsas redovisningsmässigt och åläggas ett ekonomiskt mål om att uppnå minst full kostnadstäckning. Målet bör tydligt anges i riktlinjer eller andra lämpliga styrdokument för verksamheten i fråga. Det ekonomiska målet kompletteras med ett klargörande att den konkurrensutsatta verksamheten kommer att omprövas om målet inte uppfylls. Det ekonomiska utfallet bör vara särredovisat. Hänsyn skall tas till samtliga relevanta kostnader som uppkommer i den konkurrensutsatta verksamheten. En internränta för utnyttjat kapital bör belasta verksamheten. Internräntan bör åtminstone uppgå till den externa genomsnittliga upplåningskostnaden för den offentlige huvudmannen.

Prissättningen bör utformas på ett sådant sätt att det ekonomiska målet uppfylls, vilket innebär att den bör baseras på en självkostnads kalkyl. Ett visst utrymme för marknadsmässig prissättning med skiftande marginaler bör dock finnas, särskilt om produkterna inte är helt enhetliga till sin karaktär och dessutom bjuds ut vid ett större antal tillfällen under ett år.

Granskning av påstådd konkurrensnedvridning förutsätter transparens. Det skall därför vara möjligt för den granskande myndigheten att ta del av relevanta uppgifter för en given konkurrensutsatt verksamhet. Hit hör ekonomiska mål och andra grundläggande villkor för verksamheten, lönsamhetsuppgifter under de senaste åren, vilka kostnader som belastat verksamheten, motiveringar till val av fördelningsnyckel vid fördelning av indirekta kostnader, hur kapitalkostnader belastat verksamheten samt vilka priser och prissättningskonstruktioner som tillämpas.

Det finns situationer när dessa riktlinjer inte kan användas. Ett exempel är om lagstiftning lägger hinder i vägen för att tillämpa riktlinjerna. Det kan också vara frågan om att offentliga aktörer bedriver verksamhet som saknar möjlighet att fullt ut prisfinansieras, dvs. ekonomiska förluster uppstår oavsett val av prisnivå. Det får i så fall också antas att det inte förekommer någon konkurrens från privata aktörer och att något konkurrensproblem därmed inte heller finns.

Frågan om lagreglering

Konkurrensrådet har försökt följa upp effekterna av rådets yttranden och därmed också hur den nuvarande ”frivillighetsvägen” fungerat. Uppföljningen visar att rådets rekommendationer fått viss effekt genom att ett antal offentliga aktörer helt eller delvis har rättat sig efter rekommendationerna. Samtidigt finns också ett antal aktörer som inte följt rådets rekommendationer alls.

Parterna i rådet har i grunden olika uppfattningar om behovet av lagändringar. Det är därför inte möjligt att finna lösningar som fullt ut tillgodoser alla krav och önskemål som framförts. Rådet har dock enats

om att i betänkandet presentera ett sätt att åstadkomma mer konkurrensneutrala villkor, nämligen att i konkurrenslagen införa en bestämmelse som tar sikte på att korrigera konkurrensnedvidande beteenden från offentliga aktörer. Det blir i så fall frågan om en missbruksbestämmelse där de offentliga aktörerna i händelse av lagöverträdelse inte drabbas av ekonomiska sanktioner – i form av t.ex. konkurrensskadeavgift eller vite – för redan inträffat agerande, utan enbart vitesbelopp i den händelse man inte rättar sig efter ett beslut. Möjligheten för en enskild att i sådana sammanhang föra en skadeståndstalan bör utredas.

Med en sådan åtgärd skulle man kunna komma till rätta med mer uppenbara fall av konkurrens på olika villkor. För närvarande pågår ett arbete inom Näringsdepartementet med att ta fram ett sådant lagförslag. Den närmare bedömningen av hur en sådan bestämmelse i så fall skall se ut bör därför inte göras förrän departementets lagförslag presenteras offentligt.

Enligt Konkurrensrådet kan många av de problem som belyses i denna rapport lösas på lokal nivå. Olika former av lokala lösningar, t.ex. inrättandet av frivilliga lokala konkurrensråd, kan då vara ett medel. En central instans behöver dock inte stå i någon motsättning till lokala lösningar, utan tvärtom gynna uppkomsten av sådana lösningar. Lokala konkurrensråd kan inte heller ersätta en central instans, eftersom vissa konkurrensproblem har en regional eller nationell karaktär.

Sammanfattning av departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Ds 2001:17)

I slutet av år 1997 beslöt regeringen att inrätta Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Konkurrensrådet). Rådet är sammansatt av ordförande jämte fyra representanter från vardera sektorn. Enligt direktiv för rådet är dess uppgift att, med beaktande av sektorernas olika grundförutsättningar, söka undanröja konkurrenskonflikter mellan dem. I arbetet ingår att analysera klagomål och formulera generella och långsiktiga spelregler på området. Rådet skall vidare behandla enskilda klagomål samt utveckla och informera om tillämpningen av de riktlinjer som rådet har enats om.

Riksdagen fattade hösten 2000 beslut om riktlinjer för konkurrenspolitiken. Däri ingår bl.a. att när offentliga aktörer agerar på konkurrensmarknader detta inte får ske på ett sådant sätt att framför allt ny- och småföretagandet hämmas. Vidare ingår att myndighetsuppgifter skall hållas isär från kommersiell verksamhet.

I propositionen anmäler regeringen att inom Regeringskansliet bereds frågan om lagstiftning av innebörd att konkurrensnedvridande effekter av offentlig näringsverksamhet skall kunna bli föremål för rättslig prövning.

I denna promemoria framhålls bl.a. följande.

När det gäller konkurrensproblem vid offentlig säljverksamhet måste i många fall olika intressen vägas samman, och målkonflikter kan uppstå. Att konfliktfrågor om möjligt klaras av genom en frivillig lösning bör vara huvudspåret även om lagbestämmelser förs in i systemet. Ytterst kan det i det enskilda fallet vara rimligt att ett fristående organ kan göra en objektiv prövning av principiella och praktiska frågor. Förslaget bygger på bl.a. följande inslag

- En konfliktlösningregel bör föras in i konkurrenslagen (1993:20) och följa de primära förutsättningarna där
- Förekommande särreglering som styr de offentliga aktörerna måste uppmärksammas vid utformningen av bestämmelsen
- Regeln bör inriktas på konkurrenshämmande offentlig säljverksamhet
- Regeln bör vara neutral och avse både den statliga och den kommunala säljverksamheten
- Typfall av säljverksamhet som Konkurrensrådet har identifierat läggs som en grund för prövningen enligt konfliktlösningensregeln
- Tillämpningen av bestämmelsen bör kunna innebära såväl att offentlig säljverksamhet skall dra sig tillbaka som att konkurrenshämmande beteenden i en försvarbar säljverksamhet motverkas
- Bestämmelsen måste medge en samlad avvägning där också det som anförs till stöd för det konkurrenshämmande förfarandet tas in i bilden

- Vid den samlade bedömningen måste perspektivet vara långsiktigt; skadas konkurrensen måste skälen för förfarandet ha en verklig tyngd från allmän synpunkt
- Konfliktlösningsregeln bör mot bl.a. denna bakgrund inriktas på att förbud kan meddelas i enskilda fall mot att en offentlig aktör fortsätter med ett konkurrenshämmande förfarande som bedöms vara skadligt från allmän synpunkt

Ett förbud skall kunna förenas med vite.

En konfliktlösningsregel av detta slag torde främst få betydelse för konkurrensförhållanden där framför allt små företag på lokala marknader är berörda

Konkurrensverket och Marknadsdomstolen föreslås få till uppgift att tillämpa konfliktlösningsregeln.

Konkurrensrådets kunskaper och erfarenheter bör nyttiggöras i systemet för konfliktlösning, och rådet bör därför knytas till Konkurrensverket. Vidare bör Marknadsdomstolen förstärkas med en expert som har särskilda insikter i en sådan offentlig verksamhet som kan prövas enligt den nya bestämmelsen.

Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (1993:20)

Härigenom föreskrivs i fråga om konkurrenslagen (1993:20) dels att 33, 57, 64 och 69 §§ skall ha följande lydelse, dels att det skall införas sex nya paragrafer 4 och 32 a–e §§ samt närmast före 32 a, 32 c, 32 d och 32 e §§ nya rubriker av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

4 §¹

I denna lag avses med offentligt företag verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur som drivs av

1. stat, kommun eller landsting, eller

2. associationsrättsligt subjekt över vilket någon av de nämnda direkt eller indirekt har kontroll genom ägarskap, avtal eller på annat sätt.

Till den del en sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet offentligt företag.

Förbud mot konkurrenshämmande förfarande

32 a §

Marknadsdomstolen får förbjuda ett offentligt företag att tillämpa ett visst förfarande av ekonomisk eller kommersiell natur vilket på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt

1. snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller

2. i annat avseende hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

¹ Tidigare 4 § upphävd genom 2000:88.

Förbudet får omfatta inte bara ett visst angivet förfarande utan även förfaranden som väsentligen överensstämmer med det angivna.

Förbudet gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

32 b §

Bestämmelsen i 32 a § skall inte tillämpas på förfaranden som omfattas av förbud enligt 6 eller 19 §.

Interimistiskt förbud

32 c §

Om det finns särskilda skäl för det, får beslut om förbud enligt 32 a § meddelas för tiden till dess frågan slutligt har avgjorts.

Omprövning

32 d §

Har Marknadsdomstolen prövat en fråga om förbud enligt 32 a §, hindrar detta inte att frågan omprövas, om

1. de omständigheter som låg till grund för det första avgörandet har förändrats i något väsentligt avseende, eller

2. det finns något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

Talan om förbud eller omprövning

32 e §

Talan om förbud enligt 32 a § eller omprövning enligt 32 d § väcks vid Marknadsdomstolen av Konkurrensverket.

Om verket för ett visst fall beslutar att inte väcka en sådan talan, får talan väckas av en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller av ett

*enskilt företag som berörs av Bilaga 3
förfarandet.*

*Talan om omprövning av ett
meddelat förbud får också väckas
av det offentliga företag mot vilket
ett beslut om förbud riktar sig.*

33 §

Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 §, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.

Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 § *eller ett av Marknadsdomstolen meddelat förbud enligt 32 a §*, skall företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer för ett annat företag eller en avtalspart.

Rätten till sådan ersättning faller bort, om talan inte väcks inom fem år från det att skadan uppkom.

Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt denna paragraf.

57 §

Ett förbud eller åläggande enligt 23, 34 a, 35, 36, 38, 41 eller 45 § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 47 eller 48 § får förenas med vite för att förmå ett företag eller någon annan att underkasta sig undersökningen.

Ett förbud eller åläggande enligt 23, 32 a, 34 a, 35, 36, 38, 41 eller 45 § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 47 eller 48 § får förenas med vite för att förmå ett företag eller någon annan att underkasta sig undersökningen.

Ett frivilligt åtagande i samband med en företagskoncentration får förenas med vite. Ett sådant vite föreläggs av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

64 §

Om något annat inte följer av denna lag tillämpas,

1. beträffande rättegången i frågor som avses i 23 § andra stycket och 63 § första stycket 1–3, vad som är föreskrivet i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning inte är tillåten, och

1. beträffande rättegången i frågor som avses i 23 § andra stycket, 32 a § och 63 § första stycket 1–3, vad som är föreskrivet i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning inte är tillåten, och

2. beträffande handläggningen av frågor som avses i 13 § tredje stycket, 60 § första stycket och 63 § första stycket 4 och 5, lagen (1996:242) om domstolsärenden.

I mål och ärenden enligt 63 § skall vad som sägs om hovrätten i 49, 50 och 52 kap. rättegångsbalken samt 39 § första stycket lagen om domstolsärenden i stället gälla Marknadsdomstolen.

Om det finns särskilda skäl, får Marknadsdomstolen i mål eller ärende där enskilda är motparter till varandra, bestämma att var och en av parterna skall svara för sina rättegångskostnader.

69 §

Om det är till fördel för utredningen får mål som avses i 23 § andra stycket eller 63 § första stycket 1–3 handläggas gemensamt med ett ärende som anges i denna lag, när målet och ärendet handläggs av samma domstol. Handläggningen skall ske enligt vad som föreskrivs i 64 § första stycket 1 samt 64 a och 64 b §§.

Vid gemensam handläggning i Marknadsdomstolen av mål som avses i 23 § andra stycket och ärende enligt denna lag, skall reglerna för tingsrätt tillämpas. I andra fall tillämpas reglerna för hovrätt.

Om det är till fördel för utredningen, får mål som avses i 23 § andra stycket, 32 a § eller 63 § första stycket 1–3 handläggas gemensamt med ett ärende som anges i denna lag, när målet och ärendet handläggs av samma domstol. Handläggningen skall ske enligt vad som föreskrivs i 64 § första stycket 1 samt 64 a och 64 b §§.

Vid gemensam handläggning i Marknadsdomstolen av mål som avses i 23 § andra stycket och 32 a § samt ärende enligt denna lag, skall reglerna för tingsrätt tillämpas. I andra fall tillämpas reglerna för hovrätt.

Härigenom föreskrivs att 3 och 4 §§ lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m. skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 §

Marknadsdomstolen består av en ordförande, en vice ordförande samt fem särskilda ledamöter.

Marknadsdomstolen består av en ordförande, en vice ordförande samt *sex* särskilda ledamöter.

4 §

Ordföranden, vice ordföranden och en av de särskilda ledamöterna skall vara jurister och ha erfarenhet som domare. De andra särskilda ledamöterna skall vara ekonomiska experter.

Ordföranden, vice ordföranden och en av de särskilda ledamöterna skall vara jurister och ha erfarenhet som domare. *Av de andra särskilda ledamöterna skall fyra vara ekonomiska experter samt en expert med särskilda insikter i en sådan offentlig verksamhet som kan bli föremål för prövning enligt 32 a § konkurrenslagen (1993:20).*

För vice ordföranden och var och en av de särskilda ledamöterna finns en eller flera ersättare. Bestämmelserna om vice ordförande och särskild ledamot gäller även ersättare.

Förteckning över remissinstanserna

Hovrätten för övre Norrland, Stockholms tingsrätt, Kammarrätten i Göteborg, Statskontoret, Kommerskollegium, Räddningsverket, Ekonomistyrningsverket, Riksrevisionsverket, Nämnden för offentlig upphandling (NOU), Marknadsdomstolen, Konsumentverket, Högskoleverket, Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Jordbruksverket, Konkurrensrådet, Lantmäteriverket, Verket för näringslivsutveckling (NUTEK), Konkurrensverket, Skogsstyrelsen, Telia AB, Svensk Bilprovning, Samhalls kontaktråd, Solna kommun, Linköpings kommun, Gotlands kommun, Malmö kommun, Mora kommun, Kalix kommun, Stockholms läns landsting, Landstinget Blekinge, Västra Götalandsregionen, Landstinget Västmanland, Västerbottens läns landsting, Svenskt Näringsliv, Svenska kommunförbundet, Landstingsförbundet, Sveriges Advokatsamfund, Svensk Handel, Företagarnas Riksorganisation, Svenska brandskapsföreningen (SVEBRA), Tjänstemännens Centralorganisation (TCO), Svenska Akademikers Centralorganisation (SACO), Landsorganisationen i Sverige (LO), Advokatfirman Vinge KB, Almega, Handelsarbetsgivarna, Lagerlöf & Leman Advokatbyrå, Privattandläkarföreningen, Svenska Larmleverantörers förening (SWELARM), Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare (SHR), Sveriges Fastighetsägareförbund, Svensk Teknik och Design (STD), Privatvårdens Arbetsgivareförbund, Svenska Träbränsleföreningen, SPUR Bemanningsbranschen.

Sammanfattning av promemorian Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden

I promemorian, som utarbetats inom Näringsdepartementet, föreslås ändringar i konkurrenslagen som innebär att Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket får förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att driva en verksamhet av kommersiell eller ekonomisk natur eller att i denna verksamhet tillämpa ett visst förfarande. För att förbud ska få meddelas krävs att verksamheten eller förfarandet snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens. Förbud får dock inte meddelas beträffande verksamheter eller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

Vid prövningen av frågan om försvarbarhet ska det särskilt beaktas om verksamheten eller förfarandet strider mot en lag, en annan författning eller något annat bindande direktiv. Om försvarbarhet saknas på någon annan grund ska förbud få meddelas dels i fråga om en verksamhet som staten bedriver eller ett förfarande i denna dels i fråga om ett förfarande i en verksamhet som en kommun eller ett landsting bedriver.

Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka talan får detta göras av ett företag som berörs av verksamheten eller förfarandet i denna.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 juli 2009.

Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:000)

Härigenom föreskrivs i fråga om konkurrenslagen (2008:000)

dels att 6 kap. 1 §, 7 kap. 2 § samt 8 kap. 2 och 15 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas nya bestämmelser, 3 kap. 27–31 §§, samt närmast före nya 3 kap. 27 § en ny rubrik av följande lydelse.

Lydelse enligt prop. 2007/08:135 *Föreslagen lydelse*

**Konkurrensbegränsande
offentlig säljverksamhet****3 kap.****27 §**

Stockholms tingsrätt får förbjuda staten, en kommun eller ett landsting att driva en verksamhet som omfattas av 1 kap. 5 §, eller att i denna tillämpa ett visst förfarande om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrida, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden.

Förbud enligt första stycket får inte meddelas beträffande verksamheter eller förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Vid prövning av frågan om försvarbarhet ska det särskilt beaktas om verksamheten eller förfarandet strider mot en lag, en annan författning eller något annat för staten, kommunen eller landstinget bindande direktiv. Om försvarbarhet saknas på någon annan grund får såvitt avser verksamhet som bedrivs av en kommun eller ett landsting förbud endast meddelas i fråga om ett förfarande i verksamheten.

Vad som här sägs gäller även en verksamhet eller ett förfarande i en annan juridisk person om staten, en kommun eller ett landsting direkt eller indirekt har ett dominerande inflytande över den juridiska personen genom ägarskap, finansiell medverkan,

gällande regler eller på annat sätt. Vad som sägs om staten, en kommun eller ett landsting tillämpas därvid på den juridiska personen.

28 §

Ett förbud enligt 27 § får omfatta inte bara en viss angiven verksamhet eller ett visst angivet förfarande utan även en verksamhet eller ett sådant förfarande i denna som väsentligen överensstämmer med det angivna.

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

29 §

Om det finns särskilda skäl för det, får beslut om förbud enligt 27§ meddelas för tiden till dess frågan slutligt har avgjorts.

30 §

Ett förbud enligt 27 § får omprövas av Stockholms tingsrätt, om de omständigheter som låg till grund för det första avgörandet har förändrats i något väsentligt avseende, eller om det finns något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

31 §

Frågor om förbud enligt 27 § eller omprövning enligt 30 § prövas av Stockholms tingsrätt på talan av Konkurrensverket.

Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte väcka en talan om förbud enligt 27 §, får talan väckas av ett företag som berörs av verksamheten eller förfarandet.

Talan om omprövning av ett meddelat förbud får också väckas av den mot vilken ett beslut om förbud enligt 27 § riktar sig.

6 kap.**1 §**

Ett förbud eller ett åläggande enligt 3 kap. 1, 2 eller 3 §, 4 kap. 1, 2, 3 §, 12 § tredje stycket eller 17 § eller 5 kap. 1 § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 5 kap. 3 eller 20 § får förenas med vite. Konkurrensverket får förena ett beslut om fullgörande av skyldigheter enligt 4 kap. 6 § eller 7 § 1 med vite.

Konkurrensverket får förena ett beslut att godta ett åtagande som lämnats enligt 3 kap. 4 § första stycket eller enligt 4 kap. 4 § med vite. Ett sådant beslut gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Ett förbud eller ett åläggande enligt 3 kap. 1, 2, 3, 27 eller 29 §, 4 kap. 1, 2, 3 eller 12 § tredje stycket eller 17 § eller 5 kap. 1 § får förenas med vite. Också ett beslut om undersökning enligt 5 kap. 3 eller 20 § får förenas med vite. Konkurrensverket får förena ett beslut om fullgörande av skyldigheter enligt 4 kap. 6 § eller 7 § 1 med vite.

7 kap.**2 §**

Domar och beslut av Stockholms tingsrätt i mål och ärenden enligt denna lag överklagas hos Marknadsdomstolen. För domar och beslut i mål om skadestånd gäller detta dock endast när ett sådant mål handlagts gemensamt med ett mål om konkurrensskadeavgift enligt 8 kap. 7 §.

Första stycket gäller inte i mål där talan förs om att döma ut vite enligt 6 kap. 2 §.

Beslut av tingsrätten i fråga som avses 4 kap. 17 § får överklagas särskilt.

Beslut av tingsrätten i fråga som avses i 3 kap. 29 § och 4 kap. 17 § får överklagas särskilt.

8 kap.**2 §**

Bestämmelserna i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten tillämpas i mål som avses i

- 3 kap. 2 och 5 §§,
- 3 kap. 21 § och 4 kap. 17 §, även om någon talan inte väckts, och
- 4 kap. 13 och 20 §§ samt 21 § andra stycket.

Bestämmelserna i rättegångsbalken om tvistemål där förlikning om saken inte är tillåten tillämpas i mål som avses i

- 3 kap. 2, 5, 27 och 30 §§,
- 3 kap. 21 och 29 §§ samt 4 kap. 17 §, även om någon talan inte väckts, och
- 4 kap. 13 och 20 §§ samt 21 § andra stycket.

15 §

I mål och ärenden enligt denna lag tillämpas i fråga om rättegångskostnader 31 kap. rättegångsbalken, om något annat inte anges i denna lag.

I mål som avses i 3 kap. 2 § och i mål om skadestånd tillämpas 18 kap. rättegångsbalken. Om det finns särskilda skäl, får Marknads-

I mål som avses i 3 kap. 2 § och 31 § andra stycket samt i mål om skadestånd tillämpas 18 kap. rättegångsbalken. Om det finns

domstolen i ett mål som avses i 3 kap. 2 § besluta att var och en av parterna ska svara för sina rättegångskostnader.

särskilda skäl, får Marknadsdomstolen i ett mål som avses i 3 kap. 2 § besluta att var och en av parterna ska svara för sina rättegångskostnader. *Detsamma gäller för Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen i ett mål som avses i 3 kap. 31 § andra stycket.*

Bilaga 6

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2009.

Remissyttranden över promemorian Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden har avgetts av följande instanser. Justitieombudsmannen, Justitiekanslern, Svea hovrätt, Göta hovrätt, Stockholms tingsrätt, Malmö tingsrätt, Kammarrätten i Jönköping, Marknadsdomstolen, Domstolsverket, Åklagarmyndigheten, Kronofogdemyndigheten, Konkurrensverket, Kommerskollegium, Ekonomistyrningsverket, Statskontoret, Nutek, Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, Juridiska fakultetsnämnden vid Uppsala universitet, Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, Sveriges Advokatsamfund, Svenskt Näringsliv, Företagarna, Stockholms Handelskammare, Svensk Handel, Sveriges Kommuner och Landsting, Landsorganisationen i Sverige (LO), Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO), Tjänstemännens Centralorganisation (TCO), Svenska Kommunalarbetsförbundet, Polarforskningssekreteriatet, Verket för högskoleservice (VHS), Vetenskapsrådet, Karolinska institutet, Länsstyrelsen i Stockholms län, Länsstyrelsen i Västerbottens län, Länsstyrelsen i Kalmar län, Länsstyrelsen i Kronobergs län, Länsstyrelsen i Dalarnas län, Landstinget i Stockholm, Landstinget i Dalarna, Landstinget i Västerbotten, Landstinget i Skåne, Apoteket AB, Värmdö kommun, Huddinge kommun, Stockholms kommun, Norrtälje kommun, Valdemarsvik kommun, Gislaved kommun, Jönköping kommun, Växjö kommun, Gotland kommun, Burlöv kommun, Örkelljunga kommun, Lomma kommun, Perstorp kommun, Malmö kommun, Höganäs kommun, Ale kommun, Göteborg kommun, Mölndal kommun, Mariestad kommun, Karlstad kommun, Ljusnarsberg kommun, Karlskoga kommun, Fagersta kommun, Falu kommun, Hudiksvall kommun, Arvidsjaur kommun, Luleå kommun, Stockholms brandförsvär, Sveriges Hotell- och Restaurangföretagare, Almega AB, Räddningstjänsten, Jönköpings kommun, Industrigruppen för Konkurrens i Bredbanden, Stiftelsen Den Nya Valfärden, Fastighetsägarna Sverige, Räddningstjänsten Höga Kusten – Ådalen, Svenska Bevakningsföretag, SWEGUARD, IT & Telekomföretagen inom Almega, Avfall Sverige AB och Sveriges läkarförbund,

Följande remissinstanser har inbjudits att yttra sig men avstått eller inte inkommit med yttrande. Konsumentverket, Svensk Industriförening, Sveriges kommunaltjänstemannaförbund, Akademikerförbundet SSR, Vårdförbundet, Södertälje kommun, Solna kommun, Nynäshamn kommun, Nässjö kommun, Ljungby kommun, Emmaboda kommun, Båstad kommun, Ystad kommun, Strömstad kommun, Torsby kommun, Vansbro kommun, Smedjebacken kommun, Hedemora kommun, Timrå kommun, Härnösand kommun, Kramfors kommun och Kalix kommun.