

Promemoria

Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden

Promemorians huvudsakliga innehåll

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 snedvrida, 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.

Innehållsförteckning

1	Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:000)	4
2	Ärendet och dess beredning.....	8
3	Ett system för konfliktlösning på marknaden	9
3.1	Bakgrund och problembild	9
3.2	Gällande rätt.....	11
3.2.1	Konkurrenslagen (1993:20)	11
3.2.2	En ny konkurrenslag	12
3.2.3	Kommunallagen (1991:900)	12
3.2.4	Kommunala kompetensutredningens betänkande	16
3.2.5	Särskilda regler för statliga myndigheter	16
3.2.6	Speciallagstiftning som berör kommunal eller statlig verksamhet	19
3.2.7	Offentliga bolag	19
3.3	Konkurrensrådets iakttagelser, analyser och bedömningar i översikt	21
3.3.1	Typfall av offentlig säljverksamhet som vållar konkurrensproblem för privata företag.....	22
3.3.2	Vissa distinktioner	22
3.3.3	Den offentliga sektorns traditionella område	22
3.3.4	Den traditionella näringslivssektorn	23
3.3.5	Spelregler när offentlig säljverksamhet kan godtas	24
3.3.6	Konkurrensrådets syn på lagstiftningsfrågan.....	24
4	Förslag till ett system för konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden.....	25
4.1	Behovet av en konfliktlösningsbestämmelse	25
4.2	Huvudelement i en konfliktlösningsbestämmelse.....	26
4.2.1	Grundläggande infallsvinklar.....	26
4.2.2	Effekter för konkurrensen	28
4.2.3	Verksamheter och förfaranden.....	29
4.2.4	Ett värderande rekvisit av generell karaktär.....	29
4.2.5	Offentliga aktörer.....	30
4.2.6	Konfliktlösningsregelns förhållande till konkurrenslagens förbud och till EG- rätten	30
4.2.7	Bestämmelsen bör placeras i konkurrenslagen.....	32
4.2.8	Föreskrifternas räckvidd i vissa andra avseenden.....	33
4.2.9	Den nya regelns materiella innehåll.....	33
4.2.10	Organisation, tillsyn och beslutande organ	43

5	Teknisk utformning i övrigt.....	45
5.1	De rättssubjekt som konfliktlösningsregeln vänder sig till.....	45
5.2	Förbud tills vidare	45
5.3	Vite.....	46
5.4	Skadestånd	47
5.5	Omprövning	47
6	Konsekvensbeskrivning	48
7	Författningskommentar.....	50
7.1	Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:000).....	50
Bilaga 1	Sammanfattning av Konkurrensrådets betänkande Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:17).....	59
Bilaga 2	Sammanfattning av departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Ds 2001:17)	65
Bilaga 3	Promemorians lagförslag	67
Bilaga 4	Förteckning över remissinstanserna.....	72

1 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.

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.

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.

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 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 31 § andra stycket samt 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. *Detsamma gäller för Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen i ett mål som avses i 3 kap. 31 § andra stycket.*

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2009.

2 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 promemoria 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 promemoria fogas en sammanfattning av promemorian som *bilaga 2*, samt promemorians lagförslag som *bilaga 3*.

Betänkandet och promemorian remissbehandlades samtidigt år 2002. 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 konkurrensproblemen mellan offentlig och privat sektor och att ett domstolsförfarande därvid borde övervägas (bet. 2004/05:NU 16). Riksdagen beslutade i enlighet med detta (rskr. 2004/05:297).

I vårpropositionen år 2006 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:NU 16).

Med utgångspunkt från ovan nämnda betänkande och departementspromemoria samt de remissvar som lämnades avseende dessa år 2002, har inom Näringsdepartementet föreliggande promemoria utarbetats.

3 Ett system för konfliktlösning på marknaden

3.1 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 konkurrenssituation.

Bland annat föreslog utredaren en särskild lagstiftning mot konkurrenssnedvridningar 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 konkurrenssnedvridande 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 affärsmässig 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 kommittéväsandets 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 konkurrenssnedvridande förfaranden kan undvikas och om möjligt att vissa typer av konkurrenskonflikter kan 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).

Mot denna bakgrund görs bedömningen att åtgärder behöver vidtas skyndsamt. Det system för konfliktlösning som nu föreslås bör därför ta sin utgångspunkt i tidigare utredningar och erfarenheter dvs. Konkurrensrådets betänkande, departementspromemorian Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (Ds 2001:17) och de remissynpunkter som tidigare framförts.

3.2 Gällande rätt

3.2.1 Konkurrenslagen (1993:20)

Enligt 6 § konkurrenslagen är med vissa undantag avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om de ger ett sådant resultat. Detta gäller särskilt sådana avtal som innebär att

1. inköps- eller försäljningspriser eller andra affärvillkor 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 denna artikel också innehåller ett s.k. samhandelskriterium.

Med begreppet företag avses enligt 3 § konkurrenslagen en fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Till den del sådan verksamhet består i myndighetsutövning omfattas den dock inte av begreppet företag. Med företag avses även en sammanslutning av företag. Vad som i lagen sägs om avtal ska tillämpas också på beslut av en sammanslutning av företag, och samordnade förfaranden 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 19 § 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 likvärdigen 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. Bedömningen av dominansfrågan förutsätter att den relevanta marknaden avgränsas i fråga om produkter samt geografiskt. I det sistnämnda avseendet kan marknaden vara riktstäckande, 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.

3.2.2 En ny konkurrenslag

Regeringen beslutade den 30 september 2004 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att öka effektiviteten på konkurrensområdet m.m. (Dir 2004:128). Utredaren redovisade i november 2006 sitt uppdrag genom betänkandet En ny konkurrenslag (SOU 2006:99). Betänkandet har remissbehandlats och regeringen beslutade den 27 mars 2008 en proposition varigenom bl.a. föreslås en ny konkurrenslag (prop. 2007/07:135). Föreliggande promemoria utgår emellertid tills vidare från den i dag gällande konkurrenslagen med det undantaget att lagtexten utformats för att passa in i propositionens lagtekniska struktur.

3.2.3 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 får 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 anknytande 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. Avgiftssättningen 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 avgiftssättningen, 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 konkurrensutsatta varor eller tjänster 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 hälsoskyddslagen. 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 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. Generellt sett är det inte en uppgift för kommunerna att tillhandahålla näringslivet lokaler. De får emellertid tillgodose hantverkets och den mindre industrins behov av lokaler under förutsättning att verksamheten inriktas på detta företagarkollektiv i allmänhet. Utanför kompetensen faller individuellt anpassad lokalhållning åt enstaka industriföretag.

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. Besluten 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 skulle fatta ett beslut om att börja producera en vara eller tjänst som strider mot kommunallagen går således inte ett sådant beslut att överklaga. Däremot kan kommunens beslut rörande bolagsordningens utformning överklagas, eller ett annat kommunalt beslut som rör bolagets verksamhet.

3.2.4 Kommunala kompetensutredningens betänkande

Regeringen beslutade den 27 april 2006 att tillsätta en utredning med uppdrag att utreda frågor om den kommunala kompetensen och kommunal samverkan (dir. 2006:47). Utredningen har den 1 oktober 2007 redovisat sitt uppdrag genom betänkandet Kommunal kompetens i utveckling (SOU 2007:72). I betänkandet föreslås bl.a. ett generellt undantag från självkostnadsprincipen på konkurrensutsatta marknader. Enligt utredningens mening är det angeläget att finna vägar att komma till rätta med de konkurrensproblem som infinner sig på de områden där kommuner och landsting agerar på konkurrensutsatta marknader. Utredningen föreslår att det införs ett lagstadgat krav på att kommuner och landsting, som med stöd av 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen bedriver intäktfinansierad näringsverksamhet inom frivilliga icke lagreglerade områden på en marknad som är ägnad för konkurrens, som huvudregel ska bedriva denna verksamhet på affärsmässig grund. Sådan verksamhet ska redovisas särskilt och skilt från annan verksamhet. Syftet med förslaget är att skapa mer konkurrensneutrala villkor. Betänkandet har remissbehandlats och förslagen bereds för närvarande i Finansdepartementet.

3.2.5 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, och i regel har regeringen 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, samt vilka effektmål och särskilda verksamhetsmål som myndigheten ska uppnå i sin verksamhet. 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. Den 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 kostnads kalkylering 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" 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 avgiftssättas 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 regleringsformen 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.

Regeringen har den 21 december 2006 beslutat att tillsätta en kommitté som ska se över den statliga förvaltningens uppgifter och organisation (Dir 2006:123). Översynen, som ska omfatta alla statliga förvaltningsmyndigheter som lyder under regeringen, syftar till att effektivisera statlig förvaltning och verksamhet. I kommitténs uppdrag ingår, utom annat, särskilt att granska och ompröva myndigheters opinionsbildande och konkurrensutsatta verksamheter.

3.2.6 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: För det första lagar som tydliggör att en viss verksamhet är av *obligatorisk* natur för en kommun eller en statlig verksamhet. För det andra 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 offentligt monopol men som nu konkurrensutsatts. Typiska sådana branscher är postmarknaden och telemarknaden. Dessa är numera omreglerade i postlagen (1993:1684) och lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Ett annat känt 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.

3.2.7 Offentliga bolag

De grundläggande bestämmelserna om hur aktiebolag styrs återfinns i aktiebolagslagen (2005:551). En bolagsordning ska enligt aktiebolagslagen upprättas vid bildandet av ett aktiebolag samt godkännas och registreras vid Patent- och registreringsverket. I bolagsordningen anges föremålet för och inriktningen av bolagets verksamhet. Bolagsordningen innehåller den betydelsefulla s.k. ändamålsparagrafen, där syftet för bolagets verksamhet, angivet till sin

art, ska anges. I näringslivet är syftet i normalfallet att bereda ägarna största möjliga ekonomiska avkastning, varför sådana mål i allmänhet inte anges särskilt. Även i näringslivet inträffar dock att bolag bildas med helt eller delvis andra syften än rent kommersiella. I sådana fall anges dessa andra syften i bolagsordningen. Om bolagets verksamhet helt eller delvis ska ha annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna, ska bolagsordningen innehålla bestämmelse om användning av vinst och behållna tillgångar vid bolagets likvidation (12 kap. 1 §).

Bolagsstämman är ett aktiebolags högsta beslutande organ. Om inte annat följer av lag eller bolagsordning, kan stämman avgöra varje fråga som rör bolaget. Enligt lagen har stämman beslutanderätt med avseende på frågor om tillsättande och entledigande av styrelse och revisorer, ökning eller minskning av aktiekapitalet, fastställande av årsredovisning, ändring av bolagsordning m.m. Ägare utövar sin rätt att besluta i bolagets angelägenheter på bolagsstämman. Ägare kan även utfärda skriftliga 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.

Statliga bolag styrs i normalfallet på samma sätt som privata företag. Formellt finns heller inga andra möjligheter än styrning utövad på bolagsstämma. Med hänsyn tagen till förhållandet att många statliga bolag har helt eller delvis andra mål med sin verksamhet än strikt kommersiella skulle man kunna vänta sig att staten relativt utförligt formulerat syftet med respektive verksamhet i bolagsordningar och ägardirektiv. Riksdagens revisorer framförde dock i en granskning år 1998 kritik mot att syftes- och ändamålsbeskrivningar var otydliga och att det fanns få exempel på preciseringar i ägardirektiv. Kritik framfördes också mot att de ekonomiska målen för bolagen många gånger var otydliga.

De statliga bolagen arbetar inte under en sådan generell begränsning rörande ekonomiska mål som gäller kommunala bolag och som följer av kommunallagen. Det behövs sålunda ingen speciallagstiftning för att staten ska kunna ställa upp mål om vinstsyfte och marknadsmässig avkastning.

Bestämmelser om *kommunala företag* finns i 3 kap. kommunallagen. Här 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, säts ur spel.

Innan en kommun eller ett landsting lämnar över vården av en kommunal angelägenhet till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget bestämmer ensam ska fullmäktige enligt kommunallagen

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 av större vikt i övrigt fattas.

Syftet med fullmäktiges fastställande av ändamålet med verksamheten är att minimera riskerna för kompetensöverskridanden. Enligt förarbetena bör detta ske i bolagsordningen för aktiebolag, men det är inget uttryckligt krav att detta sker. Kravet på precisering av ändamålsbestämmelsen är enligt förarbetena särskilt starkt om verksamheten ligger nära gränsområdena för den kommunala kompetensen. 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.

3.3 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.

För rådets samlade redovisning av sina iakttagelser, analyser och bedömningar hänvisas till betänkandet. Här lyfts översiktligt fram sådana viktiga element och principiella värderingar som är av särskilt intresse.

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 rådets rapport. 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.

3.3.1 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 nytthet (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.

3.3.2 Vissa distinktioner

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 kapitel 6 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*.

3.3.3 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.

3.3.4 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 under förhandenvarande omständigheter i enskilda ärenden 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 producera 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 den bedömningen att, om offentlig produktion upphörde inom verksamhetsområden av detta slag, en betydande del av konkurrensstörningarna mellan offentlig och privat sektor skulle upphöra. Detta skulle enligt rådets mening inte minst gynna mindre företag som ofta producerar lokalt och med små resurser.

3.3.5 Spelregler när offentlig säljverksamhet kan godtas

Avsnitt 8 i rådets betänkande behandlar 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 jämställa med främmande kapital, självkostnadskalkyl som utgångspunkt för prissättningen, förkalkyl med riskillägg och efterkalkyl samt transparens av närmare angivet slag som möjliggör att ett granskande organ bedömer en påstådd konkurrenssnedvridning.

3.3.6 Konkurrensrådets syn på lagstiftningsfrågan

Lagstiftningsfrågan behandlas i avsnitt 9 i rådets betänkande. Där 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 tillgodoser alla krav och önskemål.

Samtidigt framhölls av 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 konkurrenssnedvridande 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.

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

4.1 Behovet av en konfliktlösningsbestämmelse

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

Skälen för bedömningen: 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 har t.ex. vissa spärrar mot för låga priser, men dessa bestämmelser gäller primärt vinstsyftande verksamhet. Lagen om offentlig upphandling har bestämmelser som ska säkerställa att en upphandlande enhet uppträder på ett konkurrensneutralt sätt, men kan inte användas för att rätta till snedvridna marknadsförhållanden i leverantörsleden. Kommunallagen 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 utan full kostnadstäckning. Instruktioner och andra verksamhetsdirektiv sätter på motsvarande sätt vissa spärrar 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 (1993:20) 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. 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, bortsett från vissa sektorer med tung infrastruktur. På grund av det anförda erbjuder konkurrenslagen i sin nuvarande utformning inte något tillräckligt instrument för att lösa konflikter vid offentlig säljverksamhet.

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 också en stor majoritet av remissinstanserna i väsentliga delar positiva till att införa en särskild konfliktlösningsregel. Några remissinstanser begärde även längre gående lagstiftningsåtgärder.

Som redovisats i avsnitt 3.1 kan konstateras att konkurrensproblemen mellan offentlig och privat sektor kvarstår. Att så är fallet visas, som där nämnts, av de rapporter m.m. som bl.a. Konkurrensverket, Statskontoret och Föreningen Svenskt Näringsliv lagt fram under senare år.

Mot denna bakgrund får det anses klarlagt att åtgärder behöver vidtas. En första lämplig sådan åtgärd är att införa ett system som möjliggör

domstolsprövning i enskilda fall av konkurrenskonflikter mellan offentlig och privat sektor.

4.2 Huvudelement i en konfliktlösningsbestämmelse

Förslag: En konfliktlösningsregel förs in i konkurrenslagen och följer de grundläggande förutsättningarna där.

– Bestämmelsen beaktar att det kan förekomma offentlig specialreglering som styr aktörerna.

– Regeln är inriktad på konkurrenshämmande offentlig säljverksamhet. Den är konkurrensneutral genom att omfatta både den statliga och den kommunala säljverksamheten.

– Tillämpningen av bestämmelsen kan innebära såväl att offentlig säljverksamhet ska dra sig tillbaka som att konkurrenshämmande beteenden i en säljverksamhet motverkas.

– Bestämmelsen medger en samlad avvägning där också det som anförs till stöd för det konkurrenshämmande förfarandet beaktas.

– Konfliktlösningsregeln är inriktad på att förbud kan meddelas i enskilda fall mot att en viss offentlig aktör fortsätter med ett visst, konkret beskrivet konkurrenshämmande säljbeteende som inte kan försvaras från allmän synpunkt.

Skälen för förslaget

4.2.1 Grundläggande infallsvinklar

Olika intressen måste i många fall vägas samman när det gäller konkurrensproblem vid offentlig säljverksamhet. Med sistnämnda begrepp avses här och i det följande situationen när offentliga aktörer driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur i samma mening som uttrycket har i 3 § konkurrenslagen. Konfliktlösningsregeln måste således medge att tillbörlig hänsyn kan tas till alla de omständigheter som är beaktansvärda i det enskilda fallet, både de faktorer som talar mot och för ett konkurrenssnedvridande förfarande.

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. Så gäller redan enligt 3 § konkurrenslagen. 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 viktig faktor som bör gälla även här är den gränsdragning som upprätthålls mellan konkurrenslagen och specialregleringar. Vad som är en direkt och avsedd effekt av en sådan reglering eller en ofrånkomlig följd av denna kan inte angripas med stöd av den lagen. På det område där en konfliktlösningsbestämmelse kan tillämpas bör härvidlag gälla detsamma, exempelvis i fråga om regler som innebär att en viss verksamhet ska eller får bedrivas i offentlig regi. Vidare kan det bl.a. finnas regler som anger på vilket sätt denna

verksamhet ska utövas. Ibland kan en specialreglering ha som 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. I andra fall kan det finnas särregler som ska stödja uppkomsten av en effektiv konkurrens.

Inom det offentliga kärnområdet, både i statlig, kommunal och landstingskommunal verksamhet, finns en rad specialregler. Här kan som exempel pekas på att det i postlagstiftningen är intagna speciella föreskrifter till skydd för konkurrensen. Regler av detta slag innebär i princip att själva verksamheten är legitim inom de ramar som reglerna kan lägga fast. En försvarbar verksamhet ska givetvis inte nås av konfliktlösningsregeln. Från detta måste skiljas det förhållandet att den offentlige aktören i den verksamheten tillämpar ett förfarande som är negativt för konkurrensen och som inte är en direkt och avsedd effekt av specialreglering eller en ofrånkomlig följd därav.

Ett exempel på specialreglering är den om allmännyttiga bostadsföretag. De flesta kommuner har egna bostadsföretag som äger och förvaltar lägenheter som hyrs ut för bostadsändamål. I allmänhet drivs de kommunala bostadsföretagen antingen i aktiebolagsform eller som en stiftelse. Vissa kommuner äger och hyr ut bostadslägenheter i egen regi. De kommunala bostadsföretagen omfattas av lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. I den lagen finns bestämmelser om bl.a. att företagen ska drivas utan vinstsyfte och om utdelningsbegränsning. Om det uppstår tvist om hyran för en lägenhet, kan hyresnämnden pröva tvisten. Vid prövning av hyrans storlek gäller bruksvärdessystemet. Systemet innebär att hyran ska fastställas till skäligt belopp. En hyra är därvid inte att anse som skälig om den är påtagligt högre än hyran för lägenheter som med hänsyn till bruksvärdet är likvärdiga. Vid prövningen ska främst beaktas hyran för lägenheter som ägs och förvaltas av kommunala bostadsföretag (se 12 kap. 55 § jordabalken). De kommunala bostadsföretagen är alltså hyresnormerande för hela lägenhetsbeståndet.

Avsikten med den föreslagna konfliktlösningsregeln är självfallet inte att rubba grundvalarna för bruksvärdessystemet. De bestämmelser, bl.a. i 12 kap. jordabalken, som reglerar detta har i egenskap av specialreglering företräde framför de generella reglerna i konkurrenslagen. En hyressättning som är en direkt och avsedd effekt av regleringen i jordabalken kan alltså inte angripas med konkurrenslagen (jfr prop. 1992/93:56, s.70). Därtill kommer att en hyressättning som är ett utflöde av det av statsmakterna valda bruksvärdessystemet, om den i något avseende skulle bedömas vara konkurrensbegränsande, med hänsyn till syftet med hyresregleringen måste anses vara försvarbar från allmän synpunkt och således undantagen från den förbudsregel som nu föreslås.

Utredningen om allmännyttans villkor redovisade i mars 2008 sitt uppdrag genom betänkandet EU, allmännyttan och hyrorna (SOU 2008:38). I betänkandet föreslås bl.a. att de kommunala bostadsföretagens hyresnormerande roll avskaffas och att hyressättningsreglerna ändras.

Motsvarande resonemang som beträffande hyresbostadssektorn kan föras beträffande andra specialreglerade områden såsom t.ex. Apoteket och Systembolaget. Lagbestämmelser som reglerar dessa verksamheter

har företrädare framfört reglerna i konkurrenslagen och det förhållandet att statsmakterna valt att organisera försäljningen på det sätt som skett måste i princip leda till slutsatsen att eventuella konkurrensbegränsningar som den valda regleringen kan ge upphov till får anses vara försvarbara från allmän synpunkt.

Det bör tilläggas att statsmakternas prövning av vissa förfaringsätt inte alltid får formen av en uttrycklig specialreglering. Vissa beteenden kan ha vunnit det allmännas godkännande i annan form, såsom genom uttalanden av riksdagen eller statsmakternas godtagande i annan ordning. En verksamhet som bedrivs i enlighet med av regeringen eller riksdagen fastlagda övergripande mål på exempelvis det kulturpolitiska området är därmed som sådan att anse som försvarbar från allmän synpunkt. Det kan också finnas kopplingar av särskilt slag till en specialreglering. Detta får givetvis uppmärksammas vid prövningen enligt konfliktlösningsregeln.

Konfliktlösningsregeln bör inriktas på konkurrensbegränsande säljbeteenden som bör motverkas. Det finns goda skäl för att göra en sådan reglering framåtriktad, och därmed grundad på vad som konkurrensrättsligt brukar kallas missbruksprincipen. Därvid prövas om ett visst handlande svarar mot kriterier som är uppställda för att tillämpa lagstiftningen. Om så är fallet, åläggs den offentlige aktören att upphöra med detta beteende som beskrivs konkret. Detta skiljer sig från den förbudsprincip som annars gäller enligt 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.

Den mest väsentliga frågan vid en reglering enligt missbruksprincipen blir vad som ska krävas för att ett konkurrenshämmande förfarande av en offentlig aktör ska kunna motverkas. Här är av naturliga skäl de typfall som Konkurrensrådet iakttagit och de principer som man inom rådet har kunnat enas om i sitt betänkande av stort intresse.

Eftersom det rör sig om en konkurrensrättslig fråga står det allmännas intresse av att skydda samhällsekonomin, dvs. medborgarna, och konsumenterna i förgrunden. Det är samma skyddsintressen som konkurrenslagen slår vakt om. Vad som därför är aktuellt är en juridisk-teknisk modell som inom ramen för det konkurrensrättsliga systemet, och för samma ändamål som den lagen, medger att fristående organ gör en objektiv rättslig prövning i fråga om negativa effekter för konkurrensen vilka kan uppstå när offentliga aktörer och privata möts i säljarrollen och kommer i konflikt. Det är således situationen när offentliga aktörer uppträder som producenter eller distributörer av varor eller tjänster på marknaden som nu är aktuell.

En konfliktlösningsregel av det slag som behandlas i det följande torde främst få betydelse för konkurrensförhållanden där framför allt små företag på lokala marknader är berörda.

4.2.2 Effekter för konkurrensen

Förekomsten av, eller fara för, beaktansvärda negativa effekter för konkurrensen bör vara en grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel som medger förbud för en viss offentlig aktör att

fortsätta med ett påtalat beteende. Detta innebär att bestämmelsen inte som enligt äldre konkurrenslagstiftning inriktas på de ekonomiska följderna av ett konkurrenshämmande uppträdande på marknaden. Dessa följder var framförallt negativa effekter på prisbildningen eller på effektiviteten inom näringslivet. I stället bör regeln ta sikte på konkurrenssnedvridningen 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 sådan 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 (jfr SOU 1991:59, s. 427). Skadas konkurrensen, drabbar detta medborgarna och konsumenterna ekonomiskt.

4.2.3 Verksamheter och förfaranden

Konfliktlösningsregeln bör omfatta såväl själva den verksamhet som en offentlig aktör bedriver som ett visst förfarande som ingår i denna verksamhet, förutsatt att verksamheten respektive förfarandet är av ekonomisk eller kommersiell natur. Detta kan exemplifieras med att en säljverksamhet som sköts oklanderligt dock i sig kan sakna legitimitet. Vidare kan det i en legitim säljverksamhet förekomma ett visst förfarande som är snedvridande och bör motverkas. Denna distinktion upprätthålls i det följande. Där båda företeelserna avses sammanfattas de av uttrycket "beteende".

Vid remissbehandlingen år 2002 ansåg några remissinstanser utformningen av konfliktlösningsregeln vara otydlig. Såvitt gäller de enskilda typer av beteenden där konfliktlösningsregeln ska kunna vara tillämplig är det dock svårt att avgränsa dessa. Vidare kan nya situationer uppträda. Enskilda handlingsformer kan dessutom inte generellt stämplas som olämpliga. Andra aspekter av värderande art behöver vägas in i vad som ska vara en samlad bedömning. Problem möter således att uttömmande och tydligt beskriva de konkreta förfaringsätt på vilka en konfliktlösningsregel kan vara tillämplig.

4.2.4 Ett värderande rekvisit av generell karaktär

En ny regel bör ges en generell form när det gäller beteendena, utan anknytning till ett eller flera konkreta sådana av särskilt slag. Vad som alltid utmärker de förfaringsätt som här är aktuella är att de på något sätt hämmar konkurrensen. Samtidigt är det inte möjligt att förhindra allt som är konkurrenshämmande. Avgränsningar som behöver göras för att vissa verksamhetsformer ska ha det skydd mot ingripande som är motiverat från allmän synpunkt får ske genom ett annat rekvisit i den nya

bestämmelsen än genom konkreta beskrivningar av själva de beteenden som ska kunna förbjudas.

Vidare gäller att det finns ytterligare behov av vissa spärrar mot bestämmelsens tillämplighet i det enskilda fallet. Särskilt på det nu aktuella området måste, som nämnts tidigare, uppmärksammas det förhållande som kan råda mellan offentliga aktörers beteenden på marknaden samt skilda specialregleringar. Sådana regleringar kan kräva eller medge att en offentlig aktör förfar på ett visst sätt.

I en ny bestämmelse behövs med hänsyn till dessa aspekter vid sidan av hämmandekriteriet ingå ett värderande rekvisit av generell karaktär, något som konkurrensrättsligt brukar kallas ett kvalitativt kriterium. För att markera att ett i och för sig konkurrensbegränsande beteende också kan ha positiva effekter bör detta värderande rekvisit utformas på så sätt att för- och nackdelar ställs mot varandra. En förutsättning för förbud bör således vara att ett beteende inte är försvarbart från allmän synpunkt.

4.2.5 Offentliga aktörer

Allt företagande – vare sig det rör sig om privata företag eller offentliga aktörers säljverksamhet – står under den kontroll som skapas av konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag respektive mot missbruk av dominerande ställning. Dessa förbud lämpar sig emellertid ofta inte för den typ av konkurrensproblem som uppstår i gränslandet mellan offentlig säljverksamhet samt det privata företagandet. Skälen till detta har beskrivits i avsnitt 4.1. En ny lagregel bör vara uttryckligt inriktad på endast de offentliga aktörerna och deras säljverksamhet, som ofta ligger utanför nämnda förbud i konkurrenslagen.

Kontrollen enligt konkurrenslagen omfattar som har framgått också det allmännas verksamhet, när den faller under företagsbegreppet i den lagen och även övriga förutsättningar i förbuden är uppfyllda.

4.2.6 Konfliktlösningsregelns förhållande till konkurrenslagens förbud och till EG-rätten

En konfliktlösningsregel bör medge att förbud meddelas i det enskilda fallet mot att en offentlig aktör driver en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, eller tillämpar ett visst förfarande i denna, vilket snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. En ytterligare förutsättning för förbud bör också vara att beteendet inte är försvarbart från allmän synpunkt.

Konfliktlösningsregeln ska kunna tillämpas på ett förfarande oavsett om detta är förbjudet eller ej enligt de svenska reglerna i 6 eller 19 § konkurrenslagen eller enligt artikel 81 eller 82 EG-fördraget. Samtidigt bör framhållas att om det på ett mer tidigt stadium står klart att något av förbuden är tillämpligt, ingripande sker med stöd av det generella förbudet.

Fall med samhandelseffekt läggs således inte utanför bestämmelsens räckvidd.

Mot en lagstiftning med sådan innebörd möter inte hinder enligt EG-rätten, och ej heller mot ingripanden med stöd av konfliktlösningsregeln mot vissa förhållningssätt oavsett om dessa är förbjudna enligt artikel 81 eller 82 EG-fördraget eller inte. En annan sak är att svenska rättstillämpande organ inte kan i ett enskilt fall tillämpa nationella regler i fråga om effekter i Sverige av ett konkurrensbegränsande beteende på ett sätt som strider mot den fulla och enhetliga tillämpningen av EG:s konkurrensregler (jfr Ds 1998:72, s. 140). Skulle därför det aktuella förfarandet omfattas av ett av EG föreskrivet gruppundantag, torde hinder kunna möta mot att tillämpa konfliktlösningsregeln. Det är de rättstillämpande organens skyldighet att i så fall uppmärksamma detta och att i dessa fall sätta den svenska bestämmelsen åsido.

Att samhandeln berörs är således inte i sig tillräckligt för att hindra tillämpningen av konfliktlösningsregeln vars användning därför ej är begränsad till förfaranden som är rent lokala eller regionala.

När det gäller förhållandet mellan EG:s konkurrensregler för företagen samt nationell konkurrensrätt har detta fått en författningsmässig reglering genom den förut nämnda EG-förordningen nr 1/2003, som tillämpats från och med den 1 maj 2004. Enligt artikel 3 i denna måste nationella konkurrensmyndigheter och domstolar vilka tillämpar den nationella konkurrensrätten på avtal m.m. som kan påverka samhandeln även tillämpa artikel 81. Tillämpar de den nationella konkurrensrätten på ett sådant missbruk som är förbjudet enligt artikel 82 ska de också tillämpa sistnämnda artikel. 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 fördraget, eller som uppfyller villkoren enligt artikel 81.3 eller som omfattas av en förordning om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget. Ytterligare anges i artikel 3 att medlemsstaterna inte ska vara förhindrade enligt denna förordning 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 EG-förordningen nr 1/2003 får tolkas så att hinder inte möter mot att finna förbudet i 6 § konkurrenslagen tillämpligt på ett avtal m.m. som kan påverka samhandeln och som är förbjudet enligt artikel 81. Emellertid kan den situationen föreligga att det rör sig om ett avtal som kan påverka samhandeln men som inte uppfyller kravet på märkbarhet eller som förs utanför förbudet i artikel 81.1 genom undantaget i artikel 81.3. I detta läge torde artikel 3 kunna utgöra ett EG-rätligt hinder mot att meddela förbud enligt konfliktlösningsregeln. Situationer av detta slag måste uppmärksammas i rättstillämpningen. De torde emellertid bli ovanliga, eftersom det vanligen handlar om 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.

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 kommissionen. Den frågan kan då uppkomma om huruvida förbud enligt konfliktlösningsregeln får meddelas trots detta godkännande. Något hinder möter generellt sett inte mot detta. 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. Skulle i något teoretiskt fall hinder ändå anses möta, måste den förut beskrivna principen om EG-rättens företräde iakttas.

En konfliktlösningsregel av detta slag har inte någon motsvarighet i EG-rätten. Detta är dock inte något skäl mot att införa den i fråga om ett problem som har identifierats på den svenska marknaden. Det saknas vidare utrymme för att konstruera den med EG:s förbudsprincip som förebild. De faktorer som är berörda är nämligen alltför mångskiftande, och av olika valör, för att kunna behandlas inom ramen för ett ständigt gällande, generellt förbud. Vore ett sådant förbud möjligt, torde det dessutom kräva omfattande undantag och därmed bli mycket komplext. 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.

4.2.7 Bestämmelsen bör placeras i konkurrenslagen

Under den tidigare remissbehandlingen har några remissinstanser ansett att den nya bestämmelsen inte bör placeras i konkurrenslagen. Man har därvid anfört att en sådan placering bryter den förbudsprincip som den lagen bygger på. Här kan framhållas att konfliktlösningsregeln utgör 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. Det alternativ som finns där förbudsmetoden är otillräcklig är endast att avstå från att vidta någon ytterligare åtgärd för att skydda medborgarnas och konsumenterna ekonomiska intressen.

Några oklarheter om tolkningen av förbuden i 6 och 19 §§ 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. Dock måste det råda en ordning som förhindrar att dubbla påföljder aktualiseras för ett och samma förfarande. I 30 § andra stycket konkurrenslagen anges att konkurrensskadeavgift inte får påföras för åtgärder som omfattas av ett åläggande som har meddelats vid vite enligt den lagen. Den nämnda

bestämmelsen blir automatiskt tillämplig på ett sådant förbud vid vite som meddelas med stöd av konfliktlösningsregeln.

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.

4.2.8 Föreskrifternas räckvidd i vissa andra avseenden

En konfliktlösningsregel av den berörda arten bör inte förutsätta uppsåt eller oaktsamhet. 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 vare 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.

Bestämmelsen bör vara inriktad på att ett konkret angivet handlingsmönster, eller en närmare beskriven brist på handlande, ska kunna förbjudas. Att en brist på handlande kan betecknas som ett förfarande var godtaget enligt den äldre konkurrenslagen (jfr prop. 1981/82:165, s. 253).

Ett förbud kan också göras villkorat, såsom att det offentliga företaget förbjuds att bedriva 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 iaktas, dvs. förbudet får inte göras mer långtgående än som är nödvändigt för att uppnå konfliktlösningsregelns syfte.

4.2.9 Den nya regelns materiella innehåll

Snedvridande av konkurrensen

Begreppet snedvridande av effektiv konkurrens och hithörande frågor behandlas i författningskommentaren.

Försvarbarhet från allmän synpunkt

Den föreslagna konfliktlösningsregeln medger att en avvägning sker mellan beteendets för- och nackdelar. Vad det rör sig om är en prövning av om den offentlige aktörens i och för sig konkurrensbegränsande beteende är försvarbart från allmän synpunkt. En viktig parameter vid denna bedömning är om beteendet strider mot en lag, en annan

författning eller något annat för den offentlige aktören bindande direktiv. Om så inte är fallet och beteendet tillgodoser andra samhällliga intressen som överväger konkurrensintresset ska förbud inte få meddelas.

Det bör framhållas att konfliktlösningsregeln inte flyttar gränsmärkena mellan dels kommunal kärnverksamhet och sådan kommunal affärsverksamhet som är kompetensenlig, dels det egentliga näringslivets förbehållna område. I stället utgår konfliktlösningsregeln 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 invändningarna 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, ökad stelbenthet och byråkratisering.

De förut nämnda typfallen

De exempel som Konkurrensrådet redovisat i sitt betänkande utgör typfall av konkurrensstörningar där konfliktlösningsregeln kan komma till användning. Dessa illustrerar konkreta situationer där konkurrensproblem uppkommer i mer eller mindre hög grad och där frågan om beteendets försvarbarhet således bör prövas.

Verkligheten är dock mångfasetterad. De aktuella typfallen kan glida samman, och i det enskilda ärendet synes flera av dem kunna vara samtidigt relevanta. Dessutom torde nya kunna uppstå. Såsom schabloner representerande en rad av renodlade situationer framträder de presenterade typfallen ändock som ändamålsenliga. De underlättar att infallsvinklar, som kan ha relevans i det enskilda ärendet, uppmärksammas i de analyser som måste ske i rättstillämpningen. De nämnda typfallen ska dock inte ses som uttömmande. Konfliktlösningsregeln måste kunna möta även oväntade eller nya situationer. I det praktiska livet kan det, som berörts tidigare, förekomma andra sådana beteenden än de utpekade som kan hämma konkurrensen. Även mot dessa kan med stöd av den nya bestämmelsen riktas förbud, om de inte är från allmän synpunkt försvarbara.

Beträffande två av typfallen kan den offentlige aktören uppträda i en annan roll än den som består i att bedriva en ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Konfliktlösningsregeln är avgränsad till sådan verksamhet, och förfaranden i denna. Regeln omfattar i princip inte beteendet att den offentlige aktören stödjer sin egen säljverksamhet ekonomiskt i den ena eller den andra formen. Däremot kan förfaranden som den offentlige aktören tillämpar i denna säljverksamhet komma under prövning. I princip täcker konfliktlösningsregeln inte heller gynnande av egenregiverksamhet i samband med att den offentlige aktören ikläder sig rollen som upphandlare. Som berörts är det således situationen när offentliga aktörer uppträder som producenter eller distributörer av varor eller tjänster på marknaden som nu är aktuell.

Huruvida försvarbarhet föreligger eller inte får prövas i det särskilda fallet. Det kan föreligga sociala eller liknande skäl som med särskild

styrka talar för en viss verksamhet eller ett visst förfarande. Detta behandlas vidare nedan. Beträffande typfallet överskotts försäljning får understrykas att rådets uppmärksamhet har riktats närmast mot en sådan produktion för eget behov som haft en mer permanent överskottskapacitet vilken avyttrats löpande på marknaden eller med någon frekvens. Särskilt har det gällt den kommunala sektorn. Det rör sig således i detta sammanhang givetvis inte om att man exempelvis inom totalförsvaret kasserar materiel och avyttrar det överflödiga, eller drar ned på verksamheter och säljer det som därigenom inte behövs. Något sådant träffas inte av konfliktlösningsregeln. En annan sak är givetvis själva formerna för försäljningen.

I samtliga situationer får skiljas på två frågor. Den ena avser försvarbarheten av en viss säljverksamhet som sådan. Den andra gäller en i sig godtagbar säljverksamhet i vilken det dock förekommer ett visst enskilt förfarande som är konkurrenshämmande och som bör motverkas även om verksamheten som sådan är försvarbar.

Av det anförda framgår som har berörts att man vid prövningen enligt konfliktlösningsregeln har att skilja mellan dels att den offentlige aktören alls bedriver en viss säljverksamhet, dels det sätt på vilken verksamheten bedrivs, dvs. vilka förfaranden som tillämpas i den. Detta bör anges i själva författningstexten.

Prövningen av om ett beteende är försvarbart från allmän synpunkt aktualiseras när i det enskilda fallet har visats att den offentlige aktörens beteende snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden.

Särskilt om beteende som är påbjudet eller medgivet enligt en reglering

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.

Om det är obligatoriskt för den offentlige aktören till följd av föreskrifter i en lag, någon författning i övrigt eller annat för denne bindande direktiv, såsom ett regeringsbeslut som inte gäller normgivning (specialreglering) att själv bedriva verksamheten eller att tillämpa visst förfarande i denna faller detta utanför konfliktlösningsregeln.

Emellertid ska beteendet i så fall vara en direkt och avsedd effekt av specialregleringen eller en ofrånkomlig följd av denna. Det rör sig således i denna specifika situation om en rättslig eller annan förpliktelse för den offentlige aktören att tillämpa beteendet. Motsvarande gäller i anslutning till konkurrenslagen, jfr prop. 1992/93:56 s. 70.

Dock kan ett visst beteende vara obligatoriskt även i en annan mening än den nyss redovisade. Aktören kan exempelvis vara förpliktad att se till att viss säljverksamhet bedrivs utan att ha skyldighet att utöva den själv. Om denne ändå gör det, saknas i princip stöd för att tillämpa den nya bestämmelsen för att förbjuda själva verksamheten som sådan ens när det finns privata företag som kan överta uppgiften. Ett exempel på detta kan vara kommunal sophantering. Motsvarande får anses gälla beträffande en verksamhet som följer uttryckliga författningsregler beträffande hur den ska skötas om den utövas.

Det finns även den situationen att verksamheten i annan form av det allmänna har utpekats som lovlig på ett tydligt sätt som inte ger fog för tillämpning av konfliktlösningsregeln i fråga om att verksamheten alls bedrivs. Beträffande en statlig myndighet eller ett statligt bolag kan det exempelvis vara angivet i regleringsbrev, instruktionen eller annat regeringsbeslut eller i avtal med regeringen att den ska eller får utöva viss närmare beskriven och klart angiven verksamhet. Det kan också vara fråga om ett uppdrag som regeringen har lämnat eller en sådan möjlighet att vidta ett visst beteende som regeringen skapat på annat sätt.

Ett kort och allmänt hållet bemyndigande i en instruktion behöver i det enskilda fallet inte innebära något egentligt eller särskilt ställningstagande till det lämpliga i att denna uppdragsverksamhet alls utövas, sättet på vilket detta sedan sker eller verksamhetens omfattning.

För en kommun kan beteendet vara påbjudet eller medgivet i lag eller annan författning.

Också andra situationer när det gäller skilda former av specialregleringar är möjliga. Den i första hand bärande principen, dvs. huvudregeln, vid prövningen är dock att verksamheter och förfaranden som uttryckligen framtvings eller medges genom en specialreglering i princip får anses försvarbara från allmän synpunkt. I medgivandefallen kan det föreligga speciella omständigheter, beroende på hur medgivandet har utformats m.m.

Statsmakterna har i åtskilliga fall ansett det påkallat att vid sidan av konkurrenslagens förbudsbestämmelser ställa upp speciella skyddsregler intagna i den specifika sektorslagstiftningen, när den offentlige aktören bedriver säljverksamhet. För det mesta har man vidare ansett det finnas behov av en särskild övervakningsmyndighet som besitter speciella kunskaper på ett tekniskt ofta komplicerat område. Detta hindrar inte att konkurrenslagen samtidigt kan vara tillämplig. Därvid utgör också Konkurrensverket tillsynsmyndighet, inom den ram och enligt de förutsättningar som den sistnämnda lagen slår fast. Därmed kan det finnas dubbla skyddsnet för medborgarna och konsumenterna.

De särskilda sektorsreglerna kan gälla bl.a. skyldighet för en aktör med marknadsmakt att tillämpa konkurrensneutrala villkor gentemot köparna. Förpliktelsen kan också avse ett krav på att inte diskriminera vissa köpare gentemot andra. Den kan vidare omfatta ett åliggande för aktören med marknadsmakt, dvs. kraft att i något avseende styra de andra på marknaden, att på skäligen villkor upplåta nödvändiga anläggningar som denne besitter. Det kan även handla om att inte gynna sin egen verksamhet. Regler av detta slag är ofta anpassade till situationen på den aktuella marknaden. Föreskrifterna kan exempelvis slå fast vad som på den marknaden är att anse som en nödvändig nyttighet som måste stå öppen också för andra än innehavaren på rimliga och lika villkor.

Som exempel kan tas postområdet. En tillståndshavare är enligt postlagen (1993:1684) bl.a. skyldig att möjliggöra att försändelser som befordrats av andra tillståndshavare kan nå de anläggningar för postöverlämning till mottagare som tillståndshavaren innehar. Villkoren för detta ska vara skäligen och konkurrensneutrala samt icke-diskriminerande i förhållande till vad tillståndshavaren tillämpar för sin egen verksamhet. Uppkommer tvist om avtal, ska tillståndsmyndigheten

skyndsamt undersöka förhållandena och, om särskilda skäl inte talar för annat, medla mellan parterna.

Här bör framhållas att statsmakterna redan genom att ställa upp skyddsregler av det berörda slaget har visat att de har godtagit att de offentliga aktörerna bedriver säljverksamhet i de nu berörda sektorerna, inom de ramar och på de villkor som regelverken stakar ut. Motsvarande kan gälla för andra sektorer e.d. Det finns därmed ytterligare exempel på fall där statsmakterna får anses ha i särskild ordning prövat och godtagit att den offentlige aktören alls bedriver säljverksamheten.

De konkurrensproblem som finns inom dessa sektorer kan i princip vara omhändertagna genom nämnda regelverk och deras föreskrifter till skydd för konkurrensen. Konfliktlösningsregeln har sin huvudinriktning på de områden inom det aktuella gränslandet där det saknas specifika skyddsregler för konkurrensen.

Själva bedrivandet av en viss verksamhet kan av ovan anförda skäl således vara att se som legitimt. Den tänkta konfliktlösningsregeln kan då inte tillämpas mot själva verksamheten som sådan, eftersom denna får anses försvarbar från allmän synpunkt. Från det nu anförda måste dock skiljas att den offentlige aktören vid utövandet av den försvarbara säljverksamheten tillämpar ett visst konkurrenshämmande förfarande utan att kunna stödja detta på vad som direkt följer av en specialreglering eller som är en ofrånkomlig följd av denna. Exempelvis skulle det kunna röra sig om sådana brister i redovisning eller sådan avsaknad av full kostnadstäckning som inte har stöd av en sådan reglering och som ej kan anses vara något legitimt. Ett förfarande av det slaget saknar i så fall sådan försvarbarhet som kan skydda mot förbud att fortsätta med förfarandet i fråga.

Särskilt om beteende som är otillåtet enligt en reglering

Ett konkurrenshämmande säljbeteende kan i sig sakna försvarbarhet från allmän synpunkt redan genom att strida mot de regler som gäller för den offentlige aktören. Exempelvis kan statliga myndigheter genom viss säljverksamhet överträda vad som är föreskrivet i eller följer av lag eller av annan författning, såsom instruktionen för myndigheten. I fråga om kommuner och landsting står förfarandets förenlighet med kommunallagen i förgrunden. Ett kommunalt organ kan genom själva sin säljverksamhet överskrida kompetensen enligt den lagen. I fråga om kommuner och landsting framgår det tydligt av förarbetena till kommunallagen (prop. 1990/91:117, s. 33) att dessa inte får bedriva verksamhet på det egentliga näringslivets område annat än under mycket speciella förhållanden. Det kan finnas också annan specialreglering som överträds. Överträdelser av detta slag innebär i princip att beteendet saknar försvarbarhet.

I fråga om det kommunala området finns det således en omfattande reglering genom kommunallagen och specialförfattningar om kommuners säljverksamhet. Denna reglering får anses vara så omfattande och heltäckande att den bör kunna läggas till grund för bedömningen av vad som beträffande kommunal säljverksamhet som

sådan är försvarbart från allmän synpunkt. Denna fråga behandlas vidare i författningskommentaren.

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. Rådet pekar på en intern städenhet eller tvätterienhet, som exempel, och på att ledig kapacitet då och då uppkommer inom denna enhet. Privata företag kan uppleva eller misstänka att den offentlige aktören dumpar priserna vid överskotts försäljningen, kanske genom att på sin höjd beakta rent rörliga kostnader och inte kostnader som är gemensamma. Det kan förhålla sig så att överskotten inte bara är av tillfällig karaktär utan att den interna kapaciteten har byggts ut till sådana dimensioner att permanenta överskott uppkommer.

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. Ett landstings tvätteri medgavs att under en övergångsperiod och vid tillfällig överkapacitet i mindre omfattning, ca 1,5 procent av produktionen under den aktuella perioden, få konkurrera på den allmänna marknaden med tvätteritjänster (RÅ 1993 ref 12). En bakgrund var att tvätteriet hade drabbats av en plötslig och påtaglig minskning av efterfrågan. Enligt domskälen föll försäljningen i fråga normalt utanför den kommunala kompetensen, men kunde ändå godtas under en övergångsperiod då det under perioden inte bedömdes möjligt att anpassa volymen på denna kapitalintensiva verksamhet i samma takt som efterfrågan hade minskat. Således utgjorde överskotts försäljningen ett sätt att tillfälligt utnyttja tillgänglig kapacitet under en avvecklingsperiod. Det kan således inte vara frågan om att regelbundet sälja varor och tjänster på den öppna marknaden från ett permanent överskott.

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. 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.

Enligt 14 § marknadsföringslagen (1995:450) får en näringsidkare, vars marknadsföring strider mot god marknadsföringssed eller på något annat sätt är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare, förbjudas att fortsätta med den marknadsföringen. Domstolen tillämpar principen att såsom otillbörliga enligt marknadsföringslagen förbjuda förfaranden som strider mot annan lagstiftning och som används i marknadsföringen. Principen ansågs tidigare gälla t.ex. åsidosättande av skyldighet att överlämna ångerblankett vid hemförsäljning i strid med numera lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal. I den lagen har tagits in en uttrycklig regel om att marknadsföringslagen är tillämplig i ett sådant läge. Principen om lagstridig marknadsföring omfattar även straffsanktionerade regler, både i brottsbalken och i specialstraffrätten, och torde gälla också andra författningar än lagar. Exempel på det anförda i rättspraxis vid tillämpningen av marknadsföringslagen har rört bl.a. föreskrifter i vapenlagen, alkohollagstiftningen och lagstiftningarna rörande livsmedel och läkemedel.

Särskilt om relationen till den kommunala självkostnadsprincipen

Kommunallagen medger att avgifter tas ut baserade på självkostnaden, men inte att kommunen eller landstinget därvid gör tillägg för vinst. Fastän ett tillägg av detta slag därmed i princip strider mot kompetensreglerna i kommunallagen, blir konfliktlösningsregeln i allmänhet inte tillämplig i ett sådant fall. Det måste nämligen antas att tillägget till själva sin natur är ägnat att främja konkurrens på lika villkor. De privata företagen måste ju ta ut en vinst för att det ska finnas företagsekonomiska motiv för att bedriva säljverksamheten. Ett kommunalt vinsttillägg kan i så fall knappast uppfylla hämmanderekvisitet, eftersom detta i stället gör konkurrensvillkoren mer jämbördiga. En annan sak är att detta tillägg kan angripas på kommunalrättslig grund, och därvid i annan ordning.

Om nu i stället exempelvis ett landsting låter bli att ta ut vinst, under åberopande av att det enligt kommunallagen är skyldigt att göra så, uppkommer frågan hur konfliktlösningsregeln ska tillämpas i detta fall. Rådet har om denna situation uttalat, att dess rekommendationer inte

strider mot sådan lagstiftning, eftersom det både inom ramen för den lagstiftningen och rådets riktlinjer kommer att vara möjligt att tillämpa det ekonomiska målet att priserna långsiktigt ska täcka kostnaderna i verksamheten. Också den här aktuella klausulen tar i princip sin grund i ett sådant ställningstagande. Detta innebär att frånvaron av ett vinsttillägg i själva verket är ett exempel på att beteendet är påbjudet enligt en reglering.

Särskilt om situationen när den offentliga säljverksamheten är försvarbar i sig men konkurrens på så lika villkor som möjligt behöver tryggas

Som nämnts förut kan det inom ramen för en säljverksamhet som i sig får bedömas vara försvarbar förekomma speciella förfaranden som hämmar konkurrensen och ej är försvarbara från allmän synpunkt. Konfliktlösningsregeln kan då tillämpas i det enskilda fallet.

Rådet har behandlat läget att en offentlig aktör har en mer eller mindre tydlig ensamställning i ett tidigare led i en produktionskedja samt verkar även i det senare ledet och där i konkurrens med privata företag. Monopolställningen e.d. i det första ledet kan ha sin grund i lagstiftning, men kan även bero på tekniska/ekonomiska skäl. Den offentlige aktören kan i monopolledet ha ensam tillgång till en strategisk nyttighet som är för dyr för någon annan att bygga upp en motsvarighet till. Ofta handlar det om någon form av infrastruktur, såsom spår, ledningar etc. Det kan förhålla sig så att monopolverksamheten i praktiken inte kan utföras av mer än en enda aktör. I det efterföljande ledet kan de privata företagen vara helt beroende av att få tillgång till den nödvändiga facilitet som den offentlige aktören ensam råder över.

Rådet ställer i detta avseende frågan om huruvida en offentlig aktör som har ensamställning i ett led över huvud taget ska tillåtas verka på den konkurrensutsatta marknaden i nästa led. För situationer när detta tillåts har rådet konkreta synpunkter i fråga om bl.a. redovisning och prissättning. Därvid är det bl.a. av intresse hur den monopolskyddade och konkurrensutsatta delen av verksamheten är organiserad, och om det t.ex. går att redovisningsmässigt avskilja de två leden från varandra. Till detta kommer hur prissättningen sker. Bland annat gäller det frågan om huruvida alla kunder i det konkurrensutsatta ledet får köpa tjänster från monopolledet på samma villkor.

En särskild fara för konkurrensstrycket från effektivitetssynpunkt kan följa av en myndighets ställning som offentligt organ med makt och inflytande på marknaden vid sidan av den egna säljverksamheten. Också andra moment kan utan saklig grund ge den offentlige aktören oberättigade fördelar av betydelse i förhållande till de villkor som andra aktörer, särskilt småföretagen, har att arbeta under, utan att den offentlige aktören kan lastas för detta. Som exempel kan tas att tillsyn, kontroller och tillståndsgivning kan ge en myndighet en sådan insyn i de privata företagens affärsförhållanden som gynnar myndigheten i konkurrensen med de privata företagen. Vidare kommer de senare i ett beroendeförhållande till sin offentlige konkurrent. Ytterligare finns den aspekten att den offentlige aktören av köparna kan betraktas som en mer

attraktiv och trovärdig säljare än de privata, på grund av status som myndighet. Det kan även handla om möjligheter till korssubventionering som andra aktörer saknar. Vidare kan tilltron till att man som konkurrent kommer att få en objektiv behandling vid myndighetsutövningen komma att brista, med eller utan fog.

Det är angeläget att i en situationer som de beskrivna undvika konkurrensnedvridningar, exempelvis genom särbehandling. Här har konfliktlösningsregeln en given uppgift.

Vidare kan det i den nämnda modellen uppträda andra sådana negativa effekter för konkurrensen som har redovisats tidigare. De skyddsregler som ställts upp i vissa sektorer av ekonomin får anses vara tydliga exempel på vilka problem som kan behöva motverkas och vilka åtgärder som behöver sättas in. Dessa regler är till sin utformning väl ägnade att tjäna som förebild vid tillämpningen av konfliktlösningsregeln. Exempelvis kan enligt den regeln förbud meddelas mot att bedriva viss säljverksamhet utan att iaktta sådant som de nämnda skyddsföreskrifterna reglerar. Det villkorade förbudet kan avse bl.a. konkurrensneutral behandling av skilda privata företag, tillgång till en viss nödvändig facilitet på skäliga och rättvisa villkor samt icke-diskriminering i förhållande till den offentlige aktörens egen säljverksamhet.

Exempelvis kommunallagen hindrar inte att den konkurrensutsatta verksamheten bedrivs utan full kostnadstäckning. Problem med bristande konkurrensneutralitet kan särskilt uppträda när en offentlig aktör utövar konkurrensutsatt verksamhet utan vinstsyfte. Så kan dock vara påbudet, såsom enligt kommunallagen. Mot denna bakgrund ligger det en särskild betydelse i rådets rekommendationer om hur offentlig konkurrensutsatt verksamhet bör bedrivas för att så konkurrensneutrala villkor som möjligt ska föreligga. Rekommendationerna avser sådan konkurrensutsatt verksamhet som produceras frivilligt. De gäller dock även obligatorisk verksamhet om den konkurrensutsätts. Rekommendationerna är inte tillämpliga om lagstiftning eller ekonomiska förhållanden hindrar möjligheten att följa dem. De rekommendationer som man inom rådet har enats om utgör en god grund för att fylla ut det materiella innehållet i den föreslagna nya bestämmelsen. Det är dock angeläget att kraven inte ställs för höga, och att detaljstyrning undviks.

Den samlade materiella bedömningen

Vid den samlade bedömning som konfliktlösningsregeln innebär måste också uppmärksammas de omständigheter som anförs till stöd för den offentlige aktörens förfarande eller som framträder på annat sätt. Rådets framlagda synpunkter i denna del framstår i princip som tunga. De bör generellt sett vara till god vägledning för rättstillämpningen, utan att binda denna i enskildheter.

Målkonflikter mellan skilda allmänna intressen kan uppstå. Det är därvid påkallat att göra en vägning mellan konkurrensintresset och det intresse som det allmänna har av att bedriva verksamheten på ett visst sätt. Vid en sådan vägning är flera omständigheter av betydelse.

Till en början får uppmärksammas den reella marknadseffekten av det aktuella offentliga säljbeteendet. I många fall torde den konkurrensutsatta verksamhet som en offentlig aktör bedriver vara av marginell omfattning i förhållande till dennes totala verksamhet, samt av mindre betydelse också i ett nationellt perspektiv. På en lokal nivå däremot kan även en verksamhet som är av liten omfattning i förhållande till såväl den offentlige aktörens totala omsättning som till det nationella perspektivet utgöra en stor del av den relevanta marknaden. Den lokala marknadens situation måste uppmärksammas, särskilt i fråga om småföretagen. Eftersom antalet lokala marknader i landet är mycket stort blir de samlade negativa konkurrenseffekterna också mycket stora, sett ur samhällsekonomisk synvinkel.

Inriktningen av konfliktlösningsregeln har 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 förfarande.

Under den tidigare beredningen har Ekonomistyrningsverket uttalat att lagen blir tillämplig också på bolag där staten är huvudägare samt att detta betyder att offentliga bolag kommer att särbehandlas och att högre krav kommer att ställas på dessa än på privata bolag. Riksrevisionsverket har framfört liknande synpunkter, och ansett att samma konkurrensregler bör gälla för offentligt respektive privat ägda bolag.

I industriella eller kommersiella sammanhang kan den offentlige aktören ha att uppträda på samma villkor som de övriga på marknaden. Detta får i rättstillämpningen leda till bedömningen att denne aktör inte är avsedd att träffas av konfliktlösningsregeln, som därigenom inte ställer hårdare krav på de offentliga aktörerna än på de privata företagen.

Vid vägningen måste tas med i bilden den fulla arten och vidden av negativa konkurrenseffekter, för att en jämförelse ska bli rättvisande. Jämförelsen får sedan ske med det intresse som den offentlige aktören åberopar till stöd för sitt förfarande eller som framkommer på annat sätt. Tillämpningen av konfliktlösningsregeln kan i det enskilda fallet exempelvis innebära en avvägning mellan vissa särskilda allmänintressen, å ena sidan, samt etablerings- och utvecklingsmöjligheter för framför allt de små och medelstora företagen, å den andra sidan. Här kan exempelvis väga särskilt tungt att bereda handikappade och arbetslösa sysselsättning, på ett sätt som i det enskilda fallet måste ges förtur framför konkurrensaspekterna. Detta hindrar inte att man här först ska pröva om så kan ske utan att konkurrensen snedvrids.

I fråga om motiven till beteendet får i rättstillämpningen uppmärksammas om dessa 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. Statskontoret har i sin rapport Staten som kommersiell aktör (Statskontoret 2000:16) uttalat bl.a. att det påfallande ofta saknas ett externt motiv till varför myndigheten alls ska bedriva

kommersiell verksamhet. Även om en sådan verksamhet inte strider mot regler som gäller för myndigheten, finns det problem när det inte genom särreglering är fastslaget vad som omfattas av begreppet uppdragsverksamhet som förekommer i myndighetsinstruktioner. Budgetreformer med införande av utgiftstak och budgetsanering ger enligt Statskontoret myndigheter drivkrafter att utöka sin avgiftsfinansierade kommersiella verksamhet för att öka sina intäkter. I många fall är det enligt Statskontoret myndighetens rent interna motiv som styr.

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.

Hur den slutliga avvägningen bör utfalla går det givetvis inte att ge specifika anvisningar för i lagstiftningstermer. Det är dock möjligt att peka ut beaktansvärda faktorer som ska uppmärksammas i rättstillämpningen.

Konkurrensintresset kan naturligtvis inte alltid gå först. Man måste ju kunna tillgodose vad som i ett enskilt fall kan vara det allmännas befogade och övergripande intresse av en annan art. Avgörande vid prövningen bör dock vara långsiktiga verkningar, och inte vad som sker på kort sikt. Skadas konkurrensen, måste de skäl som åberopas för att låta detta fortgå ha en verklig tyngd och vara av en klart angelägen karaktär, sett från allmän synpunkt. Ju större skadorna för konkurrensen är, desto större styrka bör krävas i fråga om de nämnda skälen.

4.2.10 Organisation, tillsyn och beslutande organ

Förslag: Stockholms tingsrätt ska på talan av Konkurrensverket kunna meddela förbud enligt konfliktlösningsregeln. Om verket för ett visst fall beslutar att inte väcka en sådan talan, får talan väckas av ett företag som berörs av verksamheten eller förfarandet i denna.

Skälen för förslaget: En huvudfråga är vem som ska ges befogenhet att meddela förbud enligt konfliktlösningsregeln.

Konkurrensverket får i dagens läge ålägga företag att upphöra med överträdelse av förbuden i 6 respektive 19 § konkurrenslagen. Denna situation skiljer sig dock från den nu aktuella genom att de två 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 gentemot en enskild genom ett särskilt beslut, och då bara mot den som utpekats i beslutet. Därvid ska klausulen tillämpas i ett sådant gränsland 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 av ett från Konkurrensverket fristående organ som utgör domstol.

En remissinstans har under den tidigare beredningen anfört att förekomsten av dubbla besvärsvägar inte är tilltalande eller ändamålsenlig, samt anser att prövningen – både vad avser förbud och vite – ska ske i den allmänna förvaltningsdomstol inom vars domkrets berört offentligt företag är beläget. Det rör sig emellertid inte om dubbla besvärsvägar i den mening som kan uppfattas vara avsedd. Det är ytterst Regeringsrättens uppgift att slå fast vad som är gällande rätt på det kommunala området vilket 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. Nämnad regel innehåller vidare element som inte kommer under förvaltningsdomstolarnas prövning. Därtill kommer att den materiella prövningen enligt konfliktlösningsbestämmelsen i betydande avseenden skiljer sig från vad som är en uppgift för förvaltningsdomstolarna. I dessa avseenden är däremot Stockholms tingsrätt och, efter överklagande, Marknadsdomstolen det naturliga valet.

Den ytterligare frågan är om det är motiverat med ett flerstanssystem. Vägande argument för ett sådant system finns när det gäller bakåtriktade sanktioner, dvs. när förbudsprincipen tillämpas. I fall av den arten, liksom när det gäller prövningen av företagskoncentrationer, talar tunga skäl för att dessa mål ska prövas av två instanser, som principiellt bör vara domstolar, jfr prop. 1997/98:130 s. 51 f. samt 1998/99:144 s. 74. Den nu föreslagna bestämmelsen är sanktionerad endast i fråga om ett framtida handlande. Trots det får det anses påkallat att även hithörande mål prövas i två instanser. En sådan ordning stämmer också systematiskt överens med vad som gäller i övrigt enligt KL. För mål av ifrågavarande slag bör, som i övrigt enligt det förslag till ny konkurrenslag som regeringen lagt fram, överklagande till Marknadsdomstolen omfattas av systemet med prövningstillstånd (jfr prop. 2007/08:135, s. 90–97).

Konkurrensverket bör ha uppgiften att väcka talan i Stockholms tingsrätt och att utöva tillsynen också i övrigt. Trots att det är frågan 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 talerätt bör därför, efter förebild från 23 § andra stycket konkurrenslagen, föreskrivas även för ett företag som berörs av saken. En förutsättning för den talerätten bör vara att Konkurrensverket beslutat att inte väcka talan om förbud (s.k. särskild talerätt). Av 3 § andra stycket konkurrenslagen följer att den särskilda talerätten också kan tillkomma en sammanslutning av företag.

5 Teknisk utformning i övrigt

5.1 De rättssubjekt som konfliktlösningsregeln vänder sig till

Förslag: De rättssubjekt som är aktuella är staten, en kommun eller ett landsting i fråga om en verksamhet eller ett förfarande som omfattas av 3 § första eller andra stycket. Också en verksamhet eller ett förfarande i en annan juridisk person omfattas, 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.

Skälen för förslaget: Konfliktlösningsregeln bör vara direkt inriktad på staten, en kommun eller ett landsting i den mån någon av dem driver en verksamhet eller tillämpar ett förfarande som omfattas av 3 § första stycket konkurrenslagen. Det ska alltså röra sig om verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.

I kommissionens direktiv 2006/111/EG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet anges i artikel 2 b att med offentliga företag avses varje företag, över vilka de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt kan utöva ett dominerande inflytande till följd av ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler. I artikeln förklaras att ett dominerande inflytande ska anses föreligga, när de offentliga myndigheterna direkt eller indirekt äger majoriteten av företagets tecknade egenkapital, kontrollerar majoriteten av röstetalet för bolagets samtliga aktier, eller har rätt att utse fler än hälften av medlemmarna i företagets administrativa eller verkställande ledning eller dess styrelse.

Konfliktlösningsregeln bör i likhet med EG-rätten omfatta även en annan juridisk person om staten, en kommun eller ett landsting har ett dominerande inflytande över denne. Genom inflytandet behärskar ju den offentlige aktören det nu nämnda rättssubjektet. Vid säljverksamhet som den sistnämnde bedriver kan det givetvis uppkomma motsvarande konkurrensproblem som i en säljverksamhet som denne aktör själv utövar.

När det gäller de faktorer som skapar ett sådant inflytande bör bestämmelsen utformas i anslutning till EG-rätten. Det bör därvid anges att inflytandet finns genom ägarskap, finansiell medverkan eller gällande regler. Också begreppet "dominerande inflytande" får naturligen tolkas med ledning av EG-rätten. Härutöver bör anges att inflytandet finns på annat sätt.

5.2 Förbud tills vidare

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

Skälen för förslaget: Genom förslaget ges Stockholms tingsrätt en befogenhet att ingripa mot 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 23 § konkurrenslagen ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och mot missbruk av dominerande ställning i 6 och 19 §§ 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 annan. Om det finns särskilda skäl för det, får enligt 25 § 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 skäl 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.

5.3 Vite

Förslag: Ett förbud meddelat med stöd av konfliktlösningsregeln ska få förenas med vite.

Skälen för förslaget: För ålägganden som meddelas ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och mot missbruk av dominerande ställning (6 och 19 §§ konkurrenslagen respektive artikel 81 och 82 i EG-fördraget) finns i dag en möjlighet att förena beslutet med vite enligt 57 § samma lag. Ett offentligt företag kan således redan i dag föreläggas vite med stöd av nämnda bestämmelse. Det föreligger 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.

5.4 Skadestånd

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

Skälen för förslaget: Enligt 33 § konkurrenslagen gäller att om ett företag uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 eller 19 § företaget ska 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 33 §.

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. Om det i den praktiska tillämpningen visar sig att en sådan regel behövs får frågan övervägas på nytt.

5.5 Omprövning

Förslag: Har Stockholms tingsrätt eller Marknadsdomstolen prövat en fråga om förbud enligt konfliktlösningsregeln, ska frågan kunna omprövas av tingsrätten om det finns något särskilt skäl för det.

Skälen för förslaget: Konkurrenslagen innehåller regler om omprövning beträffande förbud och ålägganden rörande företagskoncentrationer.

Överväganden i fråga om omprövning måste 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.

På närliggande områden finns dock uttryckliga omprövningsregler. Den speciella karaktär som den tänkta konfliktlösningsregeln ges gör det önskvärt att det finns klara föreskrifter om vad som gäller för omprövning av beslut enligt bestämmelsen. Det blir genom detta tydligt för marknadens aktörer vilka handlingsmöjligheter och spelregler som finns. Omständigheterna på marknaden kan snabbt förändras. Fastän konkurrenslagen saknar omprövningsbestämmelser vid sidan av reglerna om prövning av företagsförvärv och andra företagskoncentrationer, finns det tillräckligt starka skäl för att i den lagen införa särskilda regler om omprövning i fråga om den nya bestämmelsen

De fall som kan vara aktuella för omprövning är bl.a. när ett nytt läge uppstått på den marknad som berörs, vilket kan föranleda att ett tidigare meddelat beslut behöver ändras. Ett annat fall där omprövning kan bli aktuell är om oriktiga uppgifter lämnats vid den föregående prövningen.

Reglerna om omprövning innebär att domstolens dom inte får s.k. negativ rättskraft. En omprövning kan leda till att det tidigare avgörandet mildras eller skärps i förhållande till det offentliga företaget.

För att en omprövning ska få ske bör det föreligga något särskilt skäl. Det bör vara fråga om att de omständigheter som låg till grund för det första avgörandet förändrats i något väsentligt avseende, eller att det föreligger något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

6 Konsekvensbeskrivning

Systemet för tvistlösning 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 4.2.2 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 (jfr SOU 1991:59, s. 427). 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.

Särskilt de små och medelstora företagen kommer att stärkas av det större skydd som en konfliktlösningsregel 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.

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 kompetensenlig krävs såväl konkurrenssnedvridning som att försvarbarhet saknas.

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 konkurrenssnedvridande på ett skadligt sätt. Även så ger förslaget vissa tillkommande arbetsuppgifter för verket, liksom för Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen.

Länsstyrelserna har enligt 4 § konkurrensförordningen (1993:173) 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.

7 Författningskommentar

7.1 Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen (2008:000)

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 snedvrída, 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.

Första stycket

De 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 3 § första stycket i den nuvarande konkurrenslagen. Detta innebär att verksamheten måste täckas av begreppet "företag" i 3 §. Med det begreppet avses i 3 § 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 (prop. 1992/93:56 s. 66) till konkurrenslagen (1993:20) 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 3 § framgår att verksamhet som består av myndighetsutövning inte omfattas av begreppet företag. En offentlig aktör omfattas således inte av 3 § till den

del denne bedriver myndighetsutövning. Därmed saknas en förutsättning för att tillämpa konfliktlösningsbestämmelsen.

Av första stycket följer vidare att det vid sidan av ett förbud mot själva verksamheten som sådan också kan komma i fråga att meddela ett förbud mot att *i denna tillämpa ett visst förfarande*.

Med begreppet *förfarande* avses såväl ett faktiskt handlande som en underlåtenhet att vidta en viss åtgärd. I avsnitt 4.2.8 ges det exempel på förfaranden som är aktuella.

Paragrafen är uppbyggd av två element. Det som får prövas först är frågan om huruvida det aktuella beteendet snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Det andra elementet är att det ska prövas om beteendet, trots detta hämmande av konkurrensen, är försvarbart från allmän synpunkt.

I första stycket 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. En av flera utgångspunkter kan vara att privata företag finns på marknaden men inte kan eller har svårt att arbeta inom ramen för vad som är ekonomiskt rimligt när den offentlige aktören sätter sina priser under självkostnadsnivå, korssubventionerar e.d. Här kan det vara så att själva det förhållandet att den offentlige aktören inte tillämpar de principer Konkurrensrådet tagit fram i sina rekommendationer, vägt mot omständigheterna i övrigt i det enskilda fallet, får anses berättiga till slutsatsen att beteendet måste antas hämma konkurrensen i paragrafens mening.

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 beteende.

I de fall som avses i första stycket kan det röra sig om såväl att det offentliga företaget bedriver en icke försvarbar verksamhet som att det i en godtagbar sådan verksamhet förekommer ett konkurrenshämmande förfarande.

Bestämmelsen träffar såväl beteenden som hämmar konkurrensförhållandet mellan privata företag som hämmanden i förhållandet mellan det offentliga företaget och privata sådana. Ett exempel på det första kan vara att den offentlige aktören behandlar vissa företag sämre än andra, utan objektiv grund.

Varje avvikelse från den effektiva konkurrensen omfattas inte av första stycket. I begreppet *snedvrida* ingår att beteendet håller tillbaka, dvs. hejdar eller dämpar, konkurrenstryckets styrka. Det ligger därvid i sakens natur att de konkurrensförsvagande effekterna ska vara av viss 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 beteendet 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. Betydelse vid bedömningen har också frågan om det finns produkter som inte är utbytbara men som snabbt kan förändras så att de kommer att tillhöra samma produktmarknad.

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 erbjuder 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 6 § förbjuds vissa avtal mellan företag. Något sådant avtalsrekvisit är inte uppställt i konfliktlösningsbestämmelsen. Den sistnämnda bestämmelsen riktar sig i stället mot varje offentlig aktör som agerar på ett konkurrenshämmande sätt. Detta gäller oavsett om företaget 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 19 §.

Om ett förbud övervägs mot ett visst förfarande kan det aktuella förfarandet redan ha tillämpats men ha upphört, respektive pågå eller vara endast planerat. I alla dessa fall kan det röra sig om såväl själva bedrivandet av en viss säljverksamhet, vars försvarbarhet har ifrågasatts, som ett visst förfarande vid utövandet av en sådan verksamhet som framstår som försvarbar i sig.

Ett förbud bör inte förutsätta att förfarandet redan har förekommit. Det vore nämligen en praktiskt sett olämplig ordning att dra en juridisk gräns som gjorde det rättsligt betydelsefullt huruvida samma förfarande förekommit tidigare. Problem med att avgöra huruvida omständigheterna var identiska kunde uppkomma. En sådan avgränsning har därför inte gjorts. Samtidigt måste det självfallet finnas saklig grund för att meddela ett förbud mot ett förfarande som ännu inte har vidtagits. Därför måste det i den nu diskuterade situationen krävas en tillräcklig grad av sannolikhet för att konfliktlösningsregeln bör tillämpas i syfte att motverka vad som är en fara för att förfarandet vidtas.

För att ett förbud ska kunna verkställas måste det vara preciserat till en viss verksamhet eller ett visst förfarande som bedrivs av staten, kommunen eller landstinget. I 28 § anges att ett förbud får utsträckas till att omfatta en verksamhet eller ett förfarande som väsentligen överensstämmer med det som har förbjudits.

Det får enligt vanliga principer anses vara Konkurrensverket som bär bevisbördan för att förfarandet snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا konkurrensen.

Som framhållits i avsnitt 4.2.7 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 iaktas, 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 skäliga och rättvisa villkor samt icke-diskriminering i förhållande till den offentlige aktörens egen säljverksamhet.

Andra stycket

Enligt föreskrifterna i andra stycket ska vid prövning av frågan om försvarbarhet från allmän synpunkt särskilt beaktas om verksamheten eller förfarandet 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 eller instruktionen för en myndighet. Med uttrycket "något annat för staten, en kommun eller ett landsting bindande direktiv" avses t.ex. ett regeringsbeslut utan samband med normgivning, samt en bolagsordning eller annat bindande ägardirektiv för en sådan juridisk person som avses i tredje stycket. Den principiella utgångspunkten för dessa föreskrifter i det andra stycket är att ett sådant beteende, dvs. verksamhet eller förfarande, saknar försvarbarhet från allmän synpunkt.

Ett beteende kan vidare sakna försvarbarhet på någon annan grund vilket huvudsakligen täcker in situationen att beteendet inte tillgodoser andra samhällsintressen som överväger konkurrensintresset. Denna bedömningsgrund täcker när det gäller staten både en verksamhet och ett förfarande i denna.

Såsom framhållits i den allmänna motiveringen (avsnitt 4.2.8) bedöms ifråga om det kommunala området att den omfattande reglering genom kommunallagen och specialförfattningar som finns för kommunernas säljverksamhet som sådan i princip är uttömmande. Det särskilda försvarbarhetskriteriet som uppställs i andra stycket vid sidan av vad som är författningsstridigt bedöms därmed inte få någon uttalad betydelse såvitt avser själva den kommunala försäljningsverksamheten. Därför, och för att skapa tillräcklig tydlighet i fråga om räckvidden av försvarbarhetskriteriet när det gäller just sådan verksamhet, är tillämpningsområdet begränsat till konkurrenshämmande förfaranden. Själva driften av säljverksamheten berörs därmed inte. Exempel på förfaranden kan vara brister i fråga om kostnadstäckning eller konkurrensneutralitet. I fråga om statlig säljverksamhet saknas ett uttömmande regelverk. Någon motsvarande begränsning har därför inte gjorts för den statliga sektorn.

Som framgår ovan har Konkurrensverket bevisbördan för att ett beteende snedvrider eller är ägnat att snedvrیدا konkurrensen. Motsvarande gäller i princip i fråga om begreppet försvarbart från allmän

synpunkt. Självfallet måste det dock ankomma på svaranden att lägga fram de skäl och närmare omständigheter som denne har eller kan skaffa sig kännedom om och som kan anföras till stöd för förfarandet. Därefter ankommer det dock i princip på sökanden att vederlägga detta.

Tredje stycket

Här anges att första stycket även gäller en verksamhet eller ett förfarande 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*.

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.

Stockholms tingsrätt kan enligt paragrafens *första stycke* utvidga ett förbud mot att tillämpa en viss angiven verksamhet eller ett visst angivet förfarande till att omfatta även beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna. 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 beslutet gäller omedelbart. Domstolen kan dock förordna om annat.

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

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

Bestämmelsen 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 det offentliga företaget 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.

Någon regel om att domstolen ska vara skyldig att kommunicera handlingarna i saken med det företag som är adressat för ett interimistiskt beslut innan ett sådant beslut fattas har inte föreskrivits här. Det följer dock av allmänna principer att den mot vilket ett betungande beslut riktar sig bör ges tillfälle att yttra sig när så kan ske utan en påtaglig olägenhet. I vissa fall kan det dock finnas en utpräglad risk för att ett åläggande mot ett konstaterat och allvarligt beteende avsevärt förlorar i betydelse om beslutet dröjer, eller för att verkan av ett åläggande omintetgörs genom någon åtgärd från företagets sida. Någon regel om obligatorisk partskommunikation har därför inte införts. Motsvarande synsätt redovisas i förarbetena till konkurrenslagen (1993:20), prop. 1997/98:130 s. 37.

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.

Omprövning får ske under de förutsättningar som anges i bestämmelsen oavsett om den tidigare prövningen inneburit bifall eller ogillande av en talan om förbud. För att ett nytt beslut ska få meddelas i en tidigare meddelad fråga fordras alltså särskilda skäl. Det ska vara fråga om mer klara fall. Det är dock svårt att dra någon tydlig gräns mellan de två omprövningssituationer som anges i bestämmelsen.

I första situationen handlar det om ändrade förhållanden där det gäller ett väsentlighetskrav. Exempelvis kan förändringar i omständigheterna ge anledning att utvidga eller begränsa ett förbud eller att villkora förbudet på ett annorlunda sätt. Oriktiga uppgifter kan ha lämnats vid den föregående prövningen, eller så kan det offentliga företaget efter förbudet ha ändrat sitt beteende på ett sådant sätt att en omprövning bör tillåtas. Det kan också röra sig om att ett tidigare prövat beteende bör bedömas på annat sätt i ljuset av nya omständigheter eller av faktorer som inte varit kända vid det tidigare avgörandet men som förelåg redan då.

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.

Självfallet måste därutöver vid omprövningen noga vägas beaktansvärda intressen som kan stå emot varandra.

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.

Talan om förbud eller omprövning enligt *första stycket* väcks av Konkurrensverket.

Av 62 § 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 4.2.9.

Även en offentlig aktör som har meddelats förbud enligt 29 § får enligt *tredje stycket* väcka talan om omprövning.

6 kap.

1 § 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.

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.

Ändringen innebär att även ett förbud enligt 3 kap. 27 eller 29 § 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. 29 § 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 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.

Paragrafen motsvarar, såvitt här är relevant, 64 § i nu gällande KL.

Ändringen innebär att reglerna för indispositiva tvistemål ska gälla för domstolarnas handläggning vid prövning av frågor som avses i 3 kap. 27 §. Motiveringen till detta är den följande.

Rättegångsbestämmelserna i konkurrenslagen är så utformade att beträffande rättegången i frågor som avses i 23 § andra stycket och 63 § första stycket 1–3 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 överträdelser. Vidare gäller det konkurrensskadeavgift, kvarstad och förbud mot en viss företagskoncentration. Denna kategori ska således behandlas enligt nämnda föreskrifter i rättegångsbalken. Detta innebär bl.a. att saken anhängiggörs genom att talan väcks.

Beträffande handläggningen av frågor som avses i 60 § första stycket samt 63 § första stycket 4–6 tillämpas lagen (1996:242) om domstolsärenden. Hit hör bl.a. åläggande som Konkurrensverket har meddelat att upphöra med överträdelser av förbuden samt beslut om undersökningar enligt 47 och 48 §§, liksom prövning enligt 54 § av om en handling är skyddad mot undersökning. Denna kategori behandlas alltså enligt reglerna i ärendelagen. Detta innebär att talan inte väcks utan att ärendet inleds genom bl.a. 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 framåtriktade förbud i den först nämnda kategorin som omfattas av rättegångsbalkens regler om indispositiva tvistemål. 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.

8 kap.

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 31 § andra stycket samt 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. Detsamma gäller för Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen i ett mål som avses i 3 kap. 31 § andra stycket.

Ändringen 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 2000:17)

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

kompetensenligheten 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 marknadlika 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. Konkurrensen kan också snedvridas genom gällande lagstiftning. Ett exempel är moms­lagstiftningen, 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 offentlige 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, arkitekttjänster, tryckeritjänster, kaféverksamhet eller

fastighetsskötsel. När kommuner bedriver denna typ av verksamhet torde det dessutom ofta vara frågan om överträdelser 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, tvätterverksamhet, 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

Åtgärder för att åstadkomma mer rättvis konkurrens

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 klagörande 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 självkostnadskalkyl. 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 Bilaga 1
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 konkurrensnedvridande 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 perspektivt 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 konfliktlösningsregler, 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

¹ Tidigare 4 § upphävd genom 2000:88.

förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Bilaga 3

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 förfarandet. Bilaga 3

Talan om omprövning av ett meddelat förbud får också väckas av det offentliga företaget 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. Bilaga 3

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

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

3 §
Marknadsdomstolen består av en
ordförande, en vice ordförande
samt sex särskilda ledamöter.

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.

4 §
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.

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.