

Innehåll

Sammanfattning	7
1 Författningsförslag.....	11
1.1 Förslag till förordning om ändring i förordningen (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket.....	11
1.2 Förslag till lag om ändring i konkurrenslagen (1993:20).....	13
1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.	19
2 Ärendet och dess beredning.....	21
3 Ett system för konfliktlösning.....	25
4 Huvudelement i en konfliktlösningsregel m.m.	29
4.1 Grundläggande infallsvinklar	29
4.2 Rådets iakttagelser, analyser och bedömningar i översikt	30
4.2.1 De typiserade fallen	30
4.2.2 Vissa distinktioner	31
4.2.3 Den offentliga sektorns traditionella område.....	32
4.2.4 Den traditionella näringslivssektorn.....	33

4.2.5	Spelregler när offentlig säljverksamhet kan godtas.....	34
4.3	Konfliktlösningsregelns utformning i stort.....	35
4.3.1	Primära förutsättningar.....	35
4.3.2	Vissa avgränsningar.....	36
4.4	Den tänkta nya regelns materiella innehåll.....	41
4.4.1	Hämmande av konkurrensen.....	41
4.4.2	Skadligt från allmän synpunkt	41
4.4.2.1	De förut nämnda typfallen.....	41
4.4.2.2	En ytterligare indelning.....	42
4.4.2.3	En inledande klassificering.....	43
4.4.2.4	Förfarandet är påbjudet eller medgivet enligt särreglering (situation 1).....	44
4.4.2.5	Förfarandet är otillåtet enligt en särreglering (situation 2).....	48
4.4.2.6	Särreglering saknas för en säljverksamhet som bedrivs på den offentliga sektorns traditionella område (situation 3).....	51
4.4.2.7	Särreglering saknas för en säljverksamhet som bedrivs i den traditionella näringslivssektorn (situation 4).....	52
4.4.2.8	Den offentliga säljverksamhet är legitim men konkurrens på så lika villkor som möjligt behöver tryggas (situation 5).....	55
4.4.2.9	Den samlade materiella bedömningen.....	57
4.5	Organisation, tillsyn och beslutande organ	59
5	Teknisk utformning i övrigt	65
5.1	Begreppet offentligt företag	65
5.2	Förhållandet mellan de generella förbudsbestämmelserna och en konfliktlösningsregel.....	66
5.3	Interimistiskt förbud	66

5.4	Vite	67
5.5	Skadestånd	67
5.6	Omprövning	68
6	Konsekvensbeskrivning	71
7	Författningskommentar	73
7.1	Förslaget till förordning om ändring i förordningen (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket.....	73
7.2	Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen (1993:20).....	74
7.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.	88

Sammanfattning

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 konkurrenssnedvridande 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 pröv-

ning 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 konfliktlösningsregeln
- 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 konfliktlösningregel av detta slag torde främst få betydelse för konkurrensförhållanden där framför allt små företag på lokala marknader är berörda.

Konkurrensverket och Marknadsdomstolen föreslås få till uppgift att tillämpa konfliktlösningsregeln.

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

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till förordning om ändring i förordningen (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket

Härigenom föreskrivs i fråga om förordningen (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket att det i förordningen skall införas två nya paragrafer, 12 a och 12 b §§, samt närmast före 12 a § en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

Rådet för konkurrens på lika villkor

12 a §

Till Konkurrensverket är knutet ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor. Rådet har till uppgift att vara ett forum för att diskutera långsiktiga åtgärder som främjar en utveckling vilken leder till minskade konkurrenskonflikter mellan den offentliga och den privata sektorn. Därvid skall rådet yttra sig i policyfrågor. Vidare ingår väg-

Rådet skall inom sitt verksamhetsområde i förhållande till Konkurrensverket

1. tillföra kunskaper om de villkor under vilka offentliga och privata företag verkar,

2. ge sin syn på principiella och praktiska frågor av betydelse,

3. yttra sig om informationsfrågor,

4. följa upp och analysera utvecklingen på området och

5. initiera förslag om angelägna forsknings- eller utredningsprojekt.

12 b §

Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor består av generaldirektören för Konkurrensverket, vilken är ordförande, samt vardera fyra ledamöter som representerar offentlig respektive privat sektor.

Andra ledamöter än ordföranden utses av regeringen för bestämd tid.

1.2 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 konkurrens-
hämmande förfarande*

32 a §

Marknadsdomstolen får förbjuda ett offentligt företag att tillämpa ett visst förfarande av

¹ Tidigare 4 § upphävd genom 2000:88.

ekonomisk eller kommersiell natur vilket på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt

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

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

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.

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

33 §

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

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.

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

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.

64 §

Om något annat inte följer av denna lag tillämpas,

- | | |
|--|--|
| <p>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</p> | <p>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</p> |
|--|--|

- | | |
|---|--|
| <p>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.</p> | |
|---|--|

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

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

69 §

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

Vid gemensam handläggning i Marknadsdomstolen av mål som avses i 23 § andra stycket och ärende enligt denna lag,

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

skall reglerna för tingsrätt
tillämpas. I andra fall tillämpas
reglerna för hovrätt.

denna lag, skall reglerna för
tingsrätt tillämpas. I andra fall
tillämpas reglerna för hovrätt.

1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

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

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 §

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

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

4 §

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

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

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

2 Ärendet och dess beredning

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 (dir. 1997:145) 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.

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).

Genom tilläggsdirektiv (dir. 2000:83) har rådets arbete förlängts till utgången av år 2001. Rådet skall därvid förutom att behandla enskilda klagomål utveckla och informera om tillämpningen av de riktlinjer som rådet har enats om.

Riksdagen fattade hösten 2000 beslut om riktlinjer för konkurrenspolitiken (prop. 1999/2000:140, bet. 2000/01:NU4, rskr. 2000/01:16). Däri ingår bl.a. att när offentliga aktörer agerar på konkurrensmarknader detta inte får ske på ett sådant sätt att det privata företagandet hämmas, och vidare att myndighetsuppgifter skall hållas isär från kommersiell verksamhet. I propositionen finns ett avsnitt (7.4.5) om konkurrensproblem i gränslandet mellan offentlig och privat sektor. Regeringen anmäler där att frågan om lagstiftning av innebörd att konkurrenssnedvridande effekter av offentlig näringsverksamhet skall kunna bli föremål för rättslig prövning bereds inom Regeringskansliet och att ett

mer detaljerat underlag för ställningstagande i denna fråga skall presenteras i en departementspromemoria. I de nämnda tilläggsdirektiven anges motsvarande och att regeringen avser att efter remissbehandling av promemorian och Konkurrensrådets rapport ta ställning till vilka åtgärder som bör vidtas på längre sikt. Det gäller såväl frågan om huruvida lagstiftning bör införas som frågan om rådets framtid.

Lagstiftningsfrågan behandlas i avsnitt 9 i rådets betänkande. Därav framgår att behovet av lagstiftning ingående har diskuterats inom ramen för rådets verksamhet. Företrädarna för Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet har den grundläggande uppfattningen att de aktuella konkurrensproblemen bäst löses på frivillig väg. Dessa företrädare har också framhållit att om lagändringar genomförs detta i så fall enbart bör ske inom ramen för konkurrenslagstiftningen. Företrädarna för näringslivet har å sin sida den grundläggande uppfattningen att det behövs ändringar både i nämnda lagstiftning och i kommunallagen (1991:900), KomL. Rådet har framhållit att det därför inte är möjligt att finna en lösning som i sin helhet tillgodoser alla krav och önskemål.

Samtidigt framhålls av rådet att diskussionerna har förts i en konstruktiv anda och att parterna fått en ökad förståelse för varandras argument. Rådet tillägger att den uppfattningen har framförts av företrädare för förbunden att om lagändringar skall genomföras det bör ske inom ramen för konkurrenslagstiftningen. Därför skulle enligt rådet en lösning kunna bestå i att det i konkurrenslagen (1993:30), KL, 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.

Mot den nu angivna bakgrunden presenteras i denna inom Näringsdepartementet framtagna promemoria ett förslag till

lagteknisk lösning. Promemorian tar också upp frågan om myndighetsorganisationen på området.

Syftet är att regeringen efter remissbehandling av denna promemoria skall under år 2001 ta ställning till lagstiftnings- och organisationsfrågorna.

3 Ett system för konfliktlösning

Verksamheten inom ramen för Konkurrensrådet har visat sig ändamålsenlig. Rådet har funnit lämpliga former för sitt arbete, och har genom sin rapport lagt en god grund för lösning av en sedan länge diskuterad fråga.

Vad som tydligt framträder i rapporten när det gäller konkurrensproblem vid offentlig säljverksamhet är att i många fall olika intressen måste vägas samman. När det gäller sätten att komma till rätta med konkurrensproblem kan flera alternativa vägar stå till buds. I sådana fall kan det komma att behövas breda diskussioner och fördjupade analyser för att klara upp principiella eller praktiska frågor. I grunden handlar det om att finna lämpliga modeller för lösningar av uppkomna konflikter.

Därför är det värdefullt att diskussionerna i rådet har kunnat föras i konstruktiv anda och att parterna har fått en ökad förståelse för varandras problem. Att konfliktfrågor om möjligt skall klaras av genom att man finner en lämplig lösning bör vara huvudspåret även om lagbestämmelser införs i systemet för konfliktlösning. Ytterst kan det i det enskilda fallet vara rimligt att ett fristående organ kan göra en objektiv prövning av principiella eller praktiska frågor och tar slutlig ställning till ett visst förfarande. En rättslig grund för detta måste leda till välavvägda bedömningar och medge tillbörlig hänsyn till alla de omständigheter som är beaktansvärda.

Systemet måste ge utrymme för att det skapas så väl underbyggda konfliktlösningar som möjligt. De kunskaper och erfarenheter som har samlats inom rådet breddar bedömningsunderlaget och måste bedömas vara till stort gagn även i en

situation där det ges möjlighet att ytterst pröva frågor av detta slag genom fristående organs rättsliga bedömning. Särskilda kunskaper och erfarenheter av villkoren och förutsättningarna i den offentliga respektive privata sektorn bör därför säkerställas vid den prövning som kan komma att ske i nämnda organ.

De organisatoriska slutsatser som får dras av det anförda redovisas i avsnitt 4.5.

I kapitel 4 utformas förslag till en konkurrensrättslig bestämmelse i linje med vad Konkurrensrådet angett som en tänkbar lösning på lagstiftningsfrågan. I det följande kallas bestämmelsen för en konfliktlösningsregel.

En grundläggande utgångspunkt för en sådan konkurrensrättslig lösning bör vara att konfliktlösningsregeln i relevanta delar följer de primära förutsättningar som gäller för konkurrenslagstiftningen. En självklar del i detta är att regeln inte görs tillämplig på myndighetsutövning. Så gäller enligt KL. En annan primär förutsättning är att den nya regeln täcker samma verksamhetsformer som omfattas av begreppet företag i den lagen.

Ytterligare en viktig faktor som bör gälla även här är gränsdragningen mellan KL och särregleringar. Vad som är en direkt och avsedd effekt av särreglering eller en ofrånkomlig följd av denna kan inte angripas med stöd av KL. På det område där en konfliktlösningsbestämmelse kan tillämpas bör härvidlag beaktas regler som innebär att en viss verksamhet skall bedrivas i offentlig regi. Vidare kan det bl.a. finnas regler som anger på vilket sätt denna verksamhet skall utövas. Ibland kan en sådan särreglering ha som syfte att värna om särskilda intressen. De kan innebära att fri konkurrens inte skall gälla fullt ut på ett visst område, eller att speciella förutsättningar skall råda för konkurrensen på den aktuella marknaden. I andra fall kan det finnas särregler som skall stödja uppkomsten av en effektiv konkurrens.

Det kan konstateras att det inom det offentliga kärnområdet, både i statlig, kommunal och landstingskommunal verksamhet, finns en rad särregler. Inom det kommunala området finns exempelvis grundläggande regler för det offentliga när det gäller

verksamheter som skola, vård och omsorg. På det statliga området kan pekas på att det t.ex. i post- och telelagstiftningen är intagna speciella föreskrifter till skydd för konkurrensen. Regler av detta slag innebär att själva verksamheten är legitim.

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 Huvudelement i en konfliktlösningsregel m.m.

4.1 Grundläggande infallsvinklar

Vissa juridiska förutsättningar för offentlig konkurrensutsatt produktion beskrivs i avsnitt 3 i Konkurrensrådets betänkande. Av särskilt intresse här är KL och KomL. Konkurrenslagens allmänna förbudsregler avseende konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning är tillämpliga även på offentliga aktörer som omfattas av lagens företagsbegrepp. Den lagen kan dock inte användas när avtalsrekvisitet i 6 § respektive kravet på dominerande ställning i 19 § ej är uppfyllt. I fråga om KomL gäller visserligen lagens kompetensprinciper även konkurrensutsatt produktion, men lagen saknar mekanismer, kontrollfunktioner och sanktioner som lämpar sig för en bedömning av den typ av konkurrensfrågor som det är fråga om här.

En tänkt komplettering av regelverket bör därför inriktas på förfaranden som inte uppfyller förutsättningarna för att förbudet i 6 eller 19 § KL skall vara tillämpligt men som ändå bör motverkas. Det finns goda skäl för att göra en sådan reglering framåtriktad, och alltså grundad på vad som konkurrensrättsligt brukar kallas missbruksprincipen. Därvid provas om ett visst förfarande svarar mot kriterier som är uppställda för att tillämpa lagstiftningen. Om så är fallet, åläggs den offentlige aktören att upphöra med beteendet. Detta skiljer sig från den förbudsprincip som annars gäller enligt KL. Den senare principen innebär att en sanktion utlöses för överträdelse av ett ständigt gällande gene-

relt förbud och för vad som redan skett. Den är således bakåtriktad i fråga om påföljden.

Den väsentliga frågan vid en reglering enligt missbruksprincipen blir vad som skall krävas för att ett förfarande av en offentlig aktör, vilket inte omfattas av förbuden i 6 eller 19 § KL, ändå bör kunna motverkas. Här är av naturliga skäl de principer som Konkurrensrådet kunnat ena sig om i sitt betänkande av stort intresse. Hur dessa principer skulle kunna ingå i grunden för tillämpningen av en konfliktlösningsregel redovisas i det följande.

4.2 Rådets iakttagelser, analyser och bedömningar i översikt

För rådets samlade redovisning av sina iakttagelser, analyser och bedömningar hänvisas till betänkandet, som kompletteras av denna promemoria. Från lagstiftningssynpunkt finns det ändock anledning att här översiktligt lyfta fram sådana viktiga element och principiella värderingar vilka framstår som ägnade att ingå i grunden för en konfliktlösningsregel. Dessa kan därvid sammanföras som en del av huvudinnehållet i en rättslig normering.

De problem som rådet redovisar uppstår främst när privata och offentliga aktörer möts på samma marknad, d.v.s. när det allmänna bedriver en säljverksamhet som är konkurrensutsatt. 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.

4.2.1 De typiserade fallen

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 facilitet,
4. försäljning av överskottskapacitet,
5. selektivt stöd till offentlig verksamhet,
6. offentlig produktion när privata företag saknas,
7. sysselsättning av arbetshandikappade,
8. sysselsättning av arbetslösa och ungdomar,
9. gynnande av egen verksamhet vid offentlig upphandling samt
10. kommunal försäljning över kommungränsen.

4.2.2 Vissa distinktioner

Rådet har särskilt beskrivit förekommande konkurrensutsatt säljverksamhet, såväl beträffande myndigheter och andra på det statliga området som i fråga om kommuner och landsting. Vidare redovisas juridiska förutsättningar för dessa verksamheter. Här ingår regler som gäller för statliga myndigheter, såsom instruktioner, andra förordningar e.d. och regleringsbrev. Även kompetensreglerna m.m. i KomL hör hit. Ytterligare förekommer speciallagstiftning. Till rådets beskrivning av detta hänvisas här.

Enligt rådet har konfliktytorna mellan offentlig och privat sektor ökat på senare tid. 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 blir då vilka verksamheter som den offentliga sektorn bör kunna bedriva utan att dra sig tillbaka. I kapitel 6 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*.

Rådet hänvisar till den s.k. förvaltningspolitiska propositionen (prop. 1997/98:136 Statlig förvaltning i medborgarnas tjänst) i vilken redovisas vissa riktlinjer. Där framhålls att statlig konkurrensutsatt verksamhet inte bör bedrivas i myndighetsform om det inte finns särskilda skäl. Sådana skäl kan vara att konkurrensen bedöms som otillräcklig eller att behovet av offentlig insyn och kontroll är särskilt stort. Bedriver myndighet affärsverksamhet bör verksamheten särskiljas. Detta kan ske genom en tydlig organisatorisk uppdelning inom myndigheten. Därmed görs rollerna tydliga och riskerna för bl.a. snedvridning av konkurrensen minskar. Regeringens inriktning är att värna om kärnverksamheterna i det fortsatta arbetet med att renodla den statliga verksamheten. Fortsatta effektivitetssträvanden kommer i första hand att handla om att det statliga åtagandet måste prövas med stor omsorg. De uppgifter som är artfrämmande för staten bör avvecklas eller överlåtas till annan huvudman, anför regeringen ytterligare i nämnda proposition.

Vidare pekar rådet på de bestämmelser som kommit till uttryck i kommittéförordningen (1998:1474) om prövning av det offentliga åtagandet. Dessa innebär att man i olika sammanhang mot bakgrund av de egentliga målen för en viss verksamhet förutsättningslöst skall pröva det offentliga engagemanget.

4.2.3 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.

Vidare uttalas att anslagsfinansierad verksamhet oftast kännetecknas av att ett offentligt huvudmannaskap råder. Det får enligt rådets mening ses som okontroversiellt att man inom den offentliga sektorn fortsätter att vara en producent av t.ex. utbildning, barnomsorg och äldreomsorg.

Också efter det att en avreglering skett av ett tidigare offentligt monopol får det enligt rådet ses som naturligt att det under en kortare eller längre övergångstid finns både offentliga och privata aktörer.

4.2.4 Den traditionella näringslivssektorn

När det gäller denna sektor anser rådet att det i de allra flesta fall saknas relevanta skäl för att offentliga aktörer skall 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 skogsvårdstjänster, park- och trädgårdstjänster, fastighets-skötsel.

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 därvid 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 KomL 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 KomL 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.

4.2.5 Spelregler när offentlig säljverksamhet kan godtas

Kapitel 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 jämföras med främmande kapital, självkostnadsräkning som utgångspunkt för prissättningen, förkalkyl med risktillägg och efterkalkyl samt transparens av närmare angivet slag som möjliggör att ett granskande organ bedömer en påstådd konkurrenssnedvridning.

4.3 Konfliktlösningsregelns utformning i stort

Med det berörda som en viktig del av underlaget görs följande bedömningar beträffande utformningen av en tänkt ny bestämmelse samt därtill knutna frågor.

4.3.1 Primära förutsättningar

Eftersom det rör sig om en konkurrensrättslig fråga står det allmännas intresse av att skydda samhällsekonomin och konsumenterna i förgrunden. Det är samma skyddsintressen som KL 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 KL, medger att fristående organ gör

en objektiv rättslig prövning av negativa effekter som kan uppstå när offentliga aktörer och privata, ofta småföretag, möts i företagsrollen 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, inte upphandlarrollen.

4.3.2 Vissa avgränsningar

Effekter för konkurrensen

Förekomsten av, eller fara för, beaktansvärda sådana effekter bör vara en grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel som medger förbud för viss aktör att fortsätta med ett påtalat beteende. Detta innebär att bestämmelsen inte som enligt äldre konkurrenslagstiftning inriktas på de ekonomiska följderna av ett konkurrenshämmande förfarande. Dessa följder var framförallt negativa effekter på prisbildningen eller på effektiviteten inom näringslivet. I stället bör regeln ta sikte på konkurrensnedvridningen som sådan, d.v.s. effekterna för själva konkurrensen. Den fråga som skall besvaras vid prövningen i det enskilda fallet är om förfarandet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen. Skador av detta slag drabbar samhällsekonomin och konsumenterna.

Förfarandena

En tänkt ny bestämmelse bör omfatta förfaranden som den offentlige aktören vidtar i form av, eller i, en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.

På detta område är det svårt att dra upp klara yttergränser runt de olika konkreta fall där en ny regel skulle kunna bli tillämplig. Dessutom kan nya situationer uppträda. Problem möter således att uttömmande och tydligt beskriva de konkreta förfaranden på vilka en konfliktlösningsregel kan tillämpas. Om man i stället i

bestämmelsen som exempel anger endast något eller några av de typfall som rådet har identifierat, möter samma tydlighetsproblem beträffande dessa. Till detta får läggas att de fall vilka anges som exempel kan komma att uppfattas som särskilt negativa jämfört med dem som inte nämns i bestämmelsen. Det saknas dock fog för att göra någon särskild rangordning mellan de typfall som rådet har redovisat.

En ny regel bör därför ges en generell form när det gäller förfarandena, utan anknytning till ett eller flera konkreta sådana av specifik natur. De avgränsningar som behöver göras för att vissa verksamhetsformer skall ha det skydd mot ingripande som är motiverat får i stället ske genom ett annat rekvisit i den nya bestämmelsen.

Ett värderande rekvisit av generell karaktär

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 förfaranden på marknaden samt skilda offentliga regleringar. Det behöver vidare finnas rättsligt utrymme för att göra en helhetsbedömning där de specifika omständigheterna i enskilda fall får uppmärksammas. Det är nämligen inte möjligt att ge betydelse endast åt effekterna för konkurrensen. Olika hänsyn kan behöva vägas mot varandra. Också målkonflikter kan framträda. Förfarandet bör även ha en viss ekonomisk eller principiell betydelse för att en konfliktlösningsregel skall kunna tillämpas. Den sistnämnda aspekten behandlas närmare i författningskommentaren.

I en ny bestämmelse behöver med hänsyn till dessa aspekter vid sidan av hämmandekriteriet ingå ett värderande rekvisit av generell karaktär, något som konkurrensrättsligt brukar kallas ett kvalitativt kriterium. Dess utformning och innebörd redovisas senare i denna promemoria.

Offentliga aktörer

Alla företag står under den kontroll som skapas av KL:s förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag respektive mot missbruk av dominerande ställning. Dessa förbud lämpar sig emellertid ofta dåligt för den typ av konkurrensproblem som uppstår i gränslandet mellan offentlig näringsverksamhet samt privat kommersiell verksamhet. 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 KL.

Kontrollen enligt KL omfattar också det allmännas verksamhet, när den faller under företagsbegreppet i KL och även övriga förutsättningar i förbuden är uppfyllda. En konfliktlösningsregel behöver, och bör, därför inte omfatta sådana förfaranden, vidtagna av offentliga aktörer, som träffas redan av förbuden i KL. Detta kommenteras närmare i avsnitt 5.2.

I avsnitt 5.1 behandlas allmänt hur det som här kallas en offentlig aktör bör betecknas samt ges en legaldefinition av den där valda beteckningen. Frågan berörs även i författningskommentaren.

Närmare tekniskt underlag för utformningen av en konfliktlösningsregel

Vid utformningen av en regel av detta slag kan vägledning hämtas från bestämmelsen i 34 § KL om förbud under vissa ytterligare förutsättningar mot en företagskoncentration som väsentligt "hämmar eller är ägnad att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens".

Av intresse är också vissa föreskrifter i lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, LIU. Ett sådant ingripande kan bl.a. riktas mot beteenden som påtagligt snedvrider förutsättningarna för konkurrens vid upphandling.

Slutligen förhåller det sig givetvis så att de i kapitel 3 berörda skyddsreglerna för särskilda sektorer i ekonomin är av speciellt intresse vid utformningen av det materiella innehållet i en ny bestämmelse. De beskrivs närmare i avsnitt 4.4.2.4.

Bestämmelsens materiella innehåll i stort och placering

Samlar man de iakttagelser som har gjorts i det föregående i denna promemoria, framträder följande materiella inslag i en tänkt ny regel som påkallade.

En konfliktlösningsregel bör medge att förbud meddelas i det enskilda fallet mot att en offentlig aktör i en verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur tillämpar ett förfarande vilket på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Det kan i det enskilda ärendet också handla om att förfarandet i ett annat avseende hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

En regel 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.

Anknytningen till KL, och bestämmelsernas karaktär av komplement till förbuden i nämnda lag, utgör övervägande skäl för att föra in dem i samma regelverk. Därvid behövs vissa tekniska anpassningar i KL.

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 ut-

formade 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 förfarande 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 tillräckligt konkret nivå, sett från rättssäkerhetssynpunkt. En påföljd träffar den offentlige aktören bara om denne handlar mot det individualiserade förbudet. Detta sker i den formen att den i förväg bestämda vitessanktionen utlöses genom att vitet döms ut.

Bestämmelsen bör vara inriktad på att ett konkret angivet handlingsmönster, eller en närmare beskriven brist på handlande, skall kunna förbjudas. Ett förbud kan också göras villkorat, såsom att det offentliga företaget förbjuds att bedriva viss verksamhet utan att särskilt angivna villkor är uppfyllda. Som berörs i det följande kan därvid en koppling ske till rådets riktlinjer. Ett förbud som meddelas med stöd av bestämmelsen skall som nämnts kunna förenas med vite. Den nya regeln skall, som nämnts, inte kunna tillämpas på förfaranden som omfattas av förbud enligt 6 eller 19 § KL. Detta behandlas närmare i avsnitt 5.2.

Det kan framhållas att den valda konstruktionen tar sig an ett särskilt problem som företrädare för näringslivet pekat på i fråga om kommunal verksamhet som upplevs snedvrida konkurrensen. Dessa företrädare vill därför att privata företag m.fl. skall få rätt att anföra kommunalbesvär oavsett om de är kommunmedlemmar eller ej. Det gäller också önskemål om att den vägen kunna överpröva en pågående verksamhet som grundas på redan lagakraftvunna beslut. Mot dessa tankar har riktats kritik från kommunalt håll. I denna kritik har bl.a. uttalats att det inte är lämpligt att ta in särskilda prövningsregler för konkurrensen i en ramlag som KomL samt att stat, kommun och landsting bör behandlas likvärdigt.

En konfliktlösningsregel av det slag som föreslås i denna promemoria beaktar i allt väsentligt den berörda kritiken. Den

tänkta regeln är vidare neutral genom att den avser såväl stat som kommun.

4.4 Den tänkta nya regelns materiella innehåll

4.4.1 Hämmande av konkurrensen

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

4.4.2 Skadligt från allmän synpunkt

Rekvisitet ”skadligt från allmän synpunkt” i den aktuella lagmodellen är kvalitativt. Kriteriet medger bl.a. en prövning av frågan om huruvida den offentlige aktörens konkurrens-hämmande förfarande saknar vad som kort kan kallas legitimitet från allmän synpunkt. Härmed avses i sammanhanget att försvarbarhet inte föreligger därför att förfarandet ej framstår som godtagbart på saklig grund - vägt mot de intressen bestämmelsen skall skydda samt återverkningarna för konkurrensen.

Denna prövning får göras i förhållande till i första hand i princip den rad av typfall som redovisas i kapitel 5 i Konkurrensrådets betänkande. Dessa illustrerar konkreta situationer där konkurrensproblem uppkommer i mer eller mindre hög grad och där frågan om förfarandets försvarbarhet således bör prövas.

4.4.2.1 De förut nämnda typfallen

Skadlighetskriteriet skall appliceras på en verklighet som är 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 under-

lättar att infallsvinklar, som kan ha relevans i det enskilda ärendet, uppmärksammas i de analyser som måste ske i rättstillämpningen.

Beträffande två av typfallen uppträder dock den offentlige aktören generellt sett i en annan roll än den som består i att bedriva en ekonomisk eller kommersiell verksamhet. Konfliktlösningsregeln är avgränsad till sådan verksamhet, och omfattar i princip inte stödgivning till utomstående företag samt den offentlige aktörens roll som upphandlare.

I åtskilliga av de förut (avsnitt 4.2.1) berörda typfall som rådet har avgränsat handlar det om att den offentlige aktören bedriver en säljverksamhet på ett område som man av hävd brukar betrakta som en angelägenhet för det privata näringslivet. Det kan dock tänkas andra situationer som innebär att verksamheten utövas på de privata företagens område. Som ett teoretiskt exempel kan tas att en kommun öppnar försäljning till allmänheten av litteratur om kommunen och därefter utvidgar detta till att omfatta böcker utan sådan anknytning. Också bl.a. ett läge av detta slag bör ingå bland typfallen, för tydlighetens skull och för att den nya bestämmelsen skall kunna möta även oväntade situationer.

I det praktiska livet kan det, som berörts tidigare, förekomma andra sådana förfaranden än de utpekade som hämmar konkurrensen. Även mot dessa kan med stöd av den tänkta nya bestämmelsen riktas förbud, om skadlighetsrekvisitet är uppfyllt. Rättstillämpningen bör således inte begränsas till de fall av säljverksamhet som här har nämnts särskilt.

Mot denna bakgrund avses fortsättningsvis med begreppet *typfall* de som rör säljverksamhet som kan bedrivas av en offentlig aktör.

4.4.2.2 En ytterligare indelning

Bland annat behandlas i det följande hur konkurrenshämmande förfaranden kan överensstämma med, eller avvika från, normer m.m. som berör den offentlige aktörens säljverksamhet. Fem

situationer tas upp särskilt i vad som är en strukturell indelning utöver typfallen.

De två första är när den offentlige aktörens förfarande är påbjudet eller godtagget enligt särreglering (1), respektive inte är tillåtet på grund av särreglering (2). De två följande omfattar båda läget att förfarandet i princip är oreglerat men i den ena situationen bedrivs på den offentliga sektorns traditionella område (3) och i den andra i den traditionella näringslivssektorn (4). I fråga om samtliga de nu nämnda fyra situationerna får skiljas på två frågor. Den ena avser legitimiteten av en viss säljverksamhet som sådan. Den andra gäller en i sig godtagbar säljverksamhet i vilken det dock förekommer ett visst beteende som är konkurrenshämmande.

Den sista situationen avser läget att den offentliga säljverksamheten är legitim, men att konkurrens på så lika villkor som möjligt behöver tryggas (5).

Av det anförda framgår att man vid prövningen enligt konfliktlösningsregeln har att skilja mellan arten av verksamhet som den offentlige aktören bedriver samt sättet att bedriva den. Regeln kan dock tillämpas i båda dessa situationer.

4.4.2.3 En inledande klassificering

Tillämpningen av skadlighetsrekvisitet aktualiseras när i det enskilda fallet det har visats att den offentlige aktörens säljförfarande snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Det kan också gälla läget att förfarandet i annat avseende hämmar eller är ägnat att hämma förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Mot bakgrund av det tidigare anförda synes det kunna vara praktiskt att i tillämpningen inleda bedömningen enligt den nya bestämmelsen med en klassificering av säljverksamhetens egentliga art och drivkrafter, samt vilken eller vilka situationer det i grunden rör sig om. Detta gäller både i fråga om typfallen och om strukturen i övrigt. Det är till en början på detta underlag som skadlighetsvärderingen får göras.

4.4.2.4 Förfarandet är påbjudet eller medgivet enligt särreglering (situation 1)

När man skall bedöma huruvida verksamheten får anses vara skadlig från allmän synpunkt måste till en början prövas de rättsliga eller andra förutsättningar som kan gälla för den.

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 (*särreglering*) att själv bedriva verksamheten kan detta inte leda till ett förbud mot att fortsätta med verksamheten som sådan. Det kan ju inte anses som skadligt från allmän synpunkt att fullgöra en uppgift som det allmänna genom särreglering har ålagt den offentlige aktören att utföra. Så har t.ex. landsting och kommuner skyldighet att bedriva utbildning samt ge vård och omsorg, enligt särskilda regler.

Emellertid skall säljförfarandet i så fall vara en direkt och avsedd effekt av särregleringen 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 förfarandet. Motsvarande gäller i anslutning till KL, jfr prop. 1992/93:56 s. 70.

Dock kan en verksamhet vara obligatorisk även i en annan mening än den nyss redovisade: Aktören kan vara förpliktad att se till att säljverksamheten bedrivs utan att ha skyldighet att utöva den själv. Om denne ändå gör det, saknas i princip stöd för att tillämpa den nya bestämmelsen 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 skall skötas om den utövas.

Det finns även den situationen att verksamheten i annan form av det allmänna utpekats som lovlig på ett tydligt sätt som inte ger fog för en skadlighetsbedömning. Beträffande en statlig myndighet kan det exempelvis vara angivet i regleringsbrev, instruktionen eller annat regeringsbeslut att den skall eller får utöva viss närmare beskriven och klart angiven uppdragsverksamhet. Ett kort och allmänt hållet bemyndigande i en instruktion

behöver dock inte innebära något ställningstagande till det lämpliga i att denna uppdragsverksamhet utövas. För en kommun kan verksamheten vara påbjuden i lag eller annan ordning.

Också andra situationer när det gäller skilda former av särregleringar är möjliga. Den i första hand bärande principen, d.v.s. huvudregeln, vid skadlighetsbedömningen är dock att verksamheter och förfaranden som uttryckligen framtvingas eller medges genom en särreglering i princip inte kan ses som skadliga från allmän synpunkt. I medgivandefallen kan det föreligga speciella omständigheter, beroende på hur medgivandet har utformats m.m.

I anslutning till typfallet med ensam tillgång till en strategisk facilitet behandlar rådet situationen 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 nyttinghet 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. Detta skapar oundvikligen en beroendeställning för dem gentemot den offentlige aktören som samtidigt är deras konkurrent. Därvid kan det tänkas – eller misstänkas – att denne aktör gynnar sin egen verksamhet i det senare ledet och på motsvarande sätt förfördelar konkurrenterna.

Rådet ställer i detta avseende frågan om huruvida en offentlig aktör som har ensamställning i ett led över huvud taget skall 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.

Ett nära samband med den nu beskrivna situationen med ensam tillgång till en strategisk facilitet har läget på omreglerade marknader, såsom telemarknaden, postmarknaden och elmarknaden. Situationen på sådana marknader har berörts i kapitel 3. En mer detaljerad redovisning ges här. Skälet är att de särskilda skyddsregler m.m. som finns för konkurrensen utgör goda förebilder för vad som kan vara ändamålsenligt att få till stånd med, ytterst, konfliktlösningsbestämmelsen när det gäller områden som saknar regler av det slaget.

Statsmakterna har i åtskilliga fall ansett det påkallat att vid sidan av KL:s 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 KL 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 skyddsnät för samhällsekonomin 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 krav på aktören med marknadsmakt att på skäliga 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 facilitet 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 tillstånds-

havaren innehar. Villkoren för detta skall vara skäliga och konkurrensneutrala samt icke-diskriminerande i förhållande till vad tillståndshavaren tillämpar för sin egen verksamhet. Uppkommer tvist om avtal, skall tillståndsmyndigheten skyndsamt undersöka förhållandena och, om särskilda skäl inte talar för annat, medla mellan parterna.

Telelagen (1993:597) innehåller bestämmelser om televerksamhet. Det övergripande målet är att alla skall ha tillgång till effektiva telekommunikationer till lägsta möjliga samhälls-ekonomiska kostnad. Vid tillämpningen av lagen skall en strävan vara att skapa utrymme för och upprätthålla en effektiv konkurrens inom telekommunikationsområdet som ett medel att uppnå de telepolitiska målen. Bestämmelser i lagen av särskilt konkurrensbefrämjande art finns framför allt om skyldighet till samtrafik, d.v.s. sammankoppling av telenät så att tjänster som tillhandahålls i näten kan fungera mellan abonnenter oavsett teleoperatör. I lagen finns också särskilda regler för att förbättra konkurrensen på mobiltelemarknaden, där det råder brist på radiofrekvenser. Reglerna innebär bl.a. en skyldighet för mobiloperatörer att mot marknadsmässig ersättning upplåta ledig kapacitet i nätet. För operatörer vilka har ett betydande inflytande på en relevant marknad finns vissa särskilda samtrafikkraV, bl.a. på kostnadsbaserade priser, på offentliggörande av villkor och på att i sin redovisning hålla intäkter och kostnader för samtrafik avskilda från annan verksamhet.

Här bör framhållas att statsmakterna redan genom att ställa upp sådana skyddsregler 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 problem som finns inom dessa sektorer är således i princip omhändertagna genom nämnda regelverk och deras föreskrifter till skydd för konkurrensen. Den nya regeln har i stället sin

huvudinriktning på de områden inom det aktuella gränslandet där det saknas specifika skyddsregler för konkurrensen.

Det som nu har sagts bör uppmärksammas vid utformningen av den nya bestämmelsens materiella element.

Själva bedrivandet av en viss verksamhet kan av ovan anförda skäl således vara att se som legitimt på grund av sitt samband med en offentlig reglering. Den tänkta konfliktlösningsregeln kan då inte tillämpas, eftersom skadlighetsrekvisitet ej är uppfyllt. Från det nu anförda måste dock skiljas läget att den offentliga aktören vid utövandet av den försvarbara säljverksamheten tillämpar ett visst konkurrenshämmande förfarande utan att kunna stödja detta på vad som direkt följer av särregleringen eller som är en ofrånkomlig följd av denna. Exempelvis skulle det kunna röra sig om brister i redovisning eller sådan avsaknad av full kostnadstäckning som inte har stöd av en särreglering och ej kan anses vara något försvarbart. Ett förfarande av det slaget saknar således sådan legitimitet som kan skydda mot en skadlighetsbedömning, och därmed mot förbud att fortsätta med beteendet.

4.4.2.5 Förfarandet är otillåtet enligt en särreglering (situation 2)

Ett konkurrenshämmande säljförfarande kan i sig sakna legitimitet från allmän synpunkt genom att strida mot de regler som gäller för den offentliga aktören. Exempelvis kan statliga myndigheter genom viss säljverksamhet överträda vad som är föreskrivet i lag eller annan författning, såsom instruktionen för myndigheten. I fråga om kommuner och landsting står förfarandets förenlighet med KomL i förgrunden. Ett kommunalt organ kan genom själva sin säljverksamhet överskrida sin kompetens enligt den lagen. I fråga om kommuner och landsting framgår det tydligt av förarbetena till KomL (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 särreglering som överträds.

Överträdelse av detta slag innebär i princip att förfarandet saknar legitimitet. Bristen på försvarbarhet måste i allmänhet konstituera skadlighet i konfliktlösningsregelns mening, om saken har den vikt som beskrivs närmare i författningskommentaren.

Det kan dock tänkas undantagsvis föreligga alldeles särskilda, tunga omständigheter som kan utgöra en från allmän synpunkt godtagbar anledning till verksamheten. Dessa frågor kommenteras i det följande i avsnitt 4.4.2.9.

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 KomL, blir den nya regeln i allmänhet inte tillämplig i ett sådant fall. Det kan 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 skall 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.

Om nu i stället exempelvis ett landsting låter bli att ta ut vinst, under åberopande av att det enligt KomL är skyldigt att göra så, uppkommer frågan hur konfliktlösningsregeln skall 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 skall 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 kan vara ett exempel på situation 1 i det föregående.

I ett kommunalt sammanhang kan man i tillämpningen som ett moment i skadlighetsprövningen ha att bedöma om kommunens förfarande är kompetensöverskridande enligt KomL.

Vid den prövning som görs enligt den konkurrensrättsliga konfliktlösningsregeln i KL tillämpas dock givetvis inte de regler i KomL 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 förfarande. En allmän förvaltningsdomstol tillämpar vid sin prövning enligt KomL i anslutning till de materiella reglerna där endast bestämmelserna i den senare lagen om laglighetsprövning och upphävande av ett kommunalt beslut.

Den nämnda prövningen av innebörden av annan lagstiftning än KL vid tillämpning av den senare lagen är inte något nytt rättsligt inslag. Rättsprinciper av sådan art har utvecklats inom marknadsrätten redan tidigare. Här kan återopas 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 tagit 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, alko-

hollagstiftningen och lagstiftningarna rörande livsmedel och läkemedel.

Som ytterligare exempel kan nämnas att Arbetsdomstolen har prövat om ett förbud i kollektivavtal mot att anlita entreprenör stred mot 6 § KL och därför skulle anses sakna verkan till följd av ogiltighetsregeln i 7 § samma lag.

4.4.2.6 Särreglering saknas för en säljverksamhet som bedrivs på den offentliga sektorns traditionella område (situation 3)

Skadlighetskriteriet i konfliktlösningsregeln bygger på att det i allmänhet saknas skäl att ifrågasätta existensen av offentliga aktörer när det gäller den offentliga sektorns traditionella område, inte ens i de fall verksamheten har konkurrensutsatts. Exempelvis gäller detta den kommunala kärnverksamheten. Rådet uttalar för sin del att betydande delar av den traditionella offentliga sektorns verksamhet är motiverad av att produktionen har tydliga positiva samhällsekonomiska effekter.

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. Detta får i princip accepteras. Behovet av en egen produktionskapacitet innebär dock som sådant ingen legitimitet för att också använda kapaciteten för försäljning till externa kunder.

Flera traditionella offentliga verksamhetsområden som bedrivits som lagenliga monopol har under senare år konkurrensutsatts genom omreglering. I åtminstone ett övergångsskede uppkommer konkurrens mellan offentliga och privata aktörer. Såsom rådet framhållit går det i sådana situationer inte att kräva att de offentliga aktörerna omedelbart skall dra sig tillbaka från marknaden. Närvaron av offentliga aktörer på sådana marknader kan därför inte ifrågasättas i sig. Det kan vidare i det enskilda

fallet finnas vägande skäl från allmän synpunkt för att de över tid skall finnas kvar i säljverksamhet i en dåmæra konkurrensutsatt sektor, d.v.s. en marknad. Den förut (avsnitt 4.4.2.4) redovisade sektorslagstiftningen får ses som ett uttryck för en sådan bedömning.

För offentlig säljverksamhet av nu behandlad art saknas det generellt sett stöd för förbud enligt den nya bestämmelsen, genom att skadlighetskriteriet brister.

Skäl finns dock att peka på det följande. Eftersom ett samhälle inte är statiskt, kan förändringar ske i den allmänna uppfattningen i fråga om vad som bör vara, eller ej bör vara, en uppgift för det offentliga. Likaså kan förändringar ske i fråga om den faktiska förekomsten av viss säljverksamhet. I det avseendet medger konfliktlösningsregeln genom sin utformning att man i rättstillämpningen beaktar detta. Det säger sig sjålv att det då bör röra sig om tydligt märkbara förändringar som kan bedömas vara stabiliserade sedan en mer lång tid.

4.4.2.7 Särreglering saknas för en säljverksamhet som bedrivs i den traditionella näringslivssektorn (situation 4)

Det rör sig på detta plan i huvudsak om en säljverksamhet som inte är regelstridig, men ej heller godtagen i särskild ordning. Här handlar det främst om den statliga sektorn eftersom det kommunala området är särreglerat genom framför allt KomL, och därför i princip hör till situation 1 eller 2.

Den här behandlade situationen kan karaktäriseras av att den offentlige aktörens säljverksamhet på grund av sin beskaffenhet eller omfattning i grunden framträder som artfrämmande i förhållande till dennes egentliga uppdrag och uppgifter. Det saknas därmed från allmän synpunkt bärande skål för aktören att ägna sig åt en säljverksamhet som den privata sektorn kan bedömas vara i stånd att ombesörja och som hämmar konkurrensen i bestämmelsens mening.

Finns det å andra sidan sådana bärande skäl, bör förfarandet anses ej vara skadligt. Här kan pekats på de tre situationer som beskrivs i rådets betänkande.

I det första fallet rör det sig om att det föreligger en så hög grad av *samproduktionsfördelar* mellan monopolskyddad och konkurrensutsatt verksamhet, att det inte är samhällsekonomiskt försvarbart att ej tillåta en offentlig aktör som bedriver monopolskyddad verksamhet att också agera på viss angränsande och konkurrensutsatt marknad. Motivet får dock i princip anses sakna tillräcklig bärkraft i de fall den monopolskyddade verksamheten består av myndighetsutövning i vilken den offentlige aktören direkt kan påverka sin marknadsposition inom den konkurrensutsatta sektorn. I det läget är nämligen faran för omfattande skador beträffande marknadseffektiviteten så stora att de samhällsekonomiska vinsterna av samproduktionen löper särskild risk att ätas upp.

En fara av detta slag kan följa av myndighetens ställning som offentligt organ med makt och inflytande på marknaden vid sidan av den egna näringsverksamheten. 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. Som exempel kan tas att tillsyn, kontroller och tillståndsgivning kan ge en myndighet insyn i företagens affärsförhållanden, att dessa kommer i ett beroendeförhållande till sin offentlige konkurrent och att den offentlige aktören av köparna kan betraktas som en mer attraktiv 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.

Nettoeffekten över tid kan genom sådana eller andra aspekter därvid bli ett betydande ekonomiskt minusresultat för det allmänna. Det finns ingen given brytpunkt för när detta sker, och förloppet är för det mesta inte märkbart.

I det andra fallet handlar det om att *det saknas ett privat utbud* inom t.ex. ett glesbygdsområde. Läget kan vara det att en sådan produktion av vissa angelägna varor eller tjänster som normalt utförs av det privata näringslivet inte kommer till stånd inom ett visst geografiskt område. Ett kriterium för att det skall vara legitimt för en offentlig aktör att i detta läge producera de varor eller tjänster som saknas bör således vara att konsumenterna i området har ett utpräglat behov av att där få tillgång till nyttigheterna i fråga. Ett ytterligare kriterium är att varorna eller tjänsterna inte på ett mer enkelt sätt kan köpas från leverantörer lokaliserade i angränsande eller andra delar av landet.

Ett tredje kriterium är att den offentlige aktörens närvaro på marknaden inte utgör den egentliga anledningen till att det privata utbudet saknas eller är otillräckligt. I ett enskilt fall kan det ju förhålla sig så att de privata till följd av den offentlige aktörens säljverksamhet mött svårigheter att vara kvar på marknaden eller att växa, och därför lämnat marknadsplatsen. Vidare kan det vara så att de privata företagen fallit bort från marknaden, eller inte vill etablera sig, som en följd av att det inte går att konkurrera med den offentlige aktören på lika villkor. Detta berörs ytterligare i författningskommentaren.

Läget när det saknas ett privat utbud kan också vara det att den offentlige aktören har en unik kompetens och/eller erfarenhet som de privata aktörerna inte har förutsättningar att uppnå. Samtidigt kan det vara angeläget från allmän synpunkt att utbudet kommer till stånd.

Den tredje situationen gäller 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 dimensio-

nerad. Under en säsong med osedvanligt gynnsamma växtbetingelser uppstår ett överskott som behöver avyttras.

Vid sidan av de mer renodlat artfrämmande fallen finns situationer med inslag av vad som kan vara målkonflikter eller motstridande allmänna intressen. Också detta berörs i avsnitt 4.4.2.9.

4.4.2.8 Den offentliga säljverksamheten är legitim men konkurrens på så lika villkor som möjligt behöver tryggas (situation 5)

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

Rådet har särskilt tagit upp situationen att en offentlig aktör har ensamställning i ett led och samtidigt verkar på den konkurrentutsatta marknaden i nästa led. 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.

Såsom rådet framhållit finns det i en modell av det här slaget inbyggd en lockelse för monopolisten att ge sin egen produktion i det konkurrensutsatta ledet konkurrensfördelar. Även när en sådan snedvridning inte förekommer, kan redan misstankar om att så sker verka hämmande på de privata företagens vilja att etablera sig eller att expandera.

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 är tydliga exempel på vilka problem som kan behöva motverkas. 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 viss nödvändig facilitet på skäliga och rättvisa villkor samt icke-diskriminering i förhållande till den offentlige aktörens egen säljverksamhet.

Exempelvis KomL 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. Förekomsten av ett sådant syfte ger ju en särskild drivkraft till att noga identifiera de verkliga kostnaderna, så att ett reellt överskott uppstår i stället för en endast skenbar vinst.

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 skall 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.

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

De rekommendationer som rådet har enats om är principiellt välmotiverade. De utgör en god grund för att fylla ut det materiella innehållet i den föreslagna nya bestämmelsen. Därför läggs deras innehåll här i princip till underlag för denna. Detta innebär att i de fall rekommendationerna inte får tillräckligt genomslag av egen kraft det är möjligt, när förutsättningarna i konfliktlösningsregeln är uppfyllda, att få fram följsamhet. Det kan då gälla innehållet i sin helhet eller så långt som är påkallat i det enskilda fallet. Någon formlig bundenhet för rättstillämpningen avses dock inte. Villkor som är sakligt motiverade och bygger på objektiv grund kan därför ställas upp även i andra avseenden, exempelvis i syfte att förekomma brister av annat slag.

4.4.2.9 Den samlade materiella bedömningen

Vid den samlade bedömning som skadlighetsprövningen 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 ibland tänkas uppstå. Det kan i ett sådant och andra fall vara påkallat att göra en vägning mellan konkurrensintresset och det intresse som det offentliga 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 den aktuella offentliga säljverksamheten. 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 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.

I fråga om den lokala marknaden, men även i övrigt, måste betydelse ges åt att en offentlig aktör har en särställning i förhållande till andra. Denna särställning kan ge den offentlige aktören en möjlighet att påverka eller styra en marknad i fråga om utbud, priser och utveckling. Agerandet kan ha direkta och/eller indirekta undanträngningseffekter för de privata företagen, eller en hämmande inverkan på nyetableringen.

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 sådana 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. I industriella eller kommersiella sammanhang kan dock den offentlige aktören ibland ha att uppträda på samma villkor som de övriga på marknaden. Detta kan i rättstillämpningen leda till bedömningen att denne aktör inte är avsedd att träffas av konfliktlösningsregeln.

Vid vägningen måste tas med i bilden den fulla arten och vidden av negativa konkurrenseffekter, för att en jämförelse skall 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.

I fråga om motiven till förfarandet måste 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 öka sina intäkter. Statskontoret har i en rapport rörande statlig kommersiell verksamhet uttalat bl.a. att det påfallande ofta saknas ett externt motiv varför myndigheten alls skall 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 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 förfarande som skadar konkurrensen. Rådets rapport utgör även i detta avseende ett gott underlag för rättstillämpningen.

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 skall uppmärksammas i rättstillämpningen.

Det kan till en början inte hävdas att det generella konkurrensintresset alltid går före. En sådan ståndpunkt vore extrem, och skulle inte medge att man kan tillgodose vad som kan vara det allmännas befogade och övergripande intresse i ett enskilt fall. Man kan därför inte rättsligt utesluta möjligheten att ta hänsyn till det som i det enskilda fallet kan framträda som särskilt viktiga aspekter vid en prövning av vad som är godtagbart från allmän synpunkt. 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. En måttstock kan vara att ett förbud saknar rimlighet eller förnuft, med hänsyn till dess konsekvenser för vad som är särskilt vällovligt i ett speciellt fall.

4.5 Organisation, tillsyn och beslutande organ

Förut (avsnitt 4.3.2) har redovisats att konfliktlösningsregeln med därtill knutna föreskrifter bör placeras i KL, om lagstiftning

blir aktuell. Det är i det läget naturligt och påkallat att Konkurrensverket ges tillsynsuppgifterna. Så föreslås här. Samtidigt finns det anledning att gå in på den roll som Konkurrensrådet har spelat. Delar av detta har nämnts i det föregående.

Fram till slutet av 1990-talet riktades frågor och klagomål i enskilda ärenden om konkurrenskonflikter mellan privat och offentlig sektor, förutom till berörd aktör, bl.a. till berörda departement i Regeringskansliet, Konkurrensverket eller Nämnden för offentlig upphandling. För att få en samlad bild och bedömning av hur frågorna borde tas om hand mer långsiktigt beslutade regeringen därför i december 1997 att inrätta Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor. Enligt rådets direktiv (dir. 1997:145) var uppgiften att, med beaktande av de olika grundförutsättningar som gäller för offentlig och privat sektor, söka undanröja konkurrenskonflikter mellan sektorerna.

Rådet har uppgiften att analysera klagomål och att formulera generella och långsiktiga spelregler på området. I Rådet ingår åtta ledamöter varav fyra representerar näringslivsintressen och fyra företräder kommuner, landsting och de statliga myndigheterna. Rådet leds av en opartisk ordförande. Verksamheten har karaktären av en försöksverksamhet och skulle enligt de ursprungliga direktiven bedrivas i tre år.

I avvaktan på ett mer långsiktigt ställningstagande till ett konfliktlösande forum beslutade regeringen i november 2000 (dir. 2000:83) att rådet skulle fortsätta sitt arbete till utgången av år 2001. Inriktningen på verksamheten under detta verksamhetsår bör enligt direktiven vara att fortsätta behandlingen av enskilda klagomål och konkurrenssnedvridningar som är av allmänt intresse och försöka undanröja dessa. Rådet skall vidare utveckla och informera om de riktlinjer som rådet har enats om.

I kapitel 3 har framhållits bl.a. att rådets verksamhet har visat sig ändamålsenlig, att på detta område i många fall olika intressen måste vägas samman, att alternativa vägar kan finnas för att lösa problem och att det kan komma att behövas breda diskussioner och fördjupade analyser för att klara upp principiella eller prak-

tiska frågor. Vidare uttalades där att de kunskaper och erfarenheter som samlats inom rådet breddar bedömningsunderlaget och måste bedömas vara till stort gagn vid tillämpningen av en ny konkurrensrättslig bestämmelse.

Det nuvarande rådet är i formell mening en egen myndighet inom ramen för kommittéväsendet. Det är en liten verksamhet som förutom rådets ledamöter består av en kanslichef, en utredare och en assistent. I en mer långsiktig modell bör rådet vara permanent och ha en särskild anknytning till Konkurrensverket.

Lämpligt är att rådet fungerar som ett generellt forum för att diskutera långsiktiga åtgärder på det aktuella området. Det handlar då om att stödja en utveckling som leder till minskade konkurrensproblem mellan privat och offentlig sektor. I detta arbete bör rådet kunna yttra sig om olika policyfrågor. Vidare bör ingå vägledning och stöd. Ett viktigt inslag är att fortsätta arbetet med riktlinjer och att vidareutveckla sådana.

Det handlar också om att i förhållande till Konkurrensverket tillföra kunskaper om de villkor under vilka offentliga och privata företag verkar. Genom rådet i dess egenskap av expertorgan bör det kunna ske ett utbyte av åsikter med verket där rådet ger sin syn på frågor av principiell eller praktisk betydelse. Konkurrensverket har givetvis också möjlighet att inhämta synpunkter från rådet i särskilda fall. Även informationsfrågor bör vara en uppgift för rådet. Exempelvis kan det röra sig om att informera offentlig och privat sektor om rättsutvecklingen.

Ytterligare bör rådet göra en viss uppföljning och analys av utvecklingen på området samt bidra till att öka förståelsen för privat och offentliga aktörers olika förutsättningar och roller. En lämplig uppgift är vidare att rådet initierar förslag beträffande angelägna forsknings- eller utredningsprojekt på området.

De angivna arbetsuppgifterna behöver inte alla ges en särskild författningsbeskrivning. Samtliga ryms dock i ett allmänt uppdrag att stödja en utveckling som leder till minskade konkurrensproblem mellan offentlig och privat sektor.

Rådets uppgifter och frågornas samband med KL gör det naturligt att generaldirektören för Konkurrensverket är ordförande.

I kapitel 3 uttalades att det i ett enskilt fall ytterst kan behövas att fristående organ gör en objektiv prövning av principiellt eller praktiskt viktiga frågor och tar slutlig ställning till vad som kan godtas. Frågan är då vilket detta organ bör vara.

Verket får i dagens läge ålägga företag att upphöra med överträdelse av förbuden i 6 respektive 19 § KL. 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 särskilt beslut, och då bara mot den som utpekas i beslutet. Därvid skall klausulen tillämpas i ett sådant gränsländ mellan andra regelverk som inte förut stått under denna form av prövning med dess i vart fall delvis annorlunda infallsvinklar. I rättstillämpningen kommer troligen ganska snart upp vad som är viktiga principfrågor i vilka det slutliga valet av lösning kan få särskilda konsekvenser. Det anförda får anses tala för att beslut om förbud bör meddelas av ett från verket fristående organ som utgör domstol.

Det är ändamålsenligt och påkallat att som prejudikatsinstans för denna uppgift utse Marknadsdomstolen. Den ytterligare frågan är om det är motiverat med ett flerstanssystem. Vägande argument för ett sådant system finns visserligen när det gäller kännbara bakåtriktade sanktioner, d.v.s. när förbudsprincipen tillämpas. I fall av den arten, liksom när det gäller prövningen av företagskoncentrationer, talar tunga skäl för att dessa mål skall prövas av två instanser, som principiellt bör vara domstolar, jfr prop. 1997/98:130 s. 51 f. samt 1998/99:144 s. 74. Den föreslagna bestämmelsen är dock sanktionerad endast i fråga om framtida handlande. Förslaget i denna promemoria är därför att Marknadsdomstolen blir första och sista instans. Det är samma konstruktion som statsmakterna valt i LIU, under åberopande av att där endast finns sanktion som tar sikte på framtiden, jfr

prop 1993/94:35 s. 54. Domstolens sammansättning bör förstärkas med en ytterligare expert som har särskilda insikter i en sådan offentlig verksamhet som kan prövas enligt konfliktlösningsregeln.

5 Teknisk utformning i övrigt

5.1 Begreppet offentligt företag

Den tänkta konfliktlösningsregeln medger att i lägen där så inte är möjligt enligt KL ingripande kan ske mot vissa konkurrenshämmande beteenden från offentliga aktörers sida. Det skall då handla om verksamhet som bedrivs av vad som föreslås få beteckningen ”offentligt företag”. Innebörden av detta begrepp bör legaldefinieras i en särskild bestämmelse. Härvidlag bör gälla följande.

Verksamheten skall på samma sätt som gäller beträffande termen företag i KL vara av ekonomisk eller kommersiell natur. Till den del den består i myndighetsutövning skall den dock avskiljas.

De subjekt som skall nämnas är därmed till en början stat, kommun och landsting.

Vidare bör begreppet offentligt företag omfatta även associationsrättsliga subjekt över vilka något de uppräknade organen direkt eller indirekt har kontroll genom ägarskap, avtal eller på annat sätt. Det motsvarar i princip vad som anges i 34 § första stycket 2 KL. Genom kontrollen behärskar den offentlige aktören de nu nämnda rättssubjekten. I säljverksamhet som de sistnämnda bedriver kan det uppkomma motsvarande konkurrensproblem som i en säljverksamhet som denne aktör själv utövar.

5.2 Förhållandet mellan de generella förbudsbestämmelserna och en konfliktlösningsregel

De generella förbuden i 6 och 19 §§ KL täcker delvis samma företeelser som fångas upp av de materiella elementen i konfliktlösningsregeln. Det saknas grund för att vid införandet av en konfliktlösningsregel låta denna kunna användas också på det generellt förbjudna området. Den nya bestämmelsen bör därför avgränsas till att vid sidan av de generella förbuden täcka in vissa inskränkningar i dessa där konkurrensen ändå skadas. En ny bestämmelse bör därför gälla vid sidan av, och bli en utfyllnad till, de generella förbuden i 6 och 19 §§ KL.

5.3 Interimistiskt förbud

Genom förslaget i denna promemoria ges Marknadsdomstolen en möjlighet att ingripa mot konkurrenshämmande förfaranden på sätt som redogjorts för i kapitel 4. För att ett sådant beslut skall vara effektivt kan det i vissa fall krävas att förbudet kan tillämpas utan att det föreligger ett slutligt avgörande som i detta fall vinner omedelbar laga kraft.

Konkurrensverket får enligt 23 § KL ålägga ett företag att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag och mot missbruk av dominerande ställning i 6 och 19 §§. Om Konkurrensverket i ett visst fall beslutar att inte meddela ett sådant åläggande, får Marknadsdomstolen i vissa fall göra det. Om det finns särskilda skäl för det, får ett sådant åläggande, enligt 25 § KL, 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, d.v.s. 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 skall 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 32 a § KL. Därför bör det föreskrivas en möjlighet för Marknadsdomstolen att, om det finns särskilda skäl för det, meddela beslut om förbud för tiden till dess frågan har avgjorts slutligt.

5.4 Vite

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 §§ KL) finns i dag en möjlighet att förena åläggandet med vite enligt 57 § samma lag. Ett förbud eller åläggande får enligt sistnämnda bestämmelse förenas med vite även i andra särskilt utpekade fall. Möjligheten att stoppa pågående överträdelser med vite har bedömts nödvändig för att konkurrenslagstiftningen skall kunna fungera effektivt. Det kan tilläggas att hinder inte möter mot att en myndighet såsom företrädare för staten träffas av ett vitesingripande (jfr prop. 1993/94:35 s. 32 och 41).

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.

5.5 Skadestånd

Enligt 33 § KL gäller att om ett företag uppsåtligen eller av oakt-samhet överträder förbuden i 6 eller 19 § företaget skall 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 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 förbudsbeslut som meddelats med stöd av klausulen. De skador som en överträdelse av ett meddelat förbudsbeslut kan vålla, och som i vart fall delvis är av samma art som de vilken 33 § KL skyddar mot, talar med styrka för skadeståndsskyldighet. Att sådan skyldighet inte kan uppstå till följd av konfliktlösningsregeln för tid före det att ett individuellt förbud har meddelats innebär en skillnad mot vad som gäller överträdelser av de generella förbuden i KL. Detta följer emellertid av att den nya bestämmelsen inte kan utformas som ett generellt, ständig mot envar gällande förbud. Att, i ett läge när skadorna är i vart fall delvis av samma art, på grund av denna skillnad avstå från att införa skadeståndsskyldighet från den tidpunkt som är möjlig saknar fog. Bland annat skadas i så fall de intressen som KL skall skydda. Bestämmelser om detta bör inte ges en annan utformning än 33 § KL, och bör därför införas genom en komplettering av sistnämnda lagrum.

Skadeståndsskyldighet vid överträdelse av ett meddelat förbud föreslås därför. Vad detta innebär behandlas närmare i författningskommentaren.

5.6 Omprövning

I den äldre konkurrenslagen fanns regler om omprövning. 1993 års konkurrenslag har inte regler om omprövning beträffande förbud och ålägganden, utom när det gäller företagskoncentrationer.

Marknadsdomstolen är ett specialiserat beslutsorgan. Den är enda instans i fråga om mål enligt lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden, lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare, produktsäkerhetslagen (1988:1604)

och LIU. Även i denna lagstiftning finns regler om omprövning. Sådana bestämmelser finns också i marknadsföringslagen (1995:450).

I konfliktlösningsregeln anges Marknadsdomstolen som första och enda instans. Skälen för detta har redovisats i avsnitt 4.5.

Överväganden i fråga om omprövning måste ske utifrån de ändamål och den funktion rättskraftsinstitutet har. Det är främst två hänsyn som gör sig gällande i sammanhanget. Genom rättskraftsreglerna bereds 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 incitament att lägga ned det arbete på processen som saken är värd och genom att onödiga dubbelprocesser undviks.

På näraliggande områden där Marknadsdomstolen är första och enda instans finns således 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. Fastän KL saknar omprövningsbestämmelser vid sidan av koncentrationskontrollen, bedöms det i denna promemoria ändock finnas nog starka skäl för att i KL införa särskilda regler om omprövning i fråga om den nya bestämmelsen. Det får övervägas i ett annat sammanhang, när underlag för detta föreligger, om omprövningsinstitutet bör utvidgas till att omfatta även KL i övrigt.

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

Marknadsdomstolens dom vinner omedelbart laga kraft och kan överprövas endast resningssvågen. Reglerna om omprövning innebär dock att domen 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 skall få ske bör det föreligga särskilda omständigheter. Det bör vara fråga om att de omständigheter som låg till grund för det första avgörandet ändrats i något väsentligt avseende, eller att det föreligger något annat särskilt skäl som bör föranleda omprövning.

6 Konsekvensbeskrivning

Ett system för konfliktlösning vid mötet mellan den offentliga och den privata sektorns säljverksamhet syftar till att undanröja konkurrenskonflikter. Därmed ökar möjligheterna att på marknaderna arbeta efter principen konkurrens på lika villkor.

Särskilt de små och medelstora företagen kommer att stärkas av det större skydd som en konfliktlösningsregel skall skapa för möjligheterna att konkurrera på rättvisare villkor. Systemet för konfliktlösning ger också klarare spelregler som ökar förutsebarheten för de berörda aktörerna på marknaden, således både de privata och de offentliga. Detta ger, om en lagstiftning genomförs, i sin tur en styrande effekt i fråga om de offentliga företagen i deras verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. I så fall kommer det ju att framgå mer tydligt vilka principer statsmakterna vill skall tillämpas på marknaden i de olika situationer som har redovisats i denna promemoria. Så kommer att ske med frivilliglinjen som huvudspår men med möjlighet till domstolsprövning slutligt.

En nya bestämmelse kan inte beräknas medföra några mer betydande kostnader för de offentliga aktörerna som redan i dag deltar i Konkurrensrådets arbete.

Förslaget innebär inte att Konkurrensverket skall vara skyldigt att ta upp varje förfarande som kan ifrågasättas vara konkurrensnedvridande på ett skadligt sätt. Även så ger förslaget vissa tillkommande arbetsuppgifter för verket, samtidigt som rådet knyts till verket. Mot detta får ställas att systemet med, ytterst, åtgärd med stöd av en konfliktlösningsregel ställer upp betydligt klarare spelregler i fråga om när och hur det allmänna bör bedriva sälj-

verksamhet. Detta är ägnat att minska behovet av resurskrävande åtgärder.

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 kan tänkas att ett genomförande av förslaget om ett påbyggt system för konfliktlösning kan beröra dem. Det saknas dock i nuläget anledning tro att detta inte skulle kunna ske inom befintliga ramar.

Bedömningen är att det nya systemet bör kunna hanteras inom oförändrade resursramar för det konkurrensrättsliga området.

7 Författningskommentar

7.1 Förslaget till förordning om ändring i förordningen (1996:353) med instruktion för Konkurrensverket

Rådet för konkurrens på lika villkor

12 a § *Till Konkurrensverket är knutet ett råd för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor. Rådet har till uppgift att vara ett forum för att diskutera långsiktiga åtgärder som främjar en utveckling vilken leder till minskade konkurrenskonflikter mellan den offentliga och den privata sektorn. Därvid skall rådet yttra sig i policyfrågor. Vidare ingår vägledning och stöd.*

Rådet skall inom sitt verksamhetsområde i förhållande till Konkurrensverket

- 1. tillföra kunskaper om de villkor under vilka offentliga och privata företag verkar,*
- 2. ge sin syn på principiella och praktiska frågor av betydelse,*
- 3. yttra sig om informationsfrågor,*
- 4. följa upp och analysera utvecklingen på området och*
- 5. initiera förslag om angelägna forsknings- eller utredningsprojekt.*

För rådets uppgifter har redogjorts i avsnitt 4.5.

12 b § Rådet för konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor består av generaldirektören för Konkurrensverket, vilken är ordförande, samt vardera fyra ledamöter som representerar offentlig respektive privat sektor.

Andra ledamöter än ordföranden utses av regeringen för bestämd tid.

Rådet har i kommittéform varit sammansatt av, förutom ordförande, vardera fyra representanter från offentlig respektive privat sektor. Även i den permanenta formen ges rådet denna sammansättning. Som redovisats i avsnitt 4.5 gör rådets uppgifter samt frågornas samband med KL det naturligt att generaldirektören för Konkurrensverket automatiskt är ordförande i rådet.

7.2 Förslaget till lag om ändring i konkurrenslagen (1993:20)

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

1. stat, kommun eller landsting, eller
2. associationsrättsliga subjekt över vilka 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.

I bestämmelsen slås fast innebörden av begreppet *offentligt företag*.

I 3 § definieras begreppet "företag" som är mer vidsträckt än uttrycket "offentligt företag". Det förra, men inte det senare, omfattar även privata företag. Såväl privata företag som offentliga omfattas således av företagsbegreppet i 3 §.

Distinktionen "offentligt" får betydelse vid ingripanden mot konkurrenshämmande förfaranden enligt 32 a § som avser endast

offentliga företag. Den nämnda distinktionen har således till funktion att begränsa begreppet företag vid tillämpningen av 32 a § på ett sådant sätt att endast de offentliga aktörerna kan träffas av förbud enligt sistnämnda lagrum.

Verksamhetens art är dock densamma som enligt 3 §, d.v.s. den är av ekonomisk eller kommersiell natur. I denna del har bestämmelsen således samma innebörd som begreppet företag. I förarbetena till den bestämmelsen uttalas (prop. 1992/93:56 s. 66) att begreppet företag skall ha samma innebörd som uttrycket "undertaking" i EG-rätten. Företagsbegreppet skall 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 utom till den del deras verksamhet består i myndighetsutövning.

En offentlig aktör omfattas således inte av 4 § till den del denne bedriver myndighetsutövning. I sin övriga verksamhet faller dock vederbörande under begreppet offentligt företag, om denna verksamhet är av ekonomisk eller kommersiell natur.

Vidare omfattar begreppet offentligt företag även associationsrättsliga subjekt, över vilka stat, kommun eller landsting direkt eller indirekt har kontroll genom ägarskap, avtal eller på annat sätt. Formuleringen i denna del överensstämmer i relevanta delar med den sakliga innebörden av 34 § första stycket 2 KL, jfr prop. 1998/99:144 s. 87. Här kan även hänvisas till begreppet offentligt företag i Kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag. I det nämnda direktivet anges ett dominerande inflytande föreligga när det offentliga företaget direkt eller indirekt äger majoriteten av egenkapitalet, kontrollerar majoriteten av röstetalet eller har rätt att utse fler än hälften av medlemmarna i ifrågavarande företags administrativa eller verkställande ledning eller i dess styrelse.

Ingripande mot konkurrenshämmande förfarande

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

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

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

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

Beslutet gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

Första stycket

Talan om förbud väcks enligt 32 e § av i första hand Konkurrensverket. Om särskild talerätt för annan föreskrivs i samma lagrum.

Begreppet *offentligt företag* definieras i 4 § som räknar upp stat, kommun och landsting samt vissa associationsrättsliga subjekt vilka driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Förfarandet skall ha samma karaktär.

Med termen *förfarande* avses såväl ett faktiskt handlande som en underlåtenhet att vidta en viss åtgärd. I avsnitt 4.4.2 redovisas förfaranden som är aktuella. Begreppet förfarande omfattar såväl själva bedrivandet av en viss verksamhet som ett förfarande som utgör endast ett led eller inslag i säljverksamheten.

Paragrafen är uppbyggd på två element. Det första är ett konkurrenstest som avser frågan om huruvida det aktuella förfarandet snedvrider eller är ägnat att snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden eller i annat avseende hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Det andra elementet är ett

tilläggskrav varigenom det skall prövas och fastslås om detta sker på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt.

Uttrycket *på ett sätt som är skadligt från allmän synpunkt* har behandlats i avsnitt 4.4.2. Här kan tilläggas följande.

Inte varje form av säljförfarande som strider mot de regler som gäller för den offentlige aktören, eller på annat sätt saknar legitimitet, bör leda till att ett konkurrenshämmande säljbeteende bedöms som skadligt från allmän synpunkt. Ett ingripande med förbud mot att fortsätta ett visst säljförfarande kan ju vara kännbart ekonomiskt för den som träffas, och kan skada dennes anseende e.d. För ett rättsligt ingripande med stöd av den föreslagna nya bestämmelsen skall därför krävas att saken har viss vikt. Vid prövningen av detta måste förfarandets omfattning och varaktighet respektive dess ekonomiska eller principiella betydelse vägas in. Här får uppmärksammas att läget i ett visst fall kan vara sådant att det rör sig om ett relativt sett endast mindre ekonomisk värde. Samtidigt kan situationen vara den att förfarandet tillämpas även av andra offentliga aktörer. Den adderade effekten är därmed större än nämnda värde, totalt sett. Här kan det föreligga ett betydande intresse av att få fram prejudikat som kan påverka de övriga offentliga aktörernas säljbeteenden för framtiden.

I första stycket introduceras begreppet ”hämmande av konkurrens”. Det konkurrenstest som görs här avser till en början frågan om huruvida förfarandet *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 rådet lagt fast i sina riktlinjer, vägt mot omständigheterna i övrigt i det enskilda fallet, får anses berättiga till slutsatsen att förfarandet måste antas hämma konkurrensen i bestämmelsens 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 skall generera ständig förändring genom tekniskt och ekonomiskt framåtskridande. Också en sådan utveckling av en effektiv konkurrens kan bli hämmad av ett visst förfarande.

Begreppet *i annat avseende hämmar förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens* är av uppsamlingskaraktär. Det tar bl.a. sikte på de fallen att det privata initiativet faller bort, eller att privata över huvud inte etablerar sig till följd av den offentlige aktörens förhållningssätt. Det kan även vara så att de privata företagens tillväxt och utveckling i övrigt hejdas eller på annat sätt hålls tillbaka genom nämnda förhållningssätt.

I båda de två fall som första stycket anger kan det, som berörts, röra sig om såväl att det offentliga företaget bedriver en icke legitim verksamhet som att det i en godtagbar sådan verksamhet förekommer ett konkurrenshämmande beteende.

Bestämmelsen träffar både förfaranden 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.

Inte varje avvikelse från den effektiva konkurrensen omfattas av första stycket. I begreppet *hämma* ingår att förfarandet håller tillbaka, d.v.s. hejdar eller dämpar, konkurrenstryckets styrka. Det ligger därvid i sakens natur att de konkurrensförsvagande effekterna skall vara av viss betydelse, för att omfattas av begreppet "hämma". Detta gäller såväl första stycket 1 som 2. Det rör sig här inte om något som avses vara likvärdigt med märkbarhetsrekvisitet i 6 § KL.

Begreppet *ägnat* som återfinns i första styckets båda punkter speglar det inbyggda momentet fara, eller beaktansvärd risk, för

konkurrenshämmande effekter. Begreppet sätter i blickpunkten frågan om huruvida förfarandet till själva sin art har en sådan inriktning respektive utformning som får anses i påtaglig grad riskera att hämma förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens.

Det är i princip konkurrensen på den relevanta marknaden som bedöms. Vid denna marknadsavgränsning bestämmer man dels produktmarknaden, dels den geografiska marknaden, jfr prop. 1992/93:56 s. 85.

Produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra avnämares uppfattning samt faktiska substitutionsmöjligheter m.m. tillhör samma produktmarknad. 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 bestämningen av den geografiska marknaden har bl.a. transportmöjligheter och transportkostnader betydelse. Den relevanta geografiska marknaden kan uppfattas vara det område där de företag som utbjuder eller efterfrågar produkterna verkar, och i vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att området skall kunna särskiljas från närliggande områden som har märkbart annorlunda konkurrensvillkor.

Något avtalsrekvisit är inte uppställt till skillnad mot vad som gäller enligt 6 §. Bestämmelsen riktar sig i stället mot varje offentligt företag som förfar på det sätt som bestämmelsen anger. Detta gäller oavsett om företaget ensamt tillämpar förfarandet eller gör det i ett avtalsförhållande med ett eller flera andra företag. Inte heller krävs att dominerande ställning föreligger, såsom enligt 19 § KL.

Om ett förbud övervägs mot ett visst förfarande kan detta 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 legitimitet 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.

Det får enligt vanliga principer anses vara Konkurrensverket eller annan som för talan som bär bevisbördan för att förfarandet hämmar eller är ägnat att hämma konkurrensen. Motsvarande gäller i fråga om begreppet skadligt från allmän synpunkt. Självfallet måste det dock ankomma på svaranden att lägga fram de skäl och närmare omständigheter som denne särskilt vill föra fram till stöd för förfarandet. Den senare har ju i allmänhet den bästa insikten i vad som finns att anföra i det avseendet. Därefter ankommer det dock i princip på käranden att vederlägga detta.

Andra stycket

Ett förbud mot att tillämpa ett visst angivet förfarande bör kunna utvidgas till att omfatta även beteenden som väsentligen överensstämmer med det angivna. Annars skulle ett förbud som träffar endast ett visst konkret beskrivet beteende, eller en särskilt preciserad underlåtenhet, lätt kunna bli verkningslöst genom att den som omfattas av förbudet företar en i sak ganska betydelselös modifiering av det förbjudna förfarandet.

Tredje stycket

Här föreskrivs som huvudregel att beslutet gäller omedelbart. Självfallet kan dock Marknadsdomstolen förordna om annat.

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

Bestämmelsen har motiverats i avsnitt 5.2. Dess innebörd är att 32 a § gäller vid sidan av, och således blir en utfyllnad till, de generella förbuden i 6 och 19 §§. Bestämmelsens utformning innebär att 32 a § inte är tillämplig på ett förfarande som täcks av något av de nämnda förbuden. Endast när så inte är fallet kan 32 a § tillämpas.

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.*

Regeln ger Marknadsdomstolen en möjlighet att meddela ett interimistiskt beslut om förbud enligt 32 a §, om det finns särskilda skäl för det.

Bestämmelsen är avsedd för situationer där det är viktigt att ett beslut fattas snabbt samt då skadlighetsbedömningen 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 interimistiskt beslut måste således tas i beaktande. Mot detta måste vägas huruvida beslutet kan medföra negativa följder av väsentlig beskaffenhet för den som beslutet riktar sig mot.

Enligt föreslagen lydelse av 64 § skall rättegångsbalkens regler för indispositiva tvistemål gälla beslut enligt 32 a §. Eftersom rättegångsbalken inte lämnar någon generell möjlighet att meddela interimistiska beslut motsvarande vad som föreskrivs i första stycket saknas i rättegångsbalken också särskilda handlingsregler för domstolen i denna situation. Någon regel om att Marknadsdomstolen skall vara skyldigt att kommunicera hand-

lingarna 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 påtaglig risk för att ett åläggande mot en allvarlig och konstaterad överträdelse 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 prop. 1997/98:130 s. 37.

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.*

Motsvarande bestämmelse finns även i annan lagstiftning, bl.a. 5 § LIU.

Omprövning får ske under de förutsättningar som anges i bestämmelsen oavsett om den tidigare prövningen inneburit bifall eller ogillande av en talan om förbud. Marknadsdomstolens beslut vinner omedelbart laga kraft och kan överprövas endast resningsvägen. Däremot innebär 32 d § att besluten inte har negativ rättskraft. Förutsättningarna i bestämmelsen skapar dock rättskraft enligt de gränser de representerar i sig.

För att ett nytt beslut skall få meddelas i en tidigare meddelad fråga fordras alltså särskilda skäl. Det skall 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 punkten handlar det om ändrade förhållanden där det gäller ett väsentlighetskrav. Exempelvis kan förändringar i om-

ständigheterna 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 provat förfarande 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 enligt andra punkten. 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. En återhållsamhet bör iakttas vid omprövning i skärpande riktning.

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.

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

Rättegångsbestämmelserna i KL 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 överträdelsen. Vidare gäller det konkurrensskadeavgift, kvarstad och

förbud mot en viss företagskoncentration. Denna kategori skall 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 13 § tredje stycket, 60 § första stycket samt 63 § första stycket 4 och 5 tillämpas lagen (1996:242) om domstolsärenden. Hit hör medgivande av förlängd tid samt meddelande av undantag från förbudet i 6 § m.m., icke ingripandebesked, 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.

Talan om förbud eller omprövning enligt *första stycket* väcks av Konkurrensverket. Trots att det är fråga om att ta tillvara mer eller mindre allmänna, icke individualiserbara intressen bör inte talerätten begränsas endast till Konkurrensverket såsom en företrädare för det allmänna. En särskild talerätt är därför föreskriven för en sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag eller ett företag som berörs av beslutet.

Av 62 § följer att Konkurrensverkets beslut att inte ansöka om åtgärd ej får överklagas. De nämnda subjekten har enligt *andra stycket* i stället en särskild talerätt. Detta innebär att den, inom den i bestämmelsen angivna kretsen, som är missnöjd med verkets beslut själv får väcka talan om åtgärd hos Marknadsdomstolen. Av 64 § första stycket 1 följer som redan har berörts att en sådan talan väcks genom ansökan om stämning och handläggs som ett indispositivt tvistemål.

Även ett offentligt företag som har meddelats förbud enligt 32 a § får enligt tredje stycket väcka talan om omprövning. Någon inskränkning till att så gäller endast när Konkurrensverket har beslutat att inte göra detta har ej föreskrivits. Därmed föreligger parallell behörighet för verket och det offentliga företaget.

33 § *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 däri-
genom 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.

Lagändringen har motiverats i avsnitt 5.5.

Samma regler om skadeståndsskyldighet för ett företag som överträder de lagstadgade förbuden i 6 och 19 § anges i *första och andra styckena* gälla för det fall ett offentligt företag överträder ett av Marknadsdomstolen meddelat förbud enligt 32 a §. Handlandet från det offentliga företags sida måste vara uppsåtligt eller oaktsamt. Ersättning utgår för ren förmögenhetsskada. I övrigt gäller skadeståndslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer. Obestämda kretsar av konsumenter som indirekt berörs av ett förbjudet samarbete har inte rätt till skadestånd. Nu berörda aspekter behandlas i prop. 1992/93:56 s. 96 f., där även frågor om beräkning av skadestånd samt bevisning tas upp.

Situationer som tillkommer genom lagändringen är bl.a. de följande.

Om det offentliga företaget trots ett förbud mot själva verksamheten fortsätter med denna kan det leda till att övriga får lägre omsättning än vad som annars hade varit fallet. Ersättning kan då utgå för utebliven vinst. En prissättning som innebär att det offentliga företaget inte täcker sina kostnader fullt ut kan medföra att andra aktörer måste sänka sitt pris. Också detta kan

grunda rätt till skadestånd för utebliven vinst. Vidare kan det röra sig om höjda kostnader för de privata företagen när ett offentligt företag som kontrollerar en strategisk nytthet vägrar dem tillgång till denna, eller diskriminerar vissa genom att ta mer betalt av dem än av andra. Extra kostnader kan också uppstå genom att de övriga aktörerna måste höja sina marknadsaktiviteter för att söka möta snedvridande konkurrens från det offentliga företaget.

På samma sätt som gäller för överträdelser av förbuden i 6 och 19 §§ prövas skadeståndsskyldigheten av allmän domstol enligt forumreglerna i 10 kap. rättegångsbalken. Käranden kan dock enligt *tredje stycket* alltid väcka skadeståndstalan hos Stockholms tingsrätt.

57 § *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.

Ändringen innebär att även ett förbud enligt 32 a § får förenas med vite. Det är naturligt i normalfallen att ett förbud enligt denna bestämmelse kopplas med vite.

Av 32 c § följer att även ett interimistiskt beslut om förbud kan förenas med vite enligt nämnda bestämmelse.

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 skall 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 skall alltså inte kunna vara ekonomiskt fördelaktigt att sätta sig

över ett förbud. Motsvarande gäller även då ett förbud enligt 32 a § förenas med vite.

Möjlighet finns att förelägga löpande vite.

Talan om utdömande av vite regleras i 59 §.

64 § Om något annat inte följer av denna lag tillämpas,

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.

Ändringen har motiverats i anslutning till 32 e §.

Ändringen innebär att reglerna för indispositiva tvistemål skall gälla för Marknadsdomstolens handläggning vid prövning av frågor som avses i 32 a §.

Genom att prövningen beträffande 32 a § hänförs till 64 § första stycket 1 åläggs Marknadsdomstolen en viss utrednings-skyldighet och har bl.a. en möjlighet att ex officio införskaffa bevis.

Marknadsdomstolens sammansättning regleras i lagen om marknadsdomstol m.m. Vid prövning av en fråga som avses i 32 a § kallas naturligen den föreslagna experten med särskilda insikter i offentlig verksamhet, jfr förslaget till ändring i 4 § marknadsdomstolslagen.

Att tvistemålsreglerna i rättegångsbalken skall tillämpas i vissa konkurrensrättsmål innebär, att även bestämmelserna om fördelning

av rättegångskostnader i 18 kap. rättegångsbalken blir tillämpliga. När Konkurrensverket för talan tillämpas i fråga om rättegångskostnaderna brottmålsregler enligt 18 kap. 16 § rättegångsbalken. För övriga gäller huvudregeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken att den part som tappar målet skall ersätta motpartens rättegångskostnader.

69 § 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 44 a § samt ärende enligt denna lag, skall reglerna för tingsrätt tillämpas. I andra fall tillämpas reglerna för hovrätt.

Skilda rättegångsformer gäller för olika frågor enligt KL. Bestämmelsen har tillkommit för att möjliggöra gemensam handläggning i Marknadsdomstolen i vissa fall.

En möjlighet införs att gemensamt handlägga ett överklagande av ett åläggande av Konkurrensverket enligt 45 § med en talan enligt 32 a § om det är till fördel för utredningen. Handläggningen skall då ske enligt rättegångsbalkens regler för indispositiva tvistemål.

7.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (1970:417) om marknadsdomstol m.m.

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

Ändringen innebär att domstolen utökas med en särskild ledamot.

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 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.

Ändringen innebär att en av de särskilda ledamöterna skall ha särskild insikt i sådan offentlig verksamhet som kan bli föremål för prövning enligt 32 a § KL.