

Reformering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet

Rapport om reglerna i konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (KOS) med

- en analys av tillämpningen det första decenniet och
- förslag till en reformering av de materiella reglerna och beslutanderätten

Sammanfattning

1. Reglerna mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet har funnits sedan 2010. I rapporten analyseras hur tillämpningen av reglerna har varit det första årtiondet och vilken förbättringspotential som finns. Rapporten innehåller också flera reformförslag.
2. I den här rapporten som tagits fram på uppdrag av Svenskt Näringsliv delas i många avseenden den inledande analys av hittillsvarande domstolspraxis som Konkurrensverket gjorde 2016 i Rapporten Utvärdering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.¹ Konkurrensverket har också i rapporten tydliggjort hur verkets prioriteringar i den utredande verksamheten påverkades av analyserna. Konkurrensverket har även i en rapport 2020 sammanfattat de första tio åren med KOS-reglerna.²
3. En övergripande slutsats i denna rapport och 2016 års rapport från Konkurrensverket är att syftet med införandet av den s.k. konfliktlösningsregeln inte har blivit fullt ut tillgodosett. Många problem kvarstår med att offentlig sektor agerar kompetensöverskridande och konkurrerar med privata företag på ett sätt som begränsar konkurrensen och riskerar att slå ut eller försvåra för privata företag.
4. Det får med andra ord anses vara ett stort misslyckande att inte verksamheter kan förbjudas med KOS-reglerna
 - när det offentliga överskrider sin kompetens
 - och det påverkar små och medelstora företag
5. I den här rapporten presenteras ett **åtgärdsprogram** för att komma tillrätta med de tillämpningsproblem som funnits under de första tio åren med KOS-reglerna.
6. En utgångspunkt för KOS-reglerna bör vara att ett förbud ska kunna meddelas mot en kompetensöverskridande verksamhet
 - om inte verksamheten är obetydlig och
 - om påverkan på konkurrensen inte kan uteslutas
7. Den föreslagna reformen innehåller flera lagförslag, nämligen följande:
 - En **precisering** i lagtexten av de **materiella** förutsättningarna för åläggande/förbud på **fyra** punkter, nämligen
 - att det är **konkurrensförutsättningarna på lång sikt** av den offentliga säljverksamheten som ska bedömas

¹ Konkurrensverkets rapport 2016:9.

² Konkurrensverkets rapport 2020:2.

- att ett kortsiktigt ökat konkurrenstryck från kompetensöverskridande offentlig säljverksamhet (i strid med kommunalrätten mm) inte ska beaktas
- genom att införa en **presumptionsregel** för att kompetensöverskridande offentlig säljverksamhet har konkurrenssnedvridande effekter, givet att en omsättning på två (2) miljoner kr generas av den lagstridiga verksamheten, *någon viss marknadsandel krävs inte*
- genom att införa en **hjälpregel** med innebörden att det i avsaknad av särredovisning eller lämpliga metoder för att särskilja kompetensenlig verksamhet från den kompetensöverskridande så ska all omsättning av verksamheten räknas in i beloppet.
- **Konkurrensverket bör få beslutanderätt** om åläggande/förbud på KOS-området, med överklagandemöjlighet till PMD.

Lagförslag

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

3 kap.

27 §

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

1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller
2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.

Förbud får inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.

En kommun eller ett landsting får även förbjudas att bedriva en viss säljverksamhet i fall som avses i första stycket. En sådan verksamhet får dock inte förbjudas, om den är förenlig med lag.

Vid bedömningen av snedvridningen och/eller hämmandet av ett förfarande eller en säljverksamhet ska de långsiktiga konkurrensförutsättningarna beaktas. Ett ökat konkurrenstryck som kortsiktigt kan uppstå genom själva den kompetensöverskridande verksamheten ska inte beaktas.

Om en kompetensöverskridande säljverksamhet totalt omsätter mer än 2 miljoner kronor presumeras verksamheten ha konkurrens-snedvridande effekter på marknaden. I avsaknad av särredovisning eller lämpliga metoder för att särskilja kompetensenlig verksamhet från denna ska all omsättning av verksamheten räknas in i beloppet enligt första meningen.

Ett förbud gäller omedelbart, om något annat inte bestäms.

32 §

Konkurrensverket får *väcka talan* om förbud enligt 27 § eller omprövning enligt 31 § andra stycket. En talan om omprövning av ett meddelat förbud får också väckas av den som förbudet riktar sig mot.

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

Konkurrensverket får *besluta* om förbud enligt 27 § eller omprövning enligt 31 § andra stycket. En talan om omprövning av ett meddelat förbud får också väckas av den som förbudet riktar sig mot.

Om Konkurrensverket för ett visst fall beslutar att inte *meddela* förbud enligt 27 §, får talan väckas *i domstol* av ett företag som berörs av förfarandet eller av verksamheten.

Överklagandebestämmelsen i 7 kap 1 § konkurrenslagen behöver även justeras.

Uppdrag

8. Svenskt Näringsliv driver ett projekt som handlar om hur de s.k. KOS-reglerna i konkurrenslagen kan förbättras för företag som påverkas negativt av offentlig säljverksamhet. Det gäller såväl statlig, kommunal som landstingets konkurrensbegränsande säljverksamhet. Svenskt Näringsliv vittnar om att osund konkurrens från offentlig säljverksamhet är ett av de allra vanligaste problemen som deras medlemmar väcker.
9. Avsikten är att belysa vilka tillämpningsproblem som funnits under de dryga 10 år som reglerna funnits och vilka förslag till förändringar av lagstiftningen som är påkallade utifrån Svenskt Näringslivs perspektiv.
10. Det kan inte uteslutas att utformningen av förarbetena till KOS-lagstiftningen kan ha lett till att tillämpningen har kommit att bli onödigt svår. Det är sådana faktorer som
 - kopplingen av konfliktlösningsregeln till den klassiska konkurrensrätten,
 - placeringen i konkurrenslagen,
 - samma beviskrav på avgränsning av relevant marknad som inom den klassiska konkurrensrätten,
 - otydligheter i fråga om vad begreppen hämmande och snedvridning av konkurrensen innebär,
 - inte tillräckligt tydligt att kravet på att förfarandet ska ha någon betydelse för konkurrensen är ett lägre krav än märkbarhet i den klassiska konkurrensrätten.
11. Därtill kommer det faktum att inte Konkurrensverket som på vissa andra områden har rätt att fatta beslut om åläggande om förbud. Konkurrensverket har idag möjlighet att meddela åläggande mot företag att upphöra med överträdelser av förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete och dominansmissbruk, samt att förbjuda företagskoncentrationer.
12. Rapporten ska således belysa ovan nämnda frågor men också lämna förslag på följande i syfte att bättre åstadkomma vad som faktiskt var tanken med introduktionen av KOS-reglerna i svensk lagstiftning från den 1 januari 2010:
 - Hur de materiella förutsättningarna för ingripande mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet ska kunna underlättas och bli mer effektiva i framtiden
 - Hur beslutsordningen kan förändras för att öka effektiviteten i tillämpningen och respekten för reglerna
 - Övriga aspekter som kan underlätta tillämpningen (även t.ex. ifråga om utredningsbefogenheter och ordningar som underlättar självrättelser, om det är befogat).

Bakgrund - konfliktlösningsregeln

13. Offentlig sektor styrs på olika sätt och finansieras med skattemedel.
14. När det gäller affärsverksamhet som bedrivs i offentlig regi är den omgärdad av olika begränsningar som det offentliga har att förhålla sig till. Det offentliga kompetensområde regleras i kommunallagen eller i statliga myndigheters instruktioner och regleringsbrev. Det finns även speciallagar som i viss mån utvidgar det offentliga kompetensområde.
15. Man bör kunna förvänta sig att offentlig verksamhet – även affärsverksamhet - ska vara förankrade i politiska beslutsprocesser som ligger inom den offentliga sektorns ramar, regelverk och instruktioner. Att man lever upp det till det uppdrag som det offentliga har fått av medborgarna. Merparten av offentlig sektor håller sig inom dessa uppdrag. Det känsliga är när det offentliga bedriver affärsverksamhet på konkurrensutsatta marknader i konkurrens med privata företag. Det ger ofta upphov till olika typer av problem och konflikter.
16. Vid remissbehandlingen av Konkurrensrådets betänkande Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor (SOU 2000:117) och departementspromemorian med samma namn (Ds 2001:17) var en stor majoritet av remissinstanserna i väsentliga delar positiva till att införa en särskild konfliktlösningsregel. Några remissinstanser begärde även längre gående lagstiftningsåtgärder.
17. Initialt försökte man med frivilliga lösningar för att komma till rätta med problemen, men eftersom konkurrensproblemen mellan offentlig och privat sektor alltjämt kvarstod infördes konfliktlösningsregeln år 2010. Detta ställningstagande utslöt naturligtvis inte att konkurrenskonflikter även fortsättningsvis kunde lösas på frivillig väg i det enskilda fallet.
18. Det ansågs att det i konkurrenslagen saknades tillräckliga instrument för att lösa konflikter vid offentlig säljverksamhet. Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete bedömdes sällan vara tillämpligt. Inte heller regeln som förbjuder missbruk av dominerande ställning ansågs användbar.³
19. Regering och riksdag ansåg därför att det behövdes lagbestämmelser som möjliggjorde domstolsprövning i enskilda fall av konkurrenskonflikter mellan aktörer i offentlig och privat sektor. Problemet med att offentlig sektor bedriver säljverksamhet på konkurrensutsatta marknader ansågs så problematisk att man införde regler som syftar till att motverka detta. Därför infördes den s.k. konfliktlösningsregeln. Reglerna kallas ofta för KOS-reglerna.
20. Dessa infördes i konkurrenslagen (2008:579) och trädde i kraft den 1 januari 2010.

³ Prop. 2008/09:231 s. 30.

Syftet med konfliktlösningsregeln

21. Det kan finnas anledning att upprepa vad syftet med konfliktlösningsregeln var.
22. Syftet var att komma till rätta med konkurrens**snedvridningar** som kan uppstå när offentliga aktörer bedriver säljverksamhet i konkurrens med privata aktörer.
23. Sådana snedvridningar har i allmänhet sin grund i att staten, kommunen eller landstinget kan bedriva verksamhet utan några påtagliga risker för verksamhetens existens. En avgörande skillnad i förhållande till privata aktörer är att staten, kommuner och landsting inte kan försättas i konkurs och ibland omfattas av olika skatteregler. Därmed verkar offentliga aktörer under andra förutsättningar än privata företag eftersom en privat näringsverksamhet normalt sett t.ex. inte kan gå med förlust under en längre tid eller kan underprissätta produkter och tjänster. Villkoren för näringsverksamheten är helt enkelt väldigt olika. Inriktningen av konfliktlösningsregeln har därför som en mer generell utgångspunkt att själva det offentliga inslaget i allmänhet kan vara ett ofrånkomligt och oundvikligt upphov till vissa marknadsstörningar, till följd av att det råder skilda grundförutsättningar i förhållande till privata företag. Bestämmelsen utgår således från att en grad av samband normalt finns mellan exempelvis offentligt ägande av aktören och dennes beteende på marknaden.
24. En grundförutsättning vid tillämpningen av en konfliktlösningsregel mellan offentliga och privata aktörer skulle vara förekomsten av, eller fara för, negativa effekter för konkurrensen. Den fråga som ska besvaras vid prövningen i det enskilda fallet är om beteendet **skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknadsplatsen**. En effektiv konkurrens främjar en rationell produktion samt resursfördelning, bidrar till att öppna marknader och gynnar etablering av nya företag och utveckling av nya produkter. Den effektiva konkurrensen leder till lägre priser och avgifter för konsumenter och andra köpare samt ger dessa ökad service och vidare valfrihet och möjligheter att påverka utbudet av varor, tjänster och andra nyttigheter. Skadas konkurrensen, drabbar detta medborgarna och konsumenterna ekonomiskt. Konfliktlösningsregeln bör omfatta såväl situationer **där det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt på marknaden som fall där privata aktörer inte etablerar sig eller där det privata alternativet faller bort till följd av den offentlige aktörens beteende**.
25. Förarbetena nämner olika typfall av förfaranden som bör anses kunna snedvrída eller hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Det gäller t.ex. underprissättning, diskriminering, vägran att ge tillträde till viss infrastruktur, eller som är selektiva förfaranden.
26. När det gäller verksamheter får en blandning av myndighetsutövning och affärsverksamhet anses hämma förutsättningarna för en effektiv konkurrens.

27. Dit kan även hänföras fall där den offentliga aktörens **blotta närvaro** på marknaden kan leda till att privata aktörer får upphöra med eller får svårt att expandera sin verksamhet eller att närvaron i sig utgör ett etableringshinder, s.k. undanträngningseffekter.
28. De här beteendena utgör **endast exempel** på ageranden från offentliga aktörer som kan omfattas av konfliktlösningsregeln. **Andra situationer kan uppträda**. Enskilda beteenden kan dessutom inte generellt stämplas som olämpliga. Förhållandena kan skilja sig åt mellan olika delar av Sverige.
29. Problem möter således att uttömmande och tydligt beskriva de konkreta förfaringsätt på vilka en konfliktlösningsregel kan vara tillämplig. En sådan beskrivning skulle också hämma en dynamisk rättstillämpning och rättsutveckling.
30. Det är viktigt att i det enskilda fallet ta ställning till om beteendet skadar drivkrafterna till konkurrens samt själva mekanismerna på marknaden.
31. Offentlig säljverksamhet är alltså omgärdad av ramar.
32. En påtaglig sådan är reglerna som syftar till att motverka att det offentliga ägnar sig åt sådant som går utanför själva det offentligas uppdrag och utgör kompetensenliga uppgifter för det allmänna. Det är helt grundläggande att kommuner ska ägna sig åt sådant som är en kommunal angelägenhet. Det som inte är en kommunal angelägenhet lämnas åt andra att göra.
33. Vissa typer av tjänster, produkter och nyttigheter har ansetts vara en kommunal angelägenhet. Det kan givetvis förändras över tid.
34. Men generellt finns det ett synsätt som funnits på kommunalrättens område under decennier, nämligen att det generellt inte är en kommunal angelägenhet att bedriva privat näringsverksamhet. Därför finns det ett direkt förbud mot att driva spekulativ verksamhet i vinstsyfte. Skattepengarna ska inte annat om det är särskilt påkallat användas för näringsverksamhet.
35. Det handlar alltså om kompetensenligheten i den offentliga verksamheten. Till exempel kommuner ska inte ägna sig åt
- sälja markentreprenader på privata marknaden och delta i grannkommunernas upphandlingar (såsom t.ex. fallet rörande Borås kommun)
 - driva beställningstrafik med buss till privata aktörer (såsom fallet som gällde Skelleftebuss)
 - bageri
 - gym och spa (såsom fallet som gällde Strömstad badanstalt)
 - försäljning av jord och sand
36. Det finns forskning om tudelade och blandade marknader och det offentliga och det privata kan i olika sektorer vara olika lämpade och effektiva att bedriva vissa typer av verksamheter. Som utgångspunkt är det den fria marknaden som mest effektivt löser

uppgiften och leder till både lägre priser, bättre utbud och mer innovation. I vissa situationer misslyckas dock marknaden, och då kan det offentliga behöva träda in, t ex om marknaden inte fördelar på ett önskvärt sätt, inte beaktar samhällliga aspekter eller miljöaspekter i tillräcklig utsträckning. Sådant kan åtgärdas både genom reglering eller ett offentligt åtagande rent verksamhetsmässigt.

37. Konfliktlösningsregeln behövs mest och tydligast där det offentliga ägnar sig åt sådant som ligger utanför, ibland, långt utanför, det offentligas ansvarsområde.
38. Det spelar därför egentligen ingen roll vem som är bäst skickad att utföra en viss försäljningsverksamhet och produktion knuten till denna. Till exempel om det offentliga eller det privata är bäst på att göra det. Det finns redan en rågång som är gjord och utan uttryckliga specialregler antagna av riksdagen om något annat så har den kommunala verksamheten begränsningar i fråga om att bedriva ren näringsverksamhet och så bör det förbli.

Förbud mot förfarande och verksamheter

39. Ett förbud kan vara utformat riktat mot ett visst förfarande som bedrivs av staten, kommunen eller landstinget, förutsatt att det hämmar eller snedvrider förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Förbud mot ett förfarande får dock inte meddelas mot förfaranden som är försvarbara ur allmän synpunkt.
40. Ett förbud kan också vara utformat så att en kommun eller ett landsting förbjuds att bedriva viss säljverksamhet. Den får dock inte förbjudas om den är förenlig med lag.
41. Många gånger blir säkerligen bedömningen densamma genom att ett förfarande är försvarbart från allmän synpunkt så är det sannolikt även förenligt med lag. Men rekvisiten för när en viss säljverksamhet kan vara ursäktad skiljer sig begreppsmässigt åt vid bedömningen av förfaranden och verksamheter.
42. Ett förbud kan vara utformat som ett villkor för en offentlig verksamhet. Självfallet måste villkoren till sin innebörd vara förenliga med konfliktlösningsregelns syfte och inriktning. Vid tillämpningen måste naturligtvis också en proportionalitetsgrundsats iakttas, dvs. ett förbud och därtill kopplade villkor får inte göras mer ingripande än som är nödvändigt för att tillgodose vad som är syftet med paragrafen. Ett villkorat förbud kan bl.a. avse konkurrensneutral behandling av skilda privata företag, tillgång till viss nödvändig nyttighet på skäliga och rättvisa villkor samt icke-diskriminering i förhållande till den offentlige aktörens egen säljverksamhet.
43. Det mål där Konkurrensverket hade framgång i Marknadsdomstolen avsåg ett förfarande, medan två andra fall där Konkurrensverkets talan lämnades utan bifall i Marknadsdomstolen gällde verksamhetsförbud (Strömstad kommun och Borås kommun).

Domstolsprövningar

44. Nedan följer en tabell över de mål som Konkurrensverket hittills drivit i domstol om förbud mot vissa förfaranden och verksamheter med stöd av KOS-reglerna.

	Kompetensöverskridande	Konkurrensbegränsande	Resultat
RDM	Ej tillämpligt (pga. förfarande)	Ja	Förbud
Skelleftebuss	Ja	Ja	Förbud
Mälarenergi	Ja (stred mot lokaliseringsprincipen)	Ja	Självrättelse
Strömstad badanstalt	Ja	Nej	Inget förbud Viss självrättelse
Borås kommun	Ja	Nej	Inget förbud
Växjö kommun	Ej tillämpligt (pga. förfarande)	Nej	Inget förbud
Hässleholms kommun	Ej tillämpligt (pga. förfarande)	Ja	Förbud av PMD som undanröjts och återförvisats av PMÖD (2020)

45. Hittills har sju mål varit föremål för domstolsprövning på Konkurrensverkets initiativ, varav fyra har gällt verksamhetsförbud och tre har rört förfaranden. Samtliga mål har gällt kommuner eller i ett fall ett kommunalförbunds agerande.
46. Det finns ytterligare ett mål som ATV Media drivit mot ett kommunalförbund. Det ogillades av såväl Stockholms tingsrätt som Marknadsdomstolen.⁴
47. För de mål som prövats hittills i domstol kan noteras att det i de tre fall som gäller förfarande så är det antingen kommuner eller ett kommunalförbunds agerande. Två av dessa mål har bifallits medan ett har ogillats. Bifall blev det i mål mot Räddningstjänsten Dala Mitt. Även målet mot Hässleholms kommun bifölls av PMD men överklagades till PMÖD som undanröjde domen och återförvisade målet till PMD.
48. Inte något av de sju målen där Konkurrensverket har väckt talan i domstol under KOS-reglernas 10-åriga historia har riktats mot statlig verksamhet.
49. Antalet anhängiggjorda mål är begränsat men inte alls försumbart. Man kan även notera att Konkurrensverket inte har väckt talan i domstol med stöd av konfliktlösningsregeln sedan hösten 2017. Det får nog ses mot bakgrund av de problem som förekommit i tillämpningen av konfliktlösningsregeln. Därtill kommer att förbudet mot ett förfarande tillämpat av Hässleholms kommun som PMD meddelade 8 mars 2019 nu har undanröjts såsom en domvilla och återförvisats av PMÖD till PMD för förnyad handläggning.

⁴ ATV-MEDIA Aktiebolag mot Kommunalförbundet Mediecenter Jönköpings län, MD 2015:17.

Självrättelser

50. Istället för att det blir domstolsprövningar kan det vara effektivt när offentliga aktörer självmant rättar sig. Till exempel efter det att Konkurrensverket inlett en utredning kring misstänkta konkurrensproblem kan en offentlig aktör välja att ändra sitt beteende. Det kan innebära att myndigheten inte utreder saken mer och beslutar att avsluta ärendet. När Konkurrensverket kan skriva av ett ärende med hänsyn till ett ändrat beteende är det en framgång. Ett konkurrensproblem och en misstänkt överträdelse har därmed fått en snabb och effektiv lösning.
51. Konkurrensverket har publicerat en rapport som visar att offentliga aktörer som har blivit föremål för en utredning i flera fall har ändrat sitt beteende på ett sådant sätt att risken för konkurrensbegränsande effekter har minskat. Lagstiftningen och Konkurrensverkets tillsyn har alltså gett resultat, sägs det.⁵
52. Rapporten beskriver exempel på åtgärder som kan utgöra skäl för avskrivning av avyttring eller av avveckling av verksamhet, mätbara förändringar avseende omfattningen av en verksamhet, mätbara förändringar avseende prissättning samt andra åtgärder som dels kan antas medföra väsentliga förändringar för den på den potentiella konkurrensbegränsningen, eller i övrigt medför att regelverket inte längre är tillämpligt, och dels kan följas upp.
53. Konkurrensverket uttrycker vidare att det kommer att utelämnas otydliga åtgärder i framtida avskrivningsbeslut för att inte skapa felaktiga förväntningar hos såväl de granskade aktörerna som hos klaganden.
54. Konkurrensverket uppmanar därför offentliga aktörer som vill göra rätt för sig och genomföra frivilliga åtgärder under Konkurrensverkets utredning att de bör säkerställa att den föreslagna självrättelsen verkligen åtgärdar de konkurrensproblem som aktören ger upphov till och att åtgärden är tillräckligt tydlig för att kunna kontrolleras i efterhand av Konkurrensverket, sägs det.
55. Slutsatsen att den offentliga aktören har ändrat sitt beteende på ett sådant sätt att risken för konkurrensbegränsande effekter har minskat innefattar en för låg ambition, eftersom det inte räcker med att det minskar utan att hela problemet tas om hand.
56. Rapporten beskriver delvis gamla utvärderingar som gjorts för flera år sedan och övergripande är rapporten tämligen okritisk till påstådda reduceringar av konkurrensbegränsningar. Det saknas analys av hur kvantitativt dvs. i hur stor utsträckning det den offentliga aktören påstår sig ha gjort haft någon större påverkan på konkurrenssituationen ur ett företagarperspektiv. Företag har inte, förefaller det, intervjuats, utan frågor har nu eller för flera år sedan bara riktats till den offentliga aktören. Dessutom ska samtidigt påpekas att frivilliga åtaganden inte ger någon prejudicerande effekt och det finns inga sanktioner att ta till om beteendet eller

⁵ Frivilliga åtgärder i offentlig säljverksamhet, Konkurrensverkets rapportserie 2018:5.

verksamheten återupptas igen några år senare. Det riskerar bli en tillfällig effekt, ger stort ansvar till Konkurrensverket att kontrollera om åtagandena har fullföljts. I flera fall hade det varit bättre om Konkurrensverket hade kunnat fatta egna beslut och villkora med vite om inte verksamheten avslutas (och inte återupptas), se förslag till ändrad beslutsordning nedan.

57. Min slutsats är därför att Konkurrensverkets påstående att lagstiftningen har givit resultat säkert kan vara riktigt i sig. Men att någonting har givit resultat måste sättas i relation till vilka förväntningar på resultat som funnits. Den påstådda effekten av lagstiftningen ska nämligen ställas i relation till de höga förväntningar som fanns på lagstiftningen vid tillkomsten, efter att konkurrensproblemen som uppstår när offentlig och privat sektor konkurrerar debatterats flitigt i närmare 20 år.
58. Med det som utgångspunkt finns ett behov av att nu reformera lagstiftningen, vilket jag återkommer till.

Behov av en reformering

59. Det är särskilt viktigt att se på hur företagen, ofta små företag, påverkas i det enskilda fallet av den offentliga säljverksamheten. De flesta ärenden som utretts under de åren KOS-lagstiftningen varit på plats har gällt marknader där i huvudsak små och medelstora företag har agerat. Det finns givetvis undantag från det (t.ex. RDM, Wifi och Hässleholm). De ärendena gällde konkurrensnedvidande effekter mot stora kommersiella aktörer såsom Securitas (Niscaya), Telenor, TeliaSonera, Tele2, Tre, IP-Only.
60. Men bilden är tydlig, det är framför allt små och medelstora företag som berörs av KOS-lagstiftningen. Det handlar i stor utsträckning om en stark negativ påverkan på företagsklimatet om t.ex. en kommun agerar utanför den kommunala kompetensen och bedriver verksamheter med skattebetalarnas pengar som ligger utanför den kommunala kompetensen och uppdraget.
61. Det kan i enstaka situationer och oftast i extrem glesbygd säkert finnas utrymme för att hävda att det ligger inom den kommunala kompetensen att bedriva viss verksamhet som typiskt sätt inte är en kommunal angelägenhet för upprättandet av en viktig samhällsservice inom områden som kännetecknas av ett, i vart fall lokalt, marknadsmisslyckande.
62. Det kan inte uteslutas att utformningen av förarbetena till KOS-lagstiftningen kan ha lett till att tillämpningen har kommit att bli onödigt svår. Det är sådana faktorer som kopplingen av konfliktlösningsregeln till den klassiska konkurrensrätten, placeringen i konkurrenslagen, samma beviskrav på avgränsning av relevant marknad som inom den klassiska konkurrensrätten, otydligheter i fråga om vad begreppen hämmande och snedvridning av konkurrensen innebär, inte tillräckligt tydligt att kravet på att förfarandet ska ha någon betydelse för konkurrensen är ett lägre krav än märkbarhet i den klassiska konkurrensrätten.

”Av någon betydelse” - märkbarhetskriteriet

63. Enligt förarbetena bör de konkurrensnedvidande eller konkurrenshämmande effekterna vara **av någon betydelse** för att ett förbud ska kunna komma i fråga. **Något märkbarhetskrav som inom den klassiska konkurrensrätten bör dock inte ställas**, eftersom man därigenom inte fullt ut kan ta i beaktande den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer. En förutsättning för förbud är också att beteendets faktiska eller potentiella effekter inte uppvägs av omständigheter som medför att beteendet kan anses försvarbart från allmän synpunkt eller är förenligt med lag.
64. Detta uttalande i förarbetena framstod för många läsare som klart. Men det har kommit att utvecklas en praxis kring detta som i viss mening är förvånande. Begreppet ”någon betydelse” är skriven i ett sammanhang i förarbetena som inte alls borde föranlett den slutsatsen, tvärtom.
65. Konkurrensverket har i en rapport ansett att Marknadsdomstolen synes sammanfattningsvis ha kopplat ihop förarbetenas skrivningar om att en konkurrensbegränsning ska ha ”någon betydelse” (prop. 2008/09:231 s. 37 och s. 57) med skrivningar om att marknaden behöver avgränsas (s. 58). Resultatet har blivit att ett märkbarhetskriterium de facto har skapats, vilket inte överensstämmer med förarbetenas lydelse. Med märkbarhetskrav avses normalt ett krav på en viss marknadsandel på den relevanta marknaden för att en konkurrensbegränsning ska anses föreligga.⁶
66. Enligt förarbetena borde dock något märkbarhetskrav inte ställas eftersom man då inte fullt ut skulle kunna ta i beaktande den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer (s. 37). Av förarbetena framgår även att en utgångspunkt för regeln om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet är att den ska lösa just de konkurrenskonflikter som uppstår till följd av ensidiga förfaranden av en offentlig aktör som inte kan sägas ha en dominerande ställning på marknaden (s. 33).
67. Konkurrensverkets utgångspunkt har enligt rapporten i avsaknad av klagörande praxis från MD varit att uttalandet i förarbetena om att överträdelser måste ha ”någon betydelse” ska läsas i sitt sammanhang där det anknyter till (och kontrasterar) sådana beteenden vilka omtalas i närmast föregående stycke, nämligen beteenden vilka är neutrala för konkurrensen och inte omfattas av konfliktlösningsregeln. För att ett förbud ska kunna komma ifråga har Konkurrensverket därför utgått från att det ifrågasatta beteendet måste ha potential att begränsa konkurrensen, snarare än att de konkurrensbegränsande effekterna ska nå upp till någon viss nivå.
68. Kritiken och resonemanget förefaller helt korrekt.

⁶ Rapporten s. 27.

Relevant marknad

69. Enligt förarbetena är det konkurrensen på vad som i konkurrensrätten betecknas som den relevanta marknaden som bedöms. Vid denna marknadsavgränsning bestämmer man dels produktmarknaden, dels den geografiska marknaden. I samma produktmarknad ingår produkter som är inbördes utbytbara med hänsyn till egenskaper, pris, användning, konsumenters och andra avnämares uppfattning samt faktiska substitutionsmöjligheter m.m. Vid avgränsningen av den geografiska marknaden har bl.a. transportmöjligheter och transportkostnader betydelse. Den relevanta geografiska marknaden kan uppfattas vara det område där de företag som utbjuder eller efterfrågar produkterna verkar, och i vilket konkurrensvillkoren är tillräckligt homogena för att området ska kunna särskiljas från närliggande områden som har märkbart annorlunda konkurrensvillkor.
70. Betydelsen och omfattningen av tillämpningen av relevant marknad med krav på bevisning har i den rättspraxis som utvecklats fått en långt mer påtaglig betydelse än som Konkurrensverket inledningsvis bedömde. Det har beskrivits utförligt i Konkurrensverkets rapport Utvärdering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet från år 2016. Detta har lett till stora tillämpningsproblem för Konkurrensverket som fått lägga betydande resurser på marknadsavgränsningsfrågor eller i vissa fall tvingats helt avstå från att utreda en fråga i sak vidare. Det har varit mycket betungande.⁷ Av Konkurrensverkets rapport framgår att Konkurrensverket lagt ned mellan 2000 - 6000 timmar på varje domstolsärende, inklusive utredningen. Totalt handlar det om ca 25 000 timmar. En av förklaringarna till det stora antalet timmar är utan tvekan just beviskraven i fråga om bedömningen av relevant marknad.⁸

En analys av effekterna av det offentliga agerandet i några ärenden

71. Om man går över till att analysera hur effektbedömningen i ärenden utfallit kan man notera följande. Nedan följer en genomgång av några utvalda ärenden. Urvalet har skett så att det omfattar de flesta domstolsärendena med tonvikt på bedömning av effekterna samt något ytterligare ärende som belyser Konkurrensverkets effektbedömning i en utredning.

⁷ Konkurrensverkets rapport 2016:9.

⁸ Konkurrensverkets rapport 2016:9 s. 16 som innehåller en tabell över handläggningstiden och antalet registrerade timmar i de ärenden som gått till domstolsprövning.

Helsingborgs kommun, Wifi

72. Helsingborgs kommun har varit föremål för två omfattande ärenden hos Konkurrensverket som rör tillämpningen av KOS-reglerna. Det ena avskrevs i september 2014 efter att kommunägda bolaget Helsingborgs Hamn AB avyttrat sitt ägande i ett aktiebolag som ägnade sig åt försäljningsverksamhet av logistiklösningar för hamnverksamhet i konkurrens med andra privata företag.⁹ Det var alltså fråga om en självrättelse.
73. Det andra ärendet gällde att Helsingborgs kommuns erbjudit gratis wifi på vissa begränsade platser i staden. I ett principiellt mycket viktigt beslut i december 2015 klargjorde Konkurrensverket att gratis surfzoner kunde erbjudas om de var begränsade på ett sådant sätt att de inte fick en betydande påverkan på marknaden. I beslutet klargjorde Konkurrensverket att beslutet kunde komma att omprövas om Helsingborgs kommun skulle bygga ut till fler eller större surfzoner eller medge ökade trafikmängder i de redan befintliga zonerna.¹⁰

Skellefteåbuss

74. I Skellefteå-målet hade Skelleftebuss en andel på den relevanta marknaden på 50 procent. En konkurrent fanns, medan övriga aktörer var mycket små.
75. Skelleftebuss marknadsposition framstod enligt tingsrätten som mycket stark och konkurrenterna som små jämfört med andra marknader, främst Östersund. Konfliktlösningsregeln utgår från en grad av samband normalt finns mellan offentligt ägande av en aktör och dennes beteende på marknaden (prop. 2008/09:231 s. 35). Tingsrätten ansåg sig därför kunna utgå från Skelleftebuss starka position på marknaden hängde samman med att bolaget var en offentlig aktör. Konkurrensen hämmades därmed. Omsättningen och starka positionen innebar att konkurrenshämningen fick anses vara av någon betydelse. Enligt tingsrätten fick beställningstrafiken till privata sägas hämma konkurrensen pga. Skelleftebuss starka ställning hängde samman med att man är en offentlig aktör.¹¹ Hämmningen fick anses vara av någon betydelse (pga. omsättning inom beställningstrafiken och dess starka ställningen på marknaden).¹² Företagen påverkades genom att det enligt tingsrätten finns privata aktörer som kan tillmötesgå efterfrågan på marknaden.
76. Tingsrätten prövade även om närvaron på beställningsmarknaden var konkurrensneutral och nödvändig för att upprätthålla nödvändig service. Sådan service

⁹ Konkurrensverkets dnr 535/2012, beslut den 2 september 2014.

¹⁰ Konkurrensverkets dnr 706/2014, beslut den 14 december 2015.

¹¹ Stockholms tingsrätts dom den 12 juli 2013 i mål T 8160-11, s. 55 f.

¹² Samma dom, s. 56.

kunde dock tillgodoses på andra sätt, vid tillfälliga behov på flygplatsen kunde små åkare t.ex. samarbeta.

77. Tingsrätten förbjöd verksamheten i den grad den gällde beställningstrafik till externa kunder.
78. Förbudet innebar nya avsättningsmöjligheter för nya företag på marknaden medan andra redan befintliga företag kunde expandera.

Räddningstjänsten Dala Mitt¹³

79. I det här målet gick företag miste om en fördel med att anordna utbildning på ett visst övningsområde i Borlänge jämfört med andra övningsområden i Avesta och Västerås. Det var visat att det hade betydelse vid tre upphandlingar som MSB genomförde. Man gick miste om att kunna hyra en anläggning av Räddningstjänsten Dala Mitt utan föregående anpassning och till en lägre kostnad. Räddningstjänstens vägran att upplåta övningsfältet i Borlänge hade därför i vart fall varit ägnat att snedvrیدا eller hämma konkurrensen på marknaden.
80. Genom Räddningstjänstens agerande påverkades företag som konkurrerade med Räddningstjänsten vid konkreta upphandlingar, även om företagets hela existens sannolikt inte stod på spel.
81. Agerandet ledde till att förbud meddelades av Marknadsdomstolen.

Strömstad Badanstalt¹⁴

82. Det här ärendet rörde också specifikt om tillräckliga förutsättningar fanns att förbjuda kommunens gym- och spaverksamhet. Den hade gamla anor och var omfattande. Både tingsrätten och MD fann att verksamheten låg utanför den kommunala kompetensen. Ett gym som startat på orten Westcoast Fitness center upplevde problem att etablera sig. Under den fyra år som målet pågick i domstolarna ändrades förutsättningarna en hel del. Det var en handfull ganska så betydande förändringar.
- Westcoast Fitness center lyckades överlåta verksamheten till den stora gymkedjan Nordic Wellness
 - Badanstalten fick inte längre bidrag från kommunen
 - Badanstalten höjde träningsavgifterna
 - Kommunen höjde lokalhyran
 - Det klargjordes att kommunens personal i vart fall senare var oförhindrade att använda sitt friskvårdsbidrag för träning även på andra ställen än vid badanstalten

¹³ MD 2014:1.

¹⁴ MD 2015:12.

83. Utöver dessa så påstod kommunen även i MD att den fått två förfrågningar från privata aktörer om att starta gym i kommunen samt en förfrågan som avsåg byggande av spahotell med gymdel.
84. MD konstaterade att det genom vittnesmålet av grundaren av Westcoast Fitness center framgick att det var svårt att etablera ett gym på orten. Men MD konstaterade att det inte bara gick att etablera utan även att överlåta en verksamhet.
85. MD konstaterade att utredningen sammantaget inte var tillräcklig för att läggas till grund för slutsatsen att badanstaltens närvaro på marknaden medförde att konkurrensen snedvreds eller hämmades.
86. När det gällde spaverksamheten ansåg MD att det saknades utredning om hur närheten till Norge genom gränshandel och turistströmmar påverkade. Det gick därför inte enligt MD att dra några säkra slutsatser om påverkan på konkurrensen på någon bestämd marknad av badanstaltens spaverksamhet.
87. I det här ärendet var verksamheten kompetensöverskridande. När det finns privata aktörer som intygar i domstol att de i flera år påverkats negativt av den kompetensöverskridande verksamheten (t.ex. initiativtagaren Per Andersson på Westcoast Fitness center), borde det räckt för ett förbud. Så kan man i alla fall uppfatta att tanken var med lagstiftningen.
88. Det var nämligen två verksamheter i kommunen där den ena var kommunens med en marknadsandel på ca 60 % (omsättning 3,6 miljoner kronor) och den privata är på ca 40 % och det var klarlagt att den kommunala verksamheten var så omfattande att den inte (i vart fall i sin helhet) var förenlig med kommunallagen. Då borde den kommunala verksamheten förbjudas eftersom den kan presumeras skada konkurrensen på en marknad där kommunen inte ska vara en aktör. Ett förbud hade sannolikt gynnat konkurrensen på lång sikt, även om konkurrensen på mycket kort sikt kanske hade blivit svagare. Jag återkommer till detta i förslagsdelen. Därutöver torde även finnas möjligheten att upphandla en sådan verksamhet och utforma den som en koncession som utförs i privat regi.

Borås kommun¹⁵

89. Borås kommuns försäljning av mark- och anläggningstjänster genom Servicekontoret till externa aktörer ansågs av både Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen inte vara förenlig med lag.¹⁶
90. En huvudfråga i bedömningen var i nästa steg på vilken marknad Servicekontorets försäljning skulle bedömas. Konkurrensverket har bevisbördan för att försäljningsverksamheten påverkar konkurrensen. För att kunna bevisa det ska en avgränsning göras av den relevanta marknaden i målet. Här lyckades inte

¹⁵ MD 2016:3

¹⁶ MD 2016:3, domskälen s. 12.

Konkurrensverket bevisa att den var begränsad till mark- och anläggningsarbeten med ett kontraktsvärde under 10 miljoner kr. I målet hade konkurrenter till Servicekontoret uppgett i domstol att de betraktade Servicekontoret som en av de fem största konkurrenterna. Det tog tingsrätten fasta på men det räckte däremot inte enligt MD. MD lade vikt vid andra omständigheter. I fråga om den geografiska marknaden ansåg MD att Servicekontoret, i brist på annan utredning, konkurrerade på en marknad som avsåg 23 kommuner i sin helhet och att den inte var begränsad till totalmarknad som omslöt 8 miljarder kr. Servicekontoret i Borås hade externa intäkter på ca 12 miljoner kr per år och därmed enligt MD en marknadsandel så låg som på 0,15 procent. Med en så liten andel av den relevanta marknaden kunde inte Servicekontorets försäljning vara ägnad att hämma konkurrensen ansåg MD.

91. Konkurrensverket har utifrån detta valt att prioritera bort ärenden där marknadsandelen är låg:
92. *"Konkurrensverket måste framöver prioritera bort vissa ärenden där den offentliga aktörens marknadsandel riskerar att anses låg, trots att krav på någon viss marknadsandel inte avsågs föreligga vid införandet av konfliktlösningsregeln. Detta om det inte går att härleda tydliga konkurrens effekter av det offentliga beteendet.*
93. *Ju mindre marknadsandel desto svårare blir det att påvisa någon effekt på marknaden även om man kan konstatera att konkurrensen i utgångsläget var snedvriden. Konkurrens snedvridningen försvinner så att säga genom att storleken på marknaden när begreppet "någon betydelse" i förarbetena tolkas på det sätt som domstolarna gjort i praxis. Några bestämda procentgränser för vad som är tillräcklig marknadsandel kan ännu inte uppställas efter de enstaka mål som avgjorts av Marknadsdomstolen."¹⁷*
94. Denna ordning är otillfredsställande och rimmar dåligt med syftet med konfliktlösningsregeln, vilket jag återkommer till i övervägandena längre fram här.

Växjö kommun

95. Konkurrensverket hävdade att de kopplingsförbehåll som tillämpades av kommunen ifråga om tvångsanslutning till fjärrvärme vid köp av tomträtt hade konkurrensbegränsande effekter på flera olika marknader.
96. Stockholms tingsrätt ansåg inte att det fanns tillräcklig bevisning för att det var konkurrensbegränsande på den första marknaden för tomträtter. På andra marknader kunde inte konfliktlösningsregeln tillämpas ansåg domstolen för att det var fråga om marknader där kommunen inte var verksamma. Domstolen bedömde ändå kommunens agerande för den händelse att det kunde prövas enligt konfliktlösningsregeln, men kom även vid en sådan bedömning fram till att det inte förelåg några sådana effekter av förfarandet som Konkurrensverket påstod.¹⁸

¹⁷ Konkurrensverkets rapport 2016:9 s. 40.

¹⁸ Stockholms tingsrätts dom den 16 november, mål nr T 9248-13.

Mälarenergi

97. Målet gällde ett kommunalägt bolag i Västerås som sålde kommunikationsoperatörstjänster i Västerås, Eskilstuna och Hallstahammar. Det stred mot den kommunalrättsliga lokaliseringprincipen ansåg Konkurrensverket och hade konkurrensbegränsande effekter. Konkurrensverket ansökte därför om förbud mot verksamhet som drevs utanför Västerås. Målet var utsatt till huvudförhandling i Stockholms tingsrätt i september 2013. Kommunerna ändrade emellertid ägarstrukturen och överförde verksamheten i ett samägt aktiebolag. Konkurrensverket återkallade talan i domstol och målet skrevs av. Kommunen begärde ersättning för rättegångskostnader men nekades det av tingsrätten, eftersom domstolen fann att den antagliga utgången om målet hade prövats var att Konkurrensverket skulle ha vunnit målet.¹⁹
98. Mälarenergi hade agerat utanför den kommunala kompetensen och haft fördelar som offentlig aktör genom erhållit betydande koncernbidrag pga. negativa resultat. Privata aktörer hade kunnat tillmötesgått denna efterfrågan, förutsatt normala konkurrensförhållanden på marknaden. Försäljningen i Hallstahammar och Eskilstuna var tillräckligt betydande för att det skulle anses ha en förelegat en påtaglig risk för att förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens skulle hämmas enligt KOS-reglerna. Konfliktlösningsregeln utgick från att en grad av samband normalt finns mellan offentligt ägande av en aktör och dennes beteende på marknaden och det saknades enligt domstolen skäl att frångå denna presumtion.

Hässleholms kommun

99. Hässleholmsmålet är ett pågående mål som nu ligger i PMD efter att målet har återförvisats dit av PMÖD. I ärendet fanns i vart fall en befintlig aktör som valt att satsa i kommunen. Företaget hade tecknat avtal med ca 1000 hushåll i kommunen om utbyggnad av fibernät. Företag nekades tillgång till mark för nedläggning av fiber av kommunen.
100. PMD meddelade ett förbud mot kommunen att på det sätt som skett neka upplåtelse av mark till företag som vill etablera och sälja fiberanslutning till slutkund i Hässleholms kommun. Det var i enlighet med Konkurrensverkets yrkande i målet.
101. Förbudet överklagades av kommunen, varpå nu PMÖD återförvisat målet till PMD på grund av att domen påstås vara så oklar att PMÖD anser att den utgjorde en domvilla. Konkurrensverket har nu justerat sin talan i PMD och målet kommer sannolikt att prövas inom en inte allt för avlägsen tid.

¹⁹ Stockholms tingsrätts beslut den 11 april 2014, mål nr T 9290-11.

ATV MEDIA./Kommunalförbundet Mediecenter Jönköping

102. ATV-MEDIA drev med hjälp av den s.k. subsidiära talerätten och således utan Konkurrensverkets medverkan ett mål mot Kommunalförbundet Mediecenter Jönköping.²⁰ Målet gällde s.k. AV-läromedel som kommunalförbundet sålde.
103. Marknadsdomstolen konstaterade att det inte var klarlagt vilka aktörer som kunde möta efterfrågan eller hur utbudet kunde ställas om för att möta en ökad efterfrågan utan väsentliga kostnader eller risker. Det fanns därför inte någon tydlig bild av vilka aktörer som kunde tillhandahålla vad på den aktuella produktmarknaden. Det fanns oklarheter om kunders preferenser och det saknades tillräckliga hållpunkter för att fastställa en geografisk marknad. Det var inte möjligt att bedöma om den verksamhet som Kommunalförbundet bedrev hade sådan påverkan eller var ägnad att ha sådan påverkan av betydelse på konkurrensen som förutsätts för att meddela ett förbud.

Sammanfattning

104. I fråga om snedvridning av konkurrensen och marknadsförutsättningar kan följande sammanfattning göras.
105. Det framgår egentligen redan av lagtextens ordalydelse att snedvridning och hämmande tar sikte på delvis olika bedömningar framförallt genom att första punkten avser förutsättningarna för konkurrens på marknaden medan den andra punkten avser utvecklingen av själva konkurrensen på marknaden.
106. Som sägs i Konkurrensverkets rapport 2016 kan man i efterhand konstatera att tyngdpunkten ofta har hamnat väldigt tydligt på frågor om effekter på själva marknaden (dvs. andra punkten) trots att det handlar om två alternativa rekvisit. Att rekvisiten är alternativa medför att det redan från lagtextens lydelse måste anses vara tydligt att en snedvridning av förutsättningarna för konkurrens är tillräcklig för att etablera en konkurrensbegränsning.
107. Det ligger i sakens natur att det krävs att ett beteende och dess effekter analyseras under lång tid för att något ska kunna sägas om dess långsiktiga effekter på bland annat etablering och konkurrens. För detta har det i allmänhet inte funnits möjlighet i de mål som har avdömts men de kortsiktigt observerade förhållandena på marknaden har ändå kommit att tillmätas avgörande betydelse.
108. Att en snedvridning är avsedd att kunna etableras utan att någon effekt på själva marknaden behöver dokumenteras överensstämmer även med de äldre förarbetsuttalanden som gjordes när formuleringen om snedvridning först fick sin plats i den tidigare gällande lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU). Som framgår av tidiga förarbeten till KOS-regeln hade inspiration till lagregelns formulering hämtats därifrån (Ds 2001:17 s. 38).

²⁰ Konkurrensverkets rapport 2016:9, s 28 f.

109. Enligt förarbetena till LIU tog bedömningen av en snedvridning sikte på själva konkurrenssnedvridningen som sådan och inte på vilka effekter den fick på marknaden (prop. 1993/94:35 s. 59).
110. Enligt Konkurrensverkets rapport så har införandet av ett separat snedvridningsrekvisit i lagtexten inte fått genomslag på lagtillämpningen vilket medfört att Konkurrensverket förväntats föra bevisning om en mängd frågor om marknads utveckling som svårligen låter sig bevisas när det handlar om ett framåtriktat verksamhetsförbud mot kommunal verksamhet på ofta vidsträckta marknader.
111. Effekten har framförallt blivit att MD har kommit att underkänna konkurrensbegränsningar endast baserat på att marknadsandelen för den offentliga aktören är låg, såsom skedde i Borås-ärendet (se även utgången i tingsrätt avseende Växjö-målet).
112. Enligt Konkurrensverkets rapport så kan man baserat på detta konstatera att det vid särskilt låga marknadsandelar enligt praxis anses omöjligt att den offentliga aktörens fördelar – oavsett om de är stora och väldokumenterade eller ej – slår igenom på marknaden. Låg marknadsandel anses därigenom vara tillräckligt för att något förbud inte ska kunna meddelas även om små lokala företag upplever att den offentliga aktörens närvaro har stor påverkan på de lokala konkurrensförhållandena och på de lokala företagens arbetsförutsättningar.
113. Detta är en helt otillfredsställande ordning, vilket föranleder ytterligare kommentarer, överväganden och förslag, se nedan.
114. En övergripande men mycket viktig slutsats är alltså att syftet med införandet av konfliktlösningsregeln inte har blivit tillgodosett. Många problem kvarstår med att offentlig sektor agerar kompetensöverskridande och konkurrerar med privata företag på ett sätt som begränsar konkurrensen.
115. Det får med andra ord anses vara ett stort misslyckande att inte verksamheter kan förbjudas med KOS-reglerna
- när det offentliga överskrider sin kompetens
 - och det påverkar små och medelstora företag
116. Ju tydligare en verksamhet är kompetensöverskridande desto mindre effekt borde behöva påvisas för ett förbud.
117. Prissättningsfrågor har hamnat i visst fokus i Konkurrensverkets tioårsrapport (2020:2). Fokus tycks därmed också ligga mer på förfarande än på rena verksamhetsförbud.
118. Ett problem som fanns före KOS-reglernas utformning var att små företag ibland saknade rätt till laglighetsprövning (kommunalbesvär) om företaget inte var kommunmedlem i kommunallagens mening. T.ex. om ett företag drevs av en person som inte själv är folkbokförd i den kommun där den driver verksamheten eller inte äger en fastighet i kommunen. Då saknar företaget talerätt enligt kommunallagen mot ett sådant kommunalt beslut. Dessutom kan det missas att ett kommunalt beslut fattats

eftersom det publiceras på kommunens anslagstavla. Har man missat tre veckors överklagandefrist kan inte beslutet ogiltigförklaras. Dessutom fattas beslut inte ens formellt i vissa fall och då kan de än mindre överklagas. Ytterligare kan t.ex. stora driftsbidrag till kommunala bolag ligga långt bak i tiden och inte vara angripbara besvärsvägen enligt kommunallagen.

119. Fortsatt fokus borde ligga på kompetensöverskridande verksamheter som begränsar konkurrensen, se de röda delarna i figuren nedan. Prissättningsfrågorna har i det sammanhanget lite mindre betydelse, vilket jag återkommer till kring utformningen av mina förslag.

Figur



Överväganden och förslag till reformering

120. Det finns behov av ett åtgärdsprogram för att komma tillrätta med de tillämpningsproblem som funnits under de första tio åren med KOS-reglerna.
121. Det finns behov av både ändringar i de materiella reglerna i konkurrenslagen och förändringar i fråga om beslutanderätten.

Förslag om precisering av de materiella förutsättningarna för förbud/åläggande

122. De materiella reglerna för att meddela ett förbud/åläggande behöver ändras och preciseras. Man kan primärt identifiera fyra punkter som kunde förbättra och underlätta tillämpningen så att syftet med lagstiftningen tillgodoses i större utsträckning.
123. Den föreslagna reformen innebär en precisering direkt i lagtexten i 3 kap 27 § konkurrenslagen av de materiella förutsättningarna för åläggande/förbud på fyra punkter som beskrivs i det följande.
124. I förarbetena sägs att prövningen bör ha sin utgångspunkt i beteendets långsiktiga verkningar på förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, inte vad som sker eller kan ske på kort sikt. Om det framkommer att konkurrenstrycket minskar på grund av den offentliga aktörens agerande, föreligger en snedvridning eller ett hämmande av förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden. Ett sådant beteende omfattas av konfliktlösningsregeln och kan endast godtas om det tillgodoser några andra intressen som gör beteendet försvarbart från allmän synpunkt.
125. Det föranleder följande förslag.
126. För det första bör det tydliggöras direkt i lagen att det är hur de långsiktiga konkurrensförutsättningarna påverkas av den offentliga säljverksamheten som ska bedömas. Det görs genom införandet av en regel som uttryckligen säger att det är konkurrensförutsättningarna på lång sikt av den offentliga säljverksamheten som ska bedömas.
127. För det andra ska det vara fullständigt klargjort att eventuellt kortsiktigt ökat konkurrenstryck inte ska ligga till grund för bedömningen. Här ska istället bedömas hur intensiv konkurrensen är långsiktigt. Det görs genom tillägget att det klart och tydligt sägs i lagtexten att ett kortsiktigt ökat konkurrenstryck från kompetensöverskridande offentlig säljverksamhet inte ska beaktas vid bedömningen av om ett förbud eller åläggande ska meddelas. Effekten av ett förbud kan bli att försvinnandet av konkurrensen från den offentliga verksamheten leder till kortsiktigt sämre konkurrens innan privata konkurrenter hunnit komma in och ta marknadsandelar som frigörs. Med kompetensöverskridande säljverksamhet avses att det sker i strid med eller utan stöd i kommunalrätten eller statliga instruktioner, regleringsbrev el. dyl.
128. För det tredje så behöver det tydliggöras att konfliktlösningsregeln syftar till att sådan offentlig säljverksamhet som är kompetensöverskridande och som är av en viss omfattning ska kunna förhindras. Konkurrensbegränsningen av den kompetensöverskridande verksamheten behöver inte vara konstaterad eller utgöra en

viss andel av en marknad. Effekterna av den kompetensöverskridande verksamheten ska inte behöva vara märkbara i klassisk konkurrensrättslig mening.

129. Enligt Konkurrensverkets senaste rapport så har framkommit att en del kommuner i viss omfattning anpassar sin prissättning av konkurrensskäl. Syftet tycks vara att verksamheten ska störa företagen i mindre utsträckning.²¹ Det är oklart i vilken utsträckning det avser kompetensenlig eller icke-kompetensenlig verksamhet. Om det avser icke-kompetensenlig verksamhet kan det i sig vara lovvärt även om det inte avhjälpes huvudproblemet med att kommunen driver sådan verksamhet överhuvudtaget. I andra fall prissätts varan eller tjänsten på marknaden lågt av kommunen. Då blir konkurrensproblemen mer påtagliga. Man kan fundera på om självkostnadsprincipen ens gäller på sådan verksamhet som inte är tillåten enligt kommunallagen. Men med underprissättning i KOS-sammanhang avses enligt min mening ett pris under marknadspriset. En prissättning enligt självkostnadsprincipen innebär därför sannolikt både en underprissättning och en marknadsstörande prissättning. Men poängen är här att det gäller prissättning av kompetensöverskridande verksamhet. Det bör noteras att det inte är samma underprissättningsbegrepp som vid dominansmissbruk, där det avses att priset sätts under företagets egna kostnader för att nå långsiktiga strategiska fördelar i form av att slå ut en konkurrent för att senare kunna höja priserna.
130. Konkurrensverket har i sin senaste rapport slagit fast att låga priser och verksamhet som inte är kompetensenlig är de största riskfaktorerna.²² Konkurrensverkets uppföljning tyder vidare på att det är relativt vanligt med säljverksamhet som befinner sig i en "gråzon". Konkurrensverket konstaterar att **argumenten** för en kommun att bedriva konkurrensutsatt säljverksamhet som inte är kompetensenlig rent allmänt bör vara **svaga**.
131. Oavsett hur prissättningen bestäms av kommunen så finns det alltid stora risker med att kommuner driver verksamhet i strid med kommunallagen och de kommunala befogenheterna. (se båda röda områdena i skissen i punkt 119 ovan)
132. Det innebär att en kompetensstridig verksamhet där man likväl försöker ta ut ett marknadspris för att störa marknaden så lite som möjligt ändå bör kunna förbjudas enligt konkurrenslagen. Detta eftersom den ju är kompetensstridig (och alltså inte laglig för kommunen att hålla på med utifrån vad kommunen har befogenhet att syssla med enligt kommunalrätten), men även utifrån det faktum att kommunen helt oavsett prissättning kommer påverka marknaden – dels genom undanträngningseffekter (den del av marknaden som den kommunala verksamheten tar skulle kunna skapa möjlighet till ett eller flera privata företag att komma in och skapa konkurrens på lika villkor) men också att det offentliga alltid har andra förutsättningar för att bedriva ekonomisk

²¹ Konkurrensverkets rapport 2020:2 s. 73 f.

²² Konkurrensverkets rapport 2020:2 s. 87 f.

verksamhet (kan i praktiken inte gå i konkurs, framstår som stabil och trovärdig och kan vila på kommunens goda rykte, har särskilda kontaktvägar och möjligheter gentemot kommunen, kan ofta nyttja kommunen som plattform när det gäller marknadsföring osv).

133. En utgångspunkt för KOS-reglerna bör vara att ett förbud ska kunna meddelas mot en kompetensöverskridande verksamhet
- om inte verksamheten är obetydlig och
 - om påverkan på konkurrensen inte kan uteslutas
134. Därför föreslås en **presumptionsregel** med innebörden att det kan presumeras ha konkurrenssnedvridande effekter om en säljverksamhet som saknar stöd i lagen eller till och med strider mot t.ex. kommunalrätten är av en viss omfattning rent försäljningsmässigt. Presumtionen ska vara att om den kompetensöverskridande försäljningen överstiger ett visst belopp så träder presumtionen in och försäljningen anses ha konkurrenssnedvridande effekter. I de fallen krävs inte att någon viss marknadsandel eller liknande uppnås. Därmed uppnås också fördelen att någon relevant marknad inte heller i detalj behöver definieras. Presumptionsregeln bör vara mycket stark. Kriteriet kvarstår att det kan ursäktas om det är försvarbart från allmän synpunkt i det fall det rör ett förfarande.
135. Frågan är vid vilken beloppsnivå presumptionsregeln bör träda in. Det är svårt att göra några empiriskt underbyggda avgränsningar här. Ledning kan hämtas från statsstödsreglerna²³ och den domstolspraxis som finns kring konfliktlösningsregeln.
136. Utifrån detta kan beloppet lämpligen sättas till 2 miljoner kronor.
137. Omsättningen avser den totalt genererade omsättningen av verksamheten och inte en årlig omsättning. Så snart omsättningen överstiger omsättningsnivån så träder presumptionsregeln in, förutsatt givetvis att säljverksamheten är kompetensöverskridande.
138. Med begreppet kompetensöverskridande avses i kommunala sammanhang att den offentliga säljverksamheten som bedrivs varken har stöd i kommunallagens allmänna kompetensregler eller den särskilda kompetensen att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna. Den har heller inget stöd i lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och den omfattas inte heller av

²³ I Kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse är gränsen 200 000 euro. Att man behöll den gränsen har motiverats med följande:

3) Det är lämpligt att behålla taket på 200 000 euro för stöd av mindre betydelse som ett enda företag kan få per medlemsstat under en treårsperiod. Detta tak behövs fortsättningsvis för att garantera att alla åtgärder som omfattas av denna förordning inte kan anses påverka handeln mellan medlemsstaterna och inte snedvrider eller hota att snedvrider konkurrensen.

anknytningskompetens eller utgör inte heller något tillfälligt överskott som tillhandahålls på marknaden.

139. Det ligger i begreppet att verksamheten alltså saknar stöd i de kommunalrättsliga reglerna och principerna. Då är den kompetensöverskridande och lagstridig. Det är en förutsättning för tillämpningen av den föreslagna presumtionsregeln på kommunal verksamhet. Det innebär att presumtionsregeln inte heller innebär att någon lagkonflikt uppstår mellan de båda regelverken, dvs. kommunalrätten och konkurrensrätten.
140. När det gäller statlig verksamhet så kan det förekomma att säljverksamhet i strid med statliga instruktioner som har givits till en statlig verksamhet som kan bedrivas i olika former. Det kan handla om att ett statligt bolag bedriver verksamhet utanför uppsatta mål eller ägardirektiv. Det kan också handla om att myndigheter bedriver verksamhet i strid med myndighetens instruktioner och regleringsbrev.
141. I fråga om statlig verksamhet ska man komma ihåg att det inte är själva verksamheten som sådan som kan förbjudas, utan det är ett sätt, ett **förfarande**, som kan förbjudas. Det kan handla om på vilka villkor (pris, marknadsföring, betalningsvillkor etc.) som man tillhandahåller en tjänst på en marknad.
142. För det fjärde så ska en sammanblandning av verksamheter inte kunna leda till att presumtionsregeln blir svår att tillämpa. Därför bör även införas en **hjälpregel** med innebörden att det i avsaknad av särredovisning eller lämpliga metoder för att särskilja kompetensenlig verksamhet från den kompetensöverskridande så ska all omsättning av verksamheten räknas in i beloppet. Anledningen är osäkerhet om exakt hur stor den kompetensöverskridande omsättningen rätteligen är ska ligga på den offentliga aktörens sida. Den offentliga aktören är den som har bäst förutsättningar att reda ut fördelningen mellan de två typerna av verksamhet eftersom aktören sitter på bokföringen. Hjälpregeln är tänkt att fungera som ett styrmedel mot att sammanblanda och t.ex. genom korssubventioner begränsa konkurrensen.
143. Presumtionsregeln kan i första hand tillämpas vid beslut om verksamhetsförbud, men även på förfaranden om förutsättningarna är uppfyllda, även om det i vissa situationer kan vara svårt att knyta en omsättning till alla typer av förfaranden.

Ge Konkurrensverket beslutanderätt i fråga om förbud/åläggande

144. Utöver en ändring av de materiella förutsättningarna för tillämpningen av KOS-reglerna så behövs förändringar även i fråga om beslutanderätten. Den viktigaste reformen i det avseendet är att snabba på och effektivisera beslutsfattandet. Det sker genom att den utredande myndigheten Konkurrensverket i likhet med vad som gäller på många andra områden av myndighetens tillsyn får fatta beslut om förbud/åläggande i den här ärendetyperen också.

Den klassiska konkurrensrätten

145. Enligt konkurrenslagen är det förbjudet för företag att samarbeta på sätt som begränsar konkurrensen, till exempel att komma överens om priser eller dela upp marknader mellan sig.
146. Det gäller både enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen och enligt artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) som är tillämpligt om samarbetet kan påverka handeln mellan medlemsländerna i EU.
147. Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete gäller inte bara avtal, utan även mer informella samarbeten, t.ex. när två konkurrenter i samförstånd genomför en prishöjning mot kund. Beslut som fattas av sammanslutningar av företag kan också omfattas, t.ex. när en branschorganisation bestämmer eller begränsar hur medlemsföretagen ska agera på marknaden.
148. Enligt 2 kap. 7 § konkurrenslagen är det även förbjudet att missbruka en dominerande ställning. Motsvarande förbud finns i artikel 102 FEUF. Artikel 102 är tillämplig vid sidan av 2 kap. 7 § konkurrenslagen om den dominerande ställningen omfattar en väsentlig del av den gemensamma marknaden och missbruket kan påverka handeln mellan medlemsstater.
149. Konkurrensverket har möjlighet att stoppa pågående överträdelser av konkurrensrättens förbud genom ett **åläggande**. Ett åläggande får förenas med vite.²⁴

Förarbetena kring beslutanderätten

150. Vid införandet av konfliktlösningsregeln diskuterades vem som skulle ges befogenheten att meddela förbud. Att det var Konkurrensverket som borde ha att tillämpa konfliktlösningsregeln föreföll naturligt, framförallt eftersom det handlade om att utreda och bedöma konkurrensförhållanden på marknaden. Någon möjlighet för andra myndigheter att tillämpa konfliktlösningsregeln inom sina respektive områden ansåg man därför inte borde införas.²⁵
151. Man konstaterade då att Konkurrensverket redan kunde ålägga företag att upphöra med överträdelser av förbuden i 2 kap. 1 eller 7 § konkurrenslagen.
152. Det sades dock i förarbetena att denna situation skiljde sig genom att de nämnda förbuden är ständigt gällande mot var och en som träffas av dem, utan särskilt beslut om detta. Konfliktlösningsregeln däremot utgör en norm som enligt lagen får rättsverkan först då den sätts i tillämplighet genom ett särskilt beslut. Därvid ska regeln tillämpas i ett sådant gränsland mellan andra regelverk som inte förut stått under denna

²⁴ På talan av Konkurrensverket kan Patent- och marknadsdomstolen besluta att ett företag som har överträtt förbuden i konkurrenslagen ska betala en så kallad konkurrensskadeavgift, som är en typ av böter. Kommissionen kan både utfärda ålägganden och bestämma böter mot företaget. Böterna kan uppgå till 10 procent av företagets omsättning. I vissa fall kan även moderbolag anses ansvariga, vilket kan påverka hur stora böterna blir.

²⁵ Prop. 2008/09:231 s. 46.

form av prövning med dess i vart fall delvis annorlunda infallsvinklar. I rättstillämpningen skulle troligen ganska snart komma upp vad som är viktiga principfrågor i vilka det slutliga valet av lösning kunde få särskilda konsekvenser. Det ledde till slutsatsen att beslut om förbud skulle meddelas på talan av Konkurrensverket i domstol.

Konkurrensverket bör få beslutanderätt

153. Konkurrensverket har alltså när det gäller KOS-reglerna inte rätt att fatta beslut om åläggande om förbud. Ur effektivitetshänseende innebär det stora nackdelar och effektivitetsförluster.
154. Det innebär att prövningen drar ut på tiden. Med nuvarande ordning tar processen 2 - 4 år i domstol innan besked om konfliktlösningsregeln kan tillämpas och en offentlig aktörs förfarande eller verksamhet behöver ändras. I ett mål gällande Strömstad badanstalt tog prövningen totalt fyra år i de två dåvarande domstolsinstanserna. Det pågående målet mot Hässleholms kommun har nu pågått i domstol sedan september 2017 och efter PMD:s dom i mars 2019 har PMÖD nu undanröjt PMD:s dom och återförvisat målet till PMD för ny handläggning.
155. Det är naturligtvis till stor skada om konfliktlösningsregeln inte kan tillämpas när en offentlig aktörs konkurrenssnedvridande agerande snabbt behöver justeras på marknaden.
156. Att ge Konkurrensverket en beslutanderätt att meddela förbud/åläggande mot offentliga aktörer som begränsar konkurrensen är mycket angeläget och högst naturligt och rimligt. Inte minst eftersom Konkurrensverket sedan decennier får fatta sådana beslut om förbud/åläggande enligt de förbuden i den klassiska konkurrensrätten (förbuden mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag och missbruk av dominerande ställning).
157. Dessutom får Konkurrensverket sedan den 1 januari 2018 numera även förbjuda företagskoncentrationer. Till detta kommer att Konkurrensverket nu har byggt upp tio års erfarenhet med tillämpning av konfliktlösningsregeln. Konkurrensverket har mottagit ett stort antal klagomål och tips rörande just bestämmelsen. Vissa frågor har kunnat lösas genom att den offentliga aktören justerat sitt agerande efter att Konkurrensverket tillskrivit aktören. Andra frågor har krävt utredning. Och inte minst så har Konkurrensverket drivit ett antal ärenden i domstol. Under dessa tio år har Konkurrensverket haft att bedöma såväl kommunalrättsliga omständigheter samt marknadsbedömningar kring relevant marknad och effekter av ett visst agerande. Därigenom har en stor kunskapsbank med erfarenheter byggts upp. I ljuset av den här utvecklingen och att det dessutom föreslagits i fråga om beslut om konkurrensskadeavgift²⁶, vore det naturligt att införa det även på KOS-området. En sådan ordning skulle kunna leda till stora effektivitetsvinster och kunna leda till att de

²⁶ I en departementspromemoria Ds 2020:3 Konkurrensverkets befogenheter även har föreslagits att Konkurrensverket ska få beslutanderätt i fråga om konkurrensskadeavgift.

konkurrensproblem som förekommer snabbare korrigeras, vilket minskar skadan som den offentliga aktören orsakar på marknaden. Den skulle heller inte leda till någon förändring av kommunalrätten av substantiell karaktär. Kommunalrätten förblir oförändrad.

Den subsidiära talerätten övergår till att bli en särskild talerätt

158. Enligt förarbetena till konfliktlösningsregeln så borde Konkurrensverkets talerätt kompletteras med en särskild talerätt efter förebild i 3 kap. 2 § konkurrenslagen i de fall ett företag berörs av saken. Någon rätt för företag att direkt vända sig till domstol skulle dock inte införas.
159. En förutsättning för talerätten var att Konkurrensverket beslutat att inte väcka talan om förbud. Flera remissinstanser anförde att det var av stor vikt att Konkurrensverket fattar ett sådant beslut relativt snabbt. Regeringen instämde i att det finns ett värde för företagen att Konkurrensverket lämnar besked så snart det står klart att verket inte avser att väcka talan, men något uttryckligt krav på snabbhet skulle dock inte införas, framförallt som det skulle kunna påverka en allsidig belysning av det konkurrensproblem som verket har att ta ställning till. Något sådant krav fanns inte heller när det gäller den särskilda talerätten i 3 kap. 2 § konkurrenslagen. På samma sätt som gäller för den särskilda talerätten i 3 kap. 2 § innebär Konkurrensverkets beslut inget annat än att verket avstår från att väcka talan om förbud. Verket tar genom sitt beslut följaktligen inte ställning till om konfliktlösningsregeln är tillämplig i det särskilda fallet.²⁷
160. Förarbetena är lite processrättsligt förvirrande eftersom det processrättsligt är en subsidiär talerätt när man väcker talan i Konkurrensverkets ställe medan det är en särskild talerätt när man väcker talan efter att Konkurrensverket avskrivit ett ärende utan att meddela ett åläggande. Innebörden är i alla fall att en talerätt infördes för det fall att Konkurrensverket inte meddelar ett åläggande på samma sätt som idag på den klassiska konkurrensrättens område, när Konkurrensverket väljer att inte självt meddela ett åläggande.²⁸
161. Med en beslutanderätt för Konkurrensverket på KOS-området så bör en särskild talerätt finnas för den som berörs av en överträdelse av 3 kap 27 § konkurrenslagen.
162. Det kräver endast en smärre följdändring i 3 kap 32 § andra stycket konkurrenslagen.

²⁷ Prop. 2008/09:231 s. 49.

²⁸ På KOS-området är det alltså för närvarande fråga om en riktig subsidiär talerätt processrättsligt, även om det i förarbetena sägs att det benämns som en särskild talerätt. Vid tillkomsten av 1993 års konkurrenslag infördes reglerna som nu motsvarar 3 kap 2 § på det klassiska konkurrensrättens område. Det kom dock att omtalas som en subsidiär talerätt. Men det var inte en subsidiär talerätt eftersom det inte fanns någon primär talerätt. Istället handlade det om att företag kan väcka talan om Konkurrensverket inte meddelar ett beslut om åläggande. Talerätten var därför att se som särskild, men inte subsidiär. Begreppet subsidiär har dock felaktigt kommit att användas i mycket stor omfattning.

EU-rätten utgör inget hinder, särskilt inte när samhandeln inte påverkas

163. I förarbetena sägs att konfliktlösningsregeln bör kunna införas i konkurrenslagen och tillämpas på ett förfarande oavsett om detta omfattas av förbuden i 2 kap. 1 § eller 7 § konkurrenslagen eller enligt nuvarande artikel 101 och 102 FEUF. Skulle det däremot framkomma under utredningen av ett ärende att något av de ständigt gällande förbuden i konkurrenslagen har överträtts bör ingripande ske med stöd av det generella förbudet.²⁹
164. Konvergensregeln i EU-förordning 1/2003 ansågs vid införandet av konfliktlösningsregeln inte utgöra något hinder.
165. Stockholms tingsrätt har vid avskrivningen av ett KOS-mål rörande Mälarenergi dock uttalat sig om konfliktlösningsregelns förenlighet med konvergensregeln i förordning 1/2003. Man ska då komma ihåg att det här till skillnad från övriga domstolsmål handlade om en verksamhet som byggde på ett avtal och det var inte fråga om ett ensidigt förfarande.
166. I det här ärendet som rörde Mälarenergi pekade tingsrätten på att det av förarbetena (prop. s. 38 f.) till konfliktlösningsregeln framgår att regleringen i kommunallagen (och befogenhetslagen) får anses vara så omfattande och heltäckande att den bör kunna läggas till grund för bedömningen av vad som beträffande kommunal säljverksamhet är förenligt med lag.
167. Enligt artikel 3.2 i förordning 1/2003, får tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i FEUF, eller som uppfyller villkoren i artikel 101.3 FEUF eller omfattas av en gruppundantagsförordning. Förordningen är direkt tillämplig.
168. Enligt artikel 3.3 i förordning 1/2003 hindrar inte artikel 3.2 tillämpning av nationell lagstiftning som till övervägande del eftersträvar ett annat mål än syftet med artiklarna 101 och 102 FEUF. Av de förarbetsuttalanden som refererats ovan framgår att 3 kap 27 § konkurrenslagen **kompletterar** förbuden mot konkurrensbegränsande avtal och missbruk av dominerande ställning. Det går dock inte enligt tingsrätten att dra slutsatsen att bestämmelsen kan anses till övervägande del eftersträva ett annat mål än syftet med artiklarna 101 och 102 FEUF.
169. Den slutsatsen är inte given.
170. Visserligen talar bestämmelsens placering i konkurrenslagen för att syftet med bestämmelsen ligger nära. Likaså uttalandena i förarbetena att konfliktlösningsregeln kompletterar den klassiska konkurrensrättens förbud.

²⁹ Prop. 2008/09:231 s. 43.

171. Å andra sidan handlar konfliktlösningsregeln om att lösa ett helt annat problem än när företag monopoliserar marknader genom att ingå karteller eller dominerande företag utnyttjar sin ställning på en marknad och missbrukar den.
172. Problembeskrivningen handlar om att det offentliga bedriver säljverksamhet utan att det är kompetensenligt och det begränsar konkurrensen genom att det slår undan benen för privat företagsamhet.
173. Det kan hävdas vara ett annat syfte. Konkurrenslagens syftesbestämmelse lyder:
- 1 § Denna lag har till ändamål att undanröja och motverka hinder för en effektiv konkurrens i fråga om produktion av och handel med varor, tjänster och andra nyttigheter.*
174. Den bestämmelsen ändrades inte i samband med införandet av konfliktlösningsregeln men är inte helt anpassad till konfliktlösningsregeln.
175. Enligt Stockholms tingsrätts beslut i Mälarenergi kan inte en domstol med stöd av 3 kap 27-32 §§ konkurrenslagen förbjuda avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som är tillåtna vid en prövning enligt artikel 101 FEUF. Unionsrättens företrädare medför att en nationell bestämmelse som strider mot en unionsbestämmelse inte får tillämpas.
176. En konsekvens av ett förbud hade varit att de avtal som Mälarenergi i aktuellt hänseende har tecknat med Eskilstuna Energi och Miljö AB och med Hallstahammars kommun inte skulle ha kunnat tillämpas under återstoden av kontraktstiden. Som framgått går det inte att med stöd av 3 kap 27 § konkurrenslagen förbjuda avtal m.m. som är tillåtna enligt artikel 101 FEUF. En förutsättning för att avtalens förenlighet med artikel 101 FEUF ska kunna beaktas vid laglighetsprövningen är emellertid att det föreligger samhandelseffekt.³⁰
177. Dessa slutsatser av domstolen kan ifrågasättas. Yrkandet om verksamhetsförbud var inte riktat mot avtalet som sådant utan mot utövandet av verksamheten av aktiebolaget, vilket inte är riktigt samma sak.
178. Nu löste sig det ändå genom att tingsrätten ändå konstaterade att utredningen i målet inte gav stöd för slutsatsen att de avtal som Mälarenergi hade haft med Hallstahammars och Eskilstuna kommuner om kommunikationsoperatörstjänster hade haft samhandelseffekt i den mening som avses i artikel 101 FEUF. Avtalen ansågs omfatta mycket avgränsade delar av landet. Oavsett om det kan ha funnits utländska företag

³⁰ För att ett beslut av en företagssammanslutning, ett avtal eller ett samordnat förfarande ska anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater krävs det enligt domstolen vidare att det på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter med en tillräckligt hög grad av sannolikhet kan förutses att åtgärden i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstater på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av den inre marknaden. Detta gäller dock inte om åtgärden endast har en obetydlig inverkan på marknaden.

som skulle ha kunnat erbjuda de aktuella tjänsterna kunde inte avtalen anses leda till att gemensamma marknaden delades upp och friheten att tillhandahålla tjänster hindrades.

179. Tingsrätten ansåg att i avsaknad av samhandelseffekt var inte artikel 101 FEUF tillämplig, oavsett hur avtalen skulle ha bedömts konkurrensrättsligt.
180. Eftersom säljverksamheten ifråga stred mot kommunallagen och det på grund av frånvaro av samhandelseffekt inte var aktuellt att bedöma om den hade varit tillåten enligt EU:s konkurrensrätt var verksamheten inte förenlig med lag i den mening som avses i 3 kap 27 § tredje stycket konkurrenslagen.
181. Frågan blev således inte slutgiltigt besvarad av tingsrätten. Om konvergensregeln inte överhuvudtaget anses tillämplig vid en framtida domstolsprövning har det inte någon betydelse om samhandelseffekt föreligger eller inte. Då kan en säljverksamhet förbjudas utan hinder av konvergensregeln även om säljverksamheten har samhandelseffekt och den är tillåten enligt artikel 101 FEUF.
182. Men om konfliktlösningsregeln inte kan användas mot avtal som har samhandelseffekt så är det problematiskt. Man kan därför överväga om man för tydlighets skull borde ändra ändamålsbestämmelsen i 1 kap 1 § konkurrenslagen för att tydliggöra att syftet med konfliktlösningsregeln får ett eget nytt stycke. Ett sådant skulle förslagsvis kunna vara att syftet med konfliktlösningsregeln är att ge företag rättvisare villkor att kunna verka på en marknad.

Stockholm den 17 september 2020

Per Karlsson