



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Simon Johansson

På lika villkor?

En kritisk granskning av KOS-reglernas tillämpning

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Introduktion av ämnet	4
1.2 Syfte	5
1.3 Frågeställningar	5
1.4 Avgränsningar	5
1.5 Teori och metod	6
1.6 Material och forskningsläge	8
1.7 Disposition	9
2 KONFLIKTLÖSNINGSREGELNS SYFTE	10
2.1 Skillnader mellan offentliga och privata verksamhetsutövare	10
2.2 Konfliktlösningsregelns funktion	11
3 FÖRBUD, KONKURRENSBEGRÄNSNING OCH MARKNADSAVGRÄNSNING	13
3.1 Förbud	13
3.2 Konkurrensbegränsningsrekvisitet	13
3.3 Den relevanta marknaden	15
4 KONFLIKTLÖSNINGSREGELN I DOMSTOL	17
4.1 Forum och talerätt	17
4.2 Avgöranden	17
4.3 Bevisning	18
4.4 Marknadsavgränsning	19
4.5 Konkurrensbegränsningsrekvisitet	20

5	KONKURRENSVERKET OCH KONFLIKTLÖSNINGSREGELN	24
5.1	Utredning och prioritering	24
5.2	Frivilliga åtgärder	25
5.3	Inflödet av tips, klagomål och ärenden	26
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	28
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	34
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	38

Summary

The rules on anti-competitive public sales activity in chapter 3 sections 27–32 of the Competition Act (2008:576) were adopted to prevent the conflict which arises when a public entity conducts in business operations in competition with private companies. In brief, the key rule in chapter 3 section 27 of the Competition Act makes it possible for a court to prohibit the public entity from acting in a way that has a negative impact on competition. Since the rules were adopted in 2010 over 400 complaints have been made to the Swedish Competition Authority regarding anti-competitive public sales activity. Despite this only seven cases have reached trial by court. Three of these cases has resulted in the court issuing a prohibition.

The cases constitute the basis of the essay. The task is to compare the legislator's intentions, as stated in the preparatory works, with how the rule is applied in court. The aim is to examine whether the application results in the rules having their desired effect, from the legislator's point of view. The essay focuses on the anti-competitive criteria of the rule and on determination of the relevant market. A critical analysis of how the courts' application of the law affects the protection provided by the rule is presented in the essay. Whether the protection given is in line with the legislator's intentions is also examined. The conclusion is drawn that the application in court does not always correspond with what the legislator has stated in the preparatory works, but it is unclear if this has effect beyond the individual case. However, by taking into account how the Competition Authority conforms to how the rule is applied in court, a conclusion can be drawn that the actual protection given is weaker than intended, and this can affect both the economy and the consumers negatively. Thus, not a fully desirable effect from the legislator's point of view. The obstacle in this case seems to be the amount of evidence that the Competition Authority must provide in order for the court to be able to issue a prohibition.

Sammanfattning

Reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579) (KOS-reglerna) ska motverka den konflikt som kan uppstå när en offentlig aktör bedriver näringsverksamhet i konkurrens med privata aktörer. Den centrala bestämmelsen i 3 kap. 27 § konkurrenslagen (konfliktlösningsregeln) innebär i korthet att en domstol kan förbjuda den offentliga aktören från att uppträda på ett sätt som inverkar negativt på konkurrensen. Sedan regelverket trädde i kraft år 2010 har Konkurrensverket mottagit över 400 tips och klagomål om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Trots detta har endast sju ärenden prövats i domstol varav förbud har meddelats i tre fall.

I uppsatsen studeras de mål där reglerna har tillämpats. Uppsatsen syftar till att ställa rättstillämpningen mot regelverkets bakomliggande syfte, så som det kommer till uttryck i förarbetena, för att undersöka om tillämpningen medför att regeln ger det skydd som lagstiftaren avsåg. Med fokus på konfliktlösningsregelns konkurrensbegränsningsrekvisit och på avgränsning av den relevanta marknaden genomförs en kritisk granskning av hur rättstillämpningen påverkar det skydd som regeln ger i praktiken. Utifrån ett internerettsligt perspektiv undersöks även huruvida rättstillämpningen medför att reglerna ger det skydd som lagstiftaren avsåg. Slutsatsen dras att den faktiska tillämpningen inte alltid överensstämmer med den tänkta tillämpningen, men det är oklart om detta får effekt bortom de enskilda fall där konfliktlösningsregeln har prövats. Genom att väga in hur Konkurrensverket anpassar sig efter domstolarna i sin tillsynsverksamhet kan det ändå konstateras att tillämpningen har medfört att reglernas utfall i praktiken, i vissa avseenden, inte motsvarar vad lagstiftaren ville uppnå. I stället ger reglerna ett snävare skydd. Detta kan i sin tur vara till nackdel för både samhällsekonomin och konsumenterna. Stöttestenen i sammanhanget är omfattningen av den utredning som Konkurrensverket måste presentera för att uppnå beviskravet vid domstolsprövning.

Förkortningar

Dnr.	Diarienummer
KL	Konkurrenslag (2008:579)
KOS	Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet
MD	Marknadsdomstolen
PMD	Patent- och marknadsdomstolen
Prop.	Proposition
SOU	Statens Offentliga Utredningar

1 Inledning

1.1 Introduktion av ämnet

Det är inte ovanligt att offentliga och privata aktörer bedriver näringsverksamhet på samma marknad i konkurrens med varandra.¹ I konkurrensförhållandet kan en konflikt uppstå. Konflikten bottnar i att den offentliga närvaron riskerar att rubba hela konkurrenssituationen på marknaden.² Offentliga och privata aktörer bedriver nämligen näringsverksamhet utifrån olika förutsättningar och generellt sett har offentliga aktörer en fördel gentemot privata konkurrenter.³ För att motverka konflikten finns reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet (KOS-reglerna) i 3 kap. 27–32 §§ konkurrenslagen (2008:579), KL. Reglerna innebär kortfattat att en domstol kan förbjuda en offentlig aktör att uppträda på ett sätt som får negativ inverkan på konkurrensen. Även en juridisk person som den offentliga aktören har dominerande inflytande över kan meddelas förbud.⁴

År 2020 gjorde Konkurrensverket en uppföljning av KOS-regelverket.⁵ Uppföljningen omfattade de 421 tips, klagomål och ärenden avseende misstänkta överträdelser av KOS-reglerna som handlagts av Konkurrensverket, från det att reglerna trädde i kraft år 2010 till och med år 2019.⁶ Trots det stora inflödet av tips och klagomål har offentlig säljverksamhet endast varit föremål för domstolsprövning vid sju tillfällen, varav förbud meddelades i tre av fallen.⁷

¹ Prop. 2008/09:231 s. 12–13; jfr. Konkurrensverket (2020) s. 59–64.

² Ibid. s. 35–36.

³ Ibid. s. 35–36.

⁴ 3 kap. 28 § KL.

⁵ Konkurrensverket (2020) s. 8.

⁶ Ibid. s. 26.

⁷ Stockholms tingsrätt mål T 8160-11; MD 2014:1; PMD mål PMT 1212-20.

1.2 Syfte

I uppsatsen ska regeln i 3 kap. 27 § KL (konfliktlösningsregeln) och dess tillämpning skärskådas. Detta görs i syfte att undersöka disproportionen mellan antalet inlämnade tips respektive klagomål till Konkurrensverket och antalet meddelade förbud i domstol. I blickpunkten är bestämmelsens konkurrensbegränsningsrekvisit och frågan om avgränsning av den relevanta marknaden. Uppsatsen ska utmytna i en kritisk analys av hur tillämpningen av konkurrensbegränsningsrekvisitet och hur marknadsavgränsningen i domstol påverkar det faktiska skydd som regeln ger och huruvida detta överensstämmer med den vilja och avsikt som lagstiftaren ger uttryck för i förarbetena.

1.3 Frågeställningar

Uppsatsen ska besvara följande frågor:

- Hur ska konkurrensbegränsningsrekvisitet tillämpas och hur ska den relevanta marknaden avgränsas?
- Hur tillämpas konkurrensbegränsningsrekvisitet och hur avgränsas den relevanta marknaden av domstolarna?
- Hur förhåller sig Konkurrensverket till domstolarnas tillämpning i sin tillsynsverksamhet?
- Hur påverkar domstolarnas tillämpning av konkurrensbegränsningsrekvisitet och domstolarnas avgränsning av den relevanta marknaden det skydd som regeln ger i praktiken?
- Medför tillämpningen att regeln ger det skydd som lagstiftaren avsåg?

1.4 Avgränsningar

Konfliktlösningsregeln kan delas in i tre övergripande rekvisit: offentlig aktör, säljverksamhet och konkurrensbegränsning. Uppsatsen fokuserar på konkurrensbegränsningsrekvisitet vilket är det rekvisit som har vållat störst problem i regelns tillämpning. Vidare har konfliktlösningsregeln två

undantag.⁸ Det första undantaget avser förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt.⁹ Det andra undantaget avser säljverksamhet som är förenlig med lag.¹⁰ Undantagen är intressanta att belysa i undersökningen om regelverket ger det skydd som lagstiftaren avsåg. Hittills har dock inget av undantagen varit utslagsgivande i domstol varvid studiet av dessa utgår i brist på utrymme. Konfliktlösningsregelns tillämpningsområde omfattar både staten, regionerna och kommunerna. Eftersom den hittillsvarande tillämpningen bara har avsett kommunal säljverksamhet utgör detta uppsatsens fokus.

Som Hedelin uttrycker det befinner sig inte konfliktlösningsregeln i ett rättsligt vakuum. Den är endast en del av ett större regelkomplex som i grund och botten syftar till att motverka osund konkurrenspåverkan på marknaden.¹¹ I brist på utrymme faller dock fördjupning i de klassiska konkurrensbestämmelserna i 2 kap. 1 och 7 §§ KL samt i artiklarna 101 och 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt bort. Likaså utgår fördjupning i Europeiska unionens regler om statsstöd, upphandlingsreglerna och de kompetens- och befogenhetsregler som gäller för offentliga aktörer.

I uppsatsen ingår en kritisk granskning av rätten och rättstillämpningen utifrån rättens egna utgångspunkter. Med detta menas att granskningen görs utifrån de utgångspunkter som lagstiftaren utgick från när reglerna antogs. Kritik mot dessa utgångspunkter faller utanför uppsatsens ramar.

1.5 Teori och metod

Uppsatsen utgår från den rättsdogmatiska metoden. Kleineman beskriver den rättsdogmatiska metoden som rekonstruktionen av en rättsregel.¹² Sandgren förklarar metoden såsom en beskrivning och systematisering av

⁸ Se prop. 2008/09:231 s. 37–40.

⁹ 3 kap. 27 § andra stycket KL.

¹⁰ 3 kap. 27 § tredje stycket andra meningen KL.

¹¹ Hedelin (2013) s. 13.

¹² Kleineman (2018) s. 21.

gällande rätt.¹³ Kleineman och Sandgren är överens om att tolkning av rättskällorna är det centrala i metoden.¹⁴ Metoden används i den mån uppsatsen syftar till att fastställa gällande rätt, framför allt för att besvara frågorna om hur konkurrensbegränsningsrekvisitet ska tillämpas och hur den relevanta marknaden ska avgränsas. I denna del används lag, lagförarbeten samt Marknadsdomstolens (MD) praxis.

Ett metodologiskt dilemma består i att uppsatsen inte enbart syftar till att fastställa gällande rätt. I uppsatsen ingår kritisk granskning av rätten och rättstillämpningen. Ett internrättsligt perspektiv anläggs där rättstillämpningen kritiserar utifrån rättens egna utgångspunkter, som de kommer till uttryck i förarbetena. Kleineman menar att det är möjligt att kritisera gällande rätt inom ramen för den rättsdogmatiska metoden.¹⁵ Sandgren delar inte denna uppfattning och anser att den rättsdogmatiska metoden inte lämnar något större utrymme åt kritisk granskning av rätten.¹⁶ För detta ändamål förespråkar han i stället tillämpning av den rättsanalytiska metoden.¹⁷

I uppsatsen används både underrättsavgöranden och Konkurrensverkets rapporter som material. Både Sandgren och Kleineman argumenterar för en närmast strikt bundenhet till lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin vid tillämpning av den rättsdogmatiska metoden.¹⁸ Vid tillämpning av den rättsanalytiska metoden är valet av källmaterial friare och inte begränsat till enbart de allmänt accepterade rättskällorna.¹⁹ Följaktligen används den rättsanalytiska metoden för att besvara frågan om domstolarnas tillämpning och frågan om Konkurrensverkets tillsynsverksamhet i förhållande till domstolarnas tillämpning. Dessutom används metoden för att besvara frågan hur tillämpningen påverkar det skydd som regeln ger i

¹³ Sandgren (2018) s. 49.

¹⁴ Kleineman (2018) s. 29–30; Sandgren (2018) s. 49.

¹⁵ Se Kleineman (2018) s. 35–38 och s. 40–41.

¹⁶ Sandgren (2018) s. 50–51.

¹⁷ Ibid. s. 50–51.

¹⁸ Sandgren (2018) s. 50–51; Kleineman (2018) s. 38–39.

¹⁹ Sandgren (2018) s. 50.

praktiken, samt frågan om överensstämmelsen mellan regelverkets tillämpning och lagstiftarens avsikt.

Med frågan om regelns skydd i praktiken närmar sig uppsatsen rättssociologins område. Syftet med frågan är dock inte att undersöka eventuella effekter utöver de som lagstiftaren anger i förarbetena. I stället syftar frågan till att undersöka om tillämpningen medför att reglerna får sin avsedda effekt, för att därigenom kunna kritisera rättsläget och rättstillämpningen. Uppsatsen går därför inte utanför det rättsanalytiska området.²⁰ Vidare används till viss del empiriska argument i diskussionen huruvida tillämpningen medför att lagstiftarens avsikt uppnås. Detta talar för användning av empirisk metod.²¹ Nämnade argument syftar dock till att kritisera rättsläget och ryms således inom den rättsanalytiska metoden.²²

1.6 Material och forskningsläge

Uppsatsen bygger till stor del på förarbeten, domstolsavgöranden och Konkurrensverkets rapporter. Utbudet av förarbeten är omfattande då frågan om konkurrens mellan offentliga och privata aktörer utreddes flera gånger under 1990-talet och början av 2000-talet. Vad gäller domstolsavgöranden finns fyra domar från övre instans²³, tre domar från undre instans²⁴ och ett avskrivningsbeslut från undre instans där Konkurrensverket återkallade sin talan i målet²⁵. Konkurrensverket har följt upp och utvärderat KOS-regelverket i åtta rapporter sedan lagens ikraftträdande.

Forskningen på området är inte omfattande. I litteraturväg är Hedelins *Kommunal konkurrensrätt*²⁶ det mest omfattande verket. Hedelin berör emellertid inte de problem som uppkommit vid KOS-reglernas tillämpning.

²⁰ Jfr. Sandgren (2015) s. 50.

²¹ Sandgren (2018) s. 54.

²² Ibid. s. 50.

²³ MD 2014:1; MD 2015:12; MD 2015:17; MD 2016:3.

²⁴ Stockholms tingsrätt mål T 8160-11; Stockholms tingsrätt mål T 9248-13; PMD mål PMT 1212-20.

²⁵ Stockholms tingsrätt mål T 9290-11.

²⁶ Hedelin (2013).

Offentlig verksamhet i konkurrensrättslig kontext är också ämnet för två doktorsavhandlingar: Indéns *Kommunen som konkurrent*²⁷ och Edwardssons *Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar*²⁸ samt för ett fåtal artiklar. Inte heller i dessa texter berörs de problem som uppkommit i konfliktlösningsregelns tillämpning i någon större utsträckning. Nuvarande uppsats syftar därför till att fylla denna forskningslucka. Brister i konfliktlösningsregelns tillämpning berörs i två andra rättsvetenskapliga uppsatser på grundnivå.²⁹ Nuvarande uppsats bidrar till diskussionen genom att, till skillnad från nämnda uppsatser, lägga större fokus på bristernas effekter. Dessutom erbjuder nuvarande uppsats fördjupning i problemställningen med en smalare frågeställning samt genom att väga in Konkurrensverkets roll i större utsträckning.

1.7 Disposition

Uppsatsen inleds i avsnitt 2 med fördjupning i konfliktlösningsregelns funktion och skillnaderna mellan offentlig och privat sektor. Därefter följer avsnitt 3 där förbud, konkurrensbegränsningsrekvisitet samt metoden för marknadsavgränsning utvecklas. Därpå följer avsnitt 4 om hur konkurrensbegränsningsrekvisitet har tillämpats och hur marknadsavgränsningen har gjorts i de fall konfliktlösningsregeln prövats i domstol. Avsnitt 5 innehåller en fördjupning i Konkurrensverkets tillsynsverksamhet. Uppsatsen utmynnar i avsnitt 6 i en analys av hur tillämpningen av konkurrensbegränsningsrekvisitet och hur domstolarnas marknadsavgränsning påverkar det skydd som regeln ger i praktiken. Vidare förs en kritisk diskussion huruvida tillämpningen medför att regeln ger det skydd som lagstiftaren avsåg.

²⁷ Indén (2008).

²⁸ Edwardsson (2003).

²⁹ Sandberg (2019); Hagelberg (2019).

2 Konfliktlösningsregelns syfte

2.1 Skillnader mellan offentliga och privata verksamhetsutövare

Enligt förarbetena till konfliktlösningsregeln bedriver offentliga och privata aktörer näringsverksamhet utifrån olika förutsättningar. En kommun kan exempelvis inte försättas i konkurs.³⁰ Offentliga företag har också bättre möjligheter än privata företag vad gäller verksamhetsfinansiering.³¹ Offentliga aktörer har tillgång till skattemedel och får i regel mer förmånliga villkor vid lån och krediter än vad privata aktörer får. Offentlig produktion har dessutom generellt sett garanterade intäkter i form av försäljning inom den egna organisationen.³² En offentlig aktör kan kontrollera olika led i en produktionskedja, exempelvis väsentlig infrastruktur.³³

I förarbetena diskuteras skillnader i kultur mellan offentlig och privat sektor. Inom det offentliga råder en förvaltningskultur där verksamhet bedrivs utifrån ett medborgarperspektiv. Inom privat sektor råder en affärskultur där verksamhet bedrivs utifrån ett kundperspektiv.³⁴ Därtill har offentlig respektive privat sektor olika drivkrafter och mål. Privat näringsverksamhet har i regel vinstmaximering som mål.³⁵ Offentlig näringsverksamhet kan i stället ha mål av mer politisk karaktär, exempelvis medborgarservice.³⁶ Kommunerna är också bundna av självkostnadsprincipen,³⁷ något som innebär att de endast i undantagsfall får bedriva verksamhet som syftar till ekonomisk vinst.³⁸ Undantag från principen återfinns i specialregleringar såsom lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter.³⁹

³⁰ Prop. 2008/09:231 s. 35.

³¹ Konkurrensverket (2013) s. 188.

³² Konkurrensverket: https://www.konkurrensverket.se/upload/konkurrensbegransande-offentlig-saljverksamhet/story_html5.html, avsnitt 1 s. 5.

³³ SOU 2000:117 s. 91.

³⁴ Ibid. s. 23.

³⁵ Konkurrensverket (2013) s. 188.

³⁶ Ibid. s. 188.

³⁷ 2 kap. 6 § kommunallagen (2017:725).

³⁸ Jfr. prop. 2008/09:231 s. 39.

³⁹ Hedelin (2013) s. 186–187.

2.2 Konfliktlösningsregelns funktion

I sin helhet syftar konkurrenslagstiftningen till att skydda samhällsekonomin och konsumenterna.⁴⁰ Ändamålet är att effektiv konkurrens ska råda i produktionen av och i handeln med varor, tjänster och andra nyttigheter. Lagstiftningen ska undanröja och motverka hinder härför.⁴¹ Enligt förarbetena kännetecknas en fungerande marknad av att företagen tävlar mot varandra.⁴² I tävlingen riskerar företag att slås ut om de inte är tillräckligt konkurrenskraftiga.⁴³ Tävlan skapar en form av tryck på marknaden där företagen strävar efter förbättring, vilket i sin tur genererar teknisk och ekonomisk utveckling och uppgradering. Den beskrivna marknadssituationen sammanfattas i begreppet effektiv konkurrens.⁴⁴ Enligt förarbetena leder effektiv konkurrens till rationalisering av produktion, bättre resursfördelning, öppna marknader och produktutveckling. I förlängningen anses detta även leda till lägre priser, ökad service, ökad valfrihet och ökat inflytande för konsumenter på utbudet på marknaden.⁴⁵

Konfliktlösningsregeln utgör ett verktyg för att motverka de hot mot effektiv konkurrens som offentlig säljverksamhet kan ge upphov till.⁴⁶ Enligt förarbetena kan skillnaderna i villkor och förutsättningar få konkurrensbegränsande effekter på en marknad där den offentliga aktören konkurrerar med privata aktörer. Som utgångspunkt antas det finnas ett samband mellan offentligt ägande och beteende på marknaden.⁴⁷ Exempelvis minskar kommunens incitament att tävla och bidra till att effektiv konkurrens upprätthålls om den kan nå full kostnadstäckning genom att skjuta till kommunala medel i en annars förlustdrivande säljverksamhet.⁴⁸ Ett annat problem är att kommunen kan utnyttja sitt

⁴⁰ Prop. 2008/09:231 s. 36.

⁴¹ 1 kap. 1 § KL; se även prop. 1992/93:56 s. 66–67.

⁴² Prop. 2008/09:231 s. 36.

⁴³ Jfr. Craaford och Eklund (2013) s. 42.

⁴⁴ Prop. 2008/09:231 s. 36.

⁴⁵ Ibid. s. 36.

⁴⁶ Ibid. s. 35.

⁴⁷ Prop. 2008/09:231 s. 35.

⁴⁸ Jfr. SOU 2000:117 s. 14–15.

ekonomiska övertag för att tillämpa konkurrensbegränsande metoder i säljverksamheten. Enligt förarbetena ska konfliktlösningsregeln bland annat användas för att motverka sådana beteenden som tränger undan eller stänger ute privata konkurrenter från marknaden.⁴⁹

Konfliktlösningsregeln är avsedd att vara ett komplement till de klassiska konkurrensreglerna i 2 kap. 1 § KL och 2 kap. 7 § KL.⁵⁰ Regeln tillkom mot bakgrund av att regeringen ansåg att de klassiska konkurrensreglerna inte var tillräckliga för att lösa de konkurrensproblem som uppstod vid offentlig säljverksamhet.⁵¹

⁴⁹ Prop. 2008/09:231 s. 36.

⁵⁰ Ibid. s. 40–41.

⁵¹ Ibid. s. 30 och 33.

3 Förbud, konkurrensbegränsning och marknadsavgränsning

3.1 Förbud

Två typer av beteenden kan förbjudas med stöd av konfliktlösningsregeln. Kommunen kan antingen förbjudas att tillämpa en viss typ av konkurrensbegränsande förfarande inom säljverksamheten⁵² eller förbjudas från att bedriva den aktuella säljverksamheten som sådan⁵³. I lagen används begreppet *förfarande* som kan avse både faktiskt handlande och underlåtenhet att handla.⁵⁴ Konfliktlösningsregeln är framåtriktad, vilket innebär att ett beteende är förbjudet först efter det att en domstol meddelat förbud i dom.⁵⁵ Ett förbud kan även utsträckas till att omfatta förfaranden eller verksamhet som väsentligen överensstämmer med den förbjudna.⁵⁶ Ett förbud kan göras villkorat. Det innebär att kommunen bara får bedriva den aktuella säljverksamheten eller förfara på ett visst sätt under förutsättning att vissa, av domstolen angivna, villkor är uppfyllda.⁵⁷ Ett förbud får inte vara mer ingripande än vad som är nödvändigt för att tillgodose konfliktlösningsregelns syfte.⁵⁸

3.2 Konkurrensbegränsningsrekvisitet

All offentlig säljverksamhet är inte förbjuden. Förbud kan bara meddelas mot beteenden som är skadliga för konkurrensen och mot beteenden som innebär en risk för sådan skada.⁵⁹ Konkurrensbegränsningsrekvisitet omfattar två skilda beteenden. Det första beteendet är det som syftar till,

⁵² 3 kap. 27 § första stycket KL.

⁵³ 3 kap. 27 § tredje stycket KL.

⁵⁴ Prop. 2008/09:231 s. 57.

⁵⁵ Ibid. s. 33.

⁵⁶ 3 kap. 29 § KL.

⁵⁷ Prop. 2008/09:231 s. 58.

⁵⁸ Ibid. s. 58.

⁵⁹ Ibid. s. 36.

eller resulterar i, att förutsättningarna för en effektiv konkurrens snedvrids.⁶⁰ Det andra beteendet är det som syftar till, eller resulterar i, att förekomsten eller utvecklingen av en effektiv konkurrens på marknaden hämmas.⁶¹

Enligt förarbetena utgår bedömningen huruvida ett beteende är konkurrensbegränsande eller inte, i det enskilda fallet, från drivkrafterna till konkurrens och från marknadsmekanismerna. Om beteendet skadar dessa drivkrafter och mekanismer, eller i övrigt medför att konkurrenstryckets styrka avtar, begränsas konkurrensen.⁶² Ett nyckelbegrepp i bedömningen är effektiv konkurrens.⁶³ Begreppet effektiv konkurrens har inte en statisk innebörd som är generellt tillämplig på alla typer av marknader vid alla tillfällen.⁶⁴ Den optimala konkurrensnivån kan variera, dels mellan olika marknader, dels över tid.⁶⁵ Därav följer att bedömningen av ett beteendes effekter på konkurrensen på marknaden ska blicka framåt. I förarbetena betonas att ett långsiktigt perspektiv bör anläggas.⁶⁶

Likt begreppet effektiv konkurrens varierar vad som anses vara skadligt över tid och mellan olika marknader. I förarbetena listas ett antal exempel på konkurrensskadligt beteende såsom underprissättning, diskriminering, att vägra tillgång till infrastruktur samt selektiva förfaranden.⁶⁷ Det poängteras dock att inget beteende kan pekats ut som vid alla tillfällen konkurrensbegränsade. Dessutom understryks att alla konkurrensbegränsande beteenden ska omfattas av konfliktlösningsregelns tillämpningsområde, även sådana som inte listas bland exemplen.⁶⁸ Enligt förarbetena kan kommunens närvaro på den konkurrensutsatta marknaden, som sådan, ge konkurrensbegränsande effekt.⁶⁹ I förarbetena anförs också

⁶⁰ 3 kap. 27 § första stycket 1 KL.

⁶¹ 3 kap. 27 § första stycket 2 KL.

⁶² Prop. 2008/09:231 s. 36–37.

⁶³ Se avsnitt 2.2.

⁶⁴ Prop. 2008/09:231 s. 57.

⁶⁵ Konkurrensverket (2019) s. 10.

⁶⁶ Prop. 2008/09:231 s. 36–37.

⁶⁷ Ibid. s. 36.

⁶⁸ Ibid. s. 36–37.

⁶⁹ Ibid. s. 36

att vissa beteenden kan vara konkurrensneutrala, varvid de faller utanför konfliktlösningsregelns tillämpningsområde.⁷⁰

Konfliktlösningsregelns rekvisit *snedvrider* tar sikte på beteenden som innebär att det inte råder konkurrens på så lika villkor som möjligt på marknaden. Under rekvisitet *hämna* faller beteenden som blockerar eller begränsar privata aktörers förmåga att agera på marknaden.⁷¹ I rekvisitet *ägnat* ligger att rättstillämparen får ta hänsyn till om beteendet potentiellt kan medföra negativa effekter på konkurrensen. Risken för detta ska enligt förarbetena vara av ”påtaglig grad”⁷². Som minimum gäller att de konkurrensbegränsande effekterna av den offentliga aktörens agerande ska vara av någon betydelse för att konfliktlösningsregeln ska aktiveras.⁷³ Dock förtydligas detta med att inget märkbarhetskrav ställs upp, så att rättstillämparen fullt ut ska kunna beakta ”den grundläggande skillnaden mellan offentliga och privata aktörer”⁷⁴.

3.3 Den relevanta marknaden

För att kunna bedöma ett beteendes inverkan på konkurrensen måste den relevanta marknaden avgränsas.⁷⁵ Den relevanta marknaden är ett grundläggande begrepp som är allmänt förekommande i konkurrenslagstiftningen.⁷⁶ Begreppet ska tolkas med ledning av EU-rätten.⁷⁷ Enligt Europeiska kommissionen bestäms den relevanta marknaden utifrån ett konsumentperspektiv genom att undersöka i vilken variation produkter, tjänster och leverantörer erbjuds konsumenterna inom ett visst geografiskt område.⁷⁸ En marknadsavgränsning görs genom att bestämma

⁷⁰ Prop. 2008/09:231 s. 37.

⁷¹ Ibid. s. 57.

⁷² Ibid. s. 58.

⁷³ Ibid. s. 57.

⁷⁴ Ibid. s. 37.

⁷⁵ Ibid. s. 58.

⁷⁶ Prop. 1992/93:56 s. 72.

⁷⁷ Ibid. s. 85–86.

⁷⁸ EGT C 372, 9.12.1997, s. 6.

dels den relevanta produktmarknaden, dels den relevanta geografiska marknaden.⁷⁹

Enligt förarbeten bestäms den relevanta produktmarknaden genom att undersöka produkters utbytbarhet. Genom att ta fasta på kriterier såsom de jämförda produkternas egenskaper, pris, användning, konsumentens uppfattning och faktiska substitutionsmöjligheter kan man utröna vilka produkter som är utbytbara och därmed tillhör samma produktmarknad.⁸⁰

Den relevanta geografiska marknaden avgränsas till området där de konkurrerande aktörerna agerar genom att bjuda ut sina produkter, samt där efterfrågan av produkterna finns.⁸¹ Vid bestämmande av marknadens omfattning tas hänsyn till parametrar som transportmöjligheter och transportkostnader.⁸² Särskiljande av en geografisk marknad från en annan sker genom en jämförelse av vilka märkbara likheter och skillnader i konkurrensvillkor som finns på de olika marknaderna.⁸³

⁷⁹ Prop. 2008/09:231 s. 58.

⁸⁰ Prop. 1992/93:56 s. 85.

⁸¹ Prop. 2008/09:231 s. 58.

⁸² Prop. 1992/93:56 s. 85.

⁸³ Prop. 2008/09:231 s. 58.

4 Konfliktlösningsregeln i domstol

4.1 Forum och talerätt

Förbud meddelas av Patent- och marknadsdomstolen (PMD).⁸⁴ PMD:s domar och beslut överklagas till Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD).⁸⁵ PMÖD har möjlighet att lämna en ventil för prövning i Högsta domstolen.⁸⁶ Före år 2016 prövades förbudstalan av Stockholms tingsrätt med möjlighet att överklaga till MD.⁸⁷ Konkurrensverket har primär rätt att väcka förbudstalan i domstol.⁸⁸ Om frågan gäller omprövning av ett redan meddelat förbud delar Konkurrensverket sin primära talerätt med det företag som förbudet riktar sig mot.⁸⁹ Konkurrensverkets beslut att väcka talan eller att inte väcka talan kan inte överklagas.⁹⁰ Ett företag som berörs av den offentliga aktörens förfarande eller verksamhet har subsidiär rätt att väcka talan i PMD, för det fall Konkurrensverket har beslutat att inte väcka talan.⁹¹

4.2 Avgöranden

KOS-regelverket har prövats i domstol sju gånger varav fyra gånger i MD.⁹² Subsidiär talerätt har utnyttjats i ett mål.⁹³ I målet *Skelleftebuss* behandlades beställningstrafik med buss som bedrevs av Skellefteå kommun genom det kommunala bussbolaget Skelleftebuss AB.⁹⁴ I målet *Räddningstjänsten Dala Mitt* hade ett kommunalförbund vägrat att upplåta ett brandövningsområde till ett privat företag. Företaget ville använda

⁸⁴ 8 kap. 1 § 3 KL.

⁸⁵ 1 kap. 3 § tredje stycket lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar.

⁸⁶ 1 kap. 3 § tredje stycket lag (2016:188) om patent- och marknadsdomstolar; se även prop. 2015/16:57 s. 289–290.

⁸⁷ Prop. 2008/09:231 s. 45; jfr lag (2016:224) om ändring i konkurrenslagen (2008:579).

⁸⁸ 3 kap. 32 § första stycket KL.

⁸⁹ 3 kap. 32 § första stycket KL; se även prop. 2008/09:231 s. 48–49.

⁹⁰ 7 kap. § 1 KL.

⁹¹ 3 kap. 32 § andra stycket KL.

⁹² Se avsnitt 1.6.

⁹³ MD 2015:17.

⁹⁴ Stockholms tingsrätt mål T 8160-11.

övningsområdet för att kunna bedriva upphandlad utbildningsverksamhet.⁹⁵ I målet *Strömstads Badanstalt* behandlades gym- och spaverksamhet som bedrevs av ett företag ägt av Strömstads kommun.⁹⁶ Målet *ATV Media mot Kommunalförbundet Mediecenter Jönköpings län (ATV Media)* handlade om försäljning av audiovisuella läromedel och utrustning för sådana läromedel.⁹⁷ I *Borås kommun* prövades mark- och anläggningsentreprenader som kommunen hade sålt och utfört åt externa aktörer.⁹⁸ Målet *Växjö kommun* avsåg avtalsvillkor vid försäljning av tomtmark för uppförande av småhus. Villkoren var krav på anslutning till det kommunala fjärrvärmesystemet samt förbud mot att installera värmepump.⁹⁹ Målet *Hässleholms kommun* handlade om fibermarknaden. Kommunen hindrade aktörer från att etablera sig på marknaden genom att vägra ingå upplåtelseavtal av mark för fiberetablering.¹⁰⁰

4.3 Bevisning

Frågan om bevisning diskuteras inte i förarbetena.¹⁰¹ MD har slagit fast att Konkurrensverket har bevisbördan för de omständigheter som måste föreligga för att kunna meddela ett förbud enligt konfliktlösningsregeln.¹⁰² Beviskravet är att omständigheterna ska vara styrkta.¹⁰³ Konkurrensverket ska i ett KOS-mål styrka både avgränsningen av den relevanta marknaden samt att det föreligger omständigheter som har negativ påverkan på konkurrensen. Huruvida beteendet är konkurrensbegränsande är en rättsfråga som domstolen avgör genom att ta fasta på Konkurrensverkets åberopade bevisning.¹⁰⁴ I de mål där den subsidiära talerätten utnyttjas har företaget som hävdar att verksamheten strider mot konfliktlösningsregeln bevisbördan för att så är fallet.¹⁰⁵

⁹⁵ MD 2014:1.

⁹⁶ MD 2015:12.

⁹⁷ MD 2015:17.

⁹⁸ MD 2016:3.

⁹⁹ Stockholms tingsrätt mål T 9248-13.

¹⁰⁰ PMD mål PMT 1212-20.

¹⁰¹ Se Hedelin (2013) s. 257.

¹⁰² MD 2014:1 p. 91; MD 2015:12 p. 62; MD 2016:3 p. 65.

¹⁰³ MD 2015:12 p. 62; MD 2015:17 p. 60.

¹⁰⁴ MD 2015:12 p. 62.

¹⁰⁵ Ibid. p. 60.

4.4 Marknadsavgränsning

I *Strömstads Badanstalt* ansåg MD att den relevanta produktmarknaden för spaverksamhet kunde delas upp i en marknad med span som erbjöd logi och en marknad med span som inte gjorde detta. Den aktuella offentliga spaverksamheten erbjöd inte logi. Enligt MD avgjorde faktorer såsom kunders synpunkter, preferenser och förekomsten av utbytbarhet den relevanta produktmarknadens omfattning. MD anförde att det eventuellt kunde förekomma utbytbarhet mellan de två olika spamarknaderna, men ansåg inte att Konkurrensverkets utredning var tillräcklig för att kunna säkerställa detta. Därav drog MD slutsatsen att produktmarknadens omfattning inte var styrkt, vilket medförde att domstolen inte kunde bestämma den geografiska marknadens storlek.¹⁰⁶

ATV Media fick ett liknande utfall. Domstolen ansåg att *ATV Media* varken hade presenterat tillräckligt med utredning om kunders preferenser, om pris på olika produkter eller om efterfrågans priselasticitet för att styrka att produktmarknaden skulle avgränsas på så sätt som företaget hade åberopat. Domstolen var därför av processtekniska skäl bunden av en mer omfattande avgränsning, åberopad av kommunalförbundet. MD lade även vikt vid att *ATV Media* inte hade presenterat tillräckligt med utredning för att visa vilka aktörer som faktiskt bedrev verksamhet på samma marknad som kommunalförbundet samt vilka aktörer som hade förmåga att ställa om sitt utbud för att kunna bedriva verksamhet i konkurrens med kommunalförbundet. MD ansåg därför sig inte ha tillräckligt med underlag för att kunna fastställa den relevanta geografiska marknadens omfattning.¹⁰⁷

I målet *Borås kommun* drog MD slutsatsen att både produktmarknaden och den geografiska marknaden var mer omfattande än vad Konkurrensverket hävdade.¹⁰⁸ Enligt Konkurrensverket kunde marknaden för mark- och anläggningsentreprenader delas in i två segment med en gräns vid

¹⁰⁶ MD 2015:12 p. 76–81.

¹⁰⁷ MD 2015:17 p. 65–70.

¹⁰⁸ MD 2016:3 p. 78 och 96.

entreprenader med ett kontraktswärde om 10 miljoner kr. MD ansåg inte att Konkurrensverket hade presenterat tillräckligt med utredning för att styrka detta. Domstolen tog i detta avseende fasta på att tjänsterna i de olika segmenten kunde vara utbytbara med varandra. MD var således bunden av den mer omfattande produktmarknadsavgränsningen ”mark- och anläggningsentreprenader” som kommunen hade vitsordat.¹⁰⁹ Vidare ansåg Konkurrensverket att den geografiska marknaden omfattade ett område bestående av Borås kommun samt åtta intilliggande kommuner. För att styrka detta presenterade myndigheten omfattande bevisning, bland annat en ekonomisk analys. Analysen syftade till att visa att utbudet av entreprenörer som åtog sig mark- och anläggningsarbeten inom det åberopade området i ekonomiskt hänseende inte var utbytbara med entreprenörer utanför området. MD ansåg inte att Konkurrensverket hade beaktat tillräckligt med parametrar för att kunna lägga analysen till grund för rättens bedömning, varvid ovan nämnda slutsats följde på detta.¹¹⁰

I *Räddningstjänsten Dala Mitt* bedömdes den geografiska marknads utsträckning variera mellan varje upphandling beroende på vilka geografiska krav den upphandlande myndigheten ställde.¹¹¹ I målet *Växjö kommun* gjorde tingsrätten bedömningen att konfliktlösningsregeln inte var tillämplig på marknader som bara hade samband med den marknad som den offentliga aktören faktiskt bedrev säljverksamhet på.¹¹²

4.5 Konkurrensbegränsningsrekvisitet

Utan avgränsning av den relevanta marknaden kunde MD varken i *Strömstads badanstalt* eller i *ATV Media* bedöma den offentliga aktörens konkurrenspåverkan på marknaden. Kärandens talan ogillades därför utan någon bedömning av konkurrensbegränsningsrekvisitet.¹¹³ Mot bakgrund av marknadsavgränsningen i *Borås kommun* bedömdes kommunens

¹⁰⁹ MD 2016:3 p. 69–78.

¹¹⁰ MD 2016:3 p. 79–91.

¹¹¹ MD 2014:1 p. 95–96.

¹¹² Stockholms tingsrätt mål T 9248-13 s. 76–77.

¹¹³ MD 2015:12 p. 82–84; MD 2015:17 p. 65–71.

marknadsandel omfatta 0,15 procent, något som ansågs vara för lite för att verksamheten skulle vara konkurrenspåverkande. Därför ogillades Konkurrensverkets talan i målet.¹¹⁴

I *Växjö kommun* bedrev kommunen säljverksamhet på en marknad men tillämpade ett förfarande som, enligt Konkurrensverket, fick konkurrensbegränsande effekter på fyra andra marknader.¹¹⁵ Slutsatsen att konfliktlösningsregeln bara var tillämplig på marknader där den offentliga aktören faktiskt bedrev säljverksamhet resulterade i att prövningen av de konkurrensbegränsande effekterna begränsades till denna marknad.¹¹⁶ I denna del hade Konkurrensverket inriktat sin talan på att kommunens förfarande visserligen lett till skada för konsumenterna, bland annat i form av inlåsnings effekter, men inte presenterat någon utredning angående hur förfarandet påverkat konkurrensen på marknaden. Därav föll Konkurrensverkets talan i tingsrätten.¹¹⁷

I *Strömstads badanstalt* fick kommunens vittnesbevisning avgörande betydelse i bedömningen av huruvida gymverksamheten var konkurrensbegränsande eller inte. I MD framkom att nya privata aktörer, under processens gång, hade visat intresse av att starta konkurrerande gymverksamhet i kommunen. Dessutom hade kommunen vidtagit åtgärder för att göra gymverksamheten ekonomiskt självbärande. Mot bakgrund av detta ansåg MD det inte bevisat att bolagets beteende medförde att konkurrensen på marknaden snedvreds eller hämmades.¹¹⁸

Tingsrätten fann i *Skelleftebuss* att det kommunala bussbolaget hade dragit ekonomiska fördelar av att vara en offentlig aktör. Kommunen hade bland annat täckt upp för förluster i bolaget genom att ge koncernbidrag. Dessutom hade bolaget en garanterad tillgång till ekonomiska medel utan att

¹¹⁴ MD 2016:3 p. 97–108.

¹¹⁵ Stockholms tingsrätt mål T 9248-13 s. 71.

¹¹⁶ *Ibid.* s. 74–77.

¹¹⁷ *Ibid.* s. 74–77.

¹¹⁸ MD 2015:12 p. 74–75.

behöva genomgå en kreditprövning av det slag som en privat aktör hade behövt genomgå.¹¹⁹ Tingsrätten konstaterade att det kommunala bussföretaget hade en stark position på den relevanta marknaden och att marknaden inte var så utvecklad som den borde ha varit.¹²⁰ Med stöd av uttalandena i konfliktlösningsregelns förarbeten utgick domstolen från att det förelåg ett samband mellan bolagets närvaro på marknaden och det låga konkurrenstrycket. Därför drogs också slutsatsen att det kommunala företagens säljverksamhet var konkurrensbegränsande.¹²¹

MD uttalade i *Räddningstjänsten Dala Mitt* att det vid fråga om tillgång till viss anläggning i en upphandlingssituation krävdes att den som ville få tillgång till anläggningen missgynnades ekonomiskt eller fick sämre möjligheter att vinna upphandlingen, för att konfliktlösningsregeln skulle bli tillämplig.¹²² MD ansåg att så varit fallet i det aktuella målet varvid domstolen drog slutsatsen att kommunalförbundets förfarande, åtminstone i vissa avseenden, hade varit konkurrensbegränsande.¹²³ MD utredde också om det privata företaget skulle kunna delta i upphandling av utbildningen utan tillgång till övningsfält eller genom att anlägga ett eget övningsfält, men kom fram till att detta inte var gångbara alternativ till att meddela förbud i det aktuella målet.¹²⁴ I *Hässleholms kommun* konstaterade PMD att ett konkurrensbegränsande förfarande förutsätter att privata aktörer har varit intresserade av att etablera sig på den relevanta marknaden.¹²⁵ Domstolen fann med stöd av Konkurrensverkets vittnesbevisning att så varit fallet i målet.¹²⁶ På samma sätt som i *Räddningstjänsten Dala Mitt* utredde domstolen om det fanns några alternativa vägar att nå det aktuella målets syfte, utan att behöva meddela förbud, men konstaterade att så inte var fallet.¹²⁷ Domstolen drog slutsatsen att kommunen, genom att vägra ingå

¹¹⁹ Stockholms tingsrätt mål T 8160-11 s. 53–55.

¹²⁰ Ibid. s. 55.

¹²¹ Ibid. s. 55–56.

¹²² MD 2014:1 p. 107.

¹²³ Ibid. p. 111–115.

¹²⁴ MD 2014:1 p. 103–106.

¹²⁵ PMD mål PMT 1212-20 s. 40.

¹²⁶ Ibid. s. 40–41.

¹²⁷ Ibid. s. 41–45.

markavtal utan individuell prövning, både hade snedvridit och hämmat konkurrensen.¹²⁸

¹²⁸ PMD mål PMT 1212-20 s. 45–46.

5 Konkurrensverket och konfliktlösningsregeln

5.1 Utredning och prioritering

I regel inleds ett KOS-ärende av Konkurrensverket med anledning av ett tips eller ett klagomål.¹²⁹ Konkurrensverket kan även inleda ett ärende på eget initiativ.¹³⁰ I 2020-års uppföljning¹³¹ anförde Konkurrensverket att majoriteten av inkomna tips och klagomål kom från företag.¹³² Vad gäller tips och klagomål gör Konkurrensverket i varje enskilt fall en bedömning om saken ska utredas vidare eller inte. Varje tips och klagomål som kommer in till Konkurrensverket leder inte till att ett ärende öppnas. I 2020-års uppföljning anfördes att så varit fallet vid en tredjedel av anmälningarna.¹³³ Andelen tips och klagomål som inte har lett till att ett ärende öppnats är totalt sett ännu större.¹³⁴

Urvalet bestäms med hjälp av Konkurrensverkets prioriteringspolicy.¹³⁵ I bedömningen ska Konkurrensverket väga in om beteendet orsakar skada för konkurrensen och konsumenterna, förutsättningar för att kunna bedriva en effektiv utredning och ett effektivt ingripande, behovet av ett vägledande avgörande samt huruvida myndigheten är bäst lämpad att agera.¹³⁶ I bedömningen av ett beteendes skadeverkningar ska Konkurrensverket främst inrikta sig på att utreda ärenden där den offentliga aktörens beteende på lång sikt är till förfång för effektiv konkurrens. Att privata företag får svårt att träda in och utvecklas på marknaden eller tvingas avveckla verksamhet utgör, enligt Konkurrensverket, konkreta exempel på

¹²⁹ Konkurrensverket (2020) s. 27.

¹³⁰ Ibid. s. 27.

¹³¹ Se avsnitt 1.1.

¹³² Ibid. s. 27.

¹³³ Ibid. s. 31.

¹³⁴ Se Konkurrensverket (2020) s. 31 och 103. Att antalet inte kan fastställas beror på att icke-diarieförda tips och ärenden före år 2013 inte omfattades av uppföljningen år 2020.

¹³⁵ Konkurrensverket (2020) s. 28–29.

¹³⁶ Konkurrensverkets beslut dnr. 581/2019 s. 1–2.

konsekvenser av sådant beteende.¹³⁷ I fråga om klagomål från företag inleds alltid ett ärende.¹³⁸

Majoriteten av de öppnade KOS-ärendena, som omfattades av 2020-års uppföljning, avskrevs före det att en domstolsprocess hade inletts.¹³⁹ Enligt myndigheten kunde detta i vissa fall bero på att det saknades förutsättningar att bedriva en effektiv utredning. I andra fall kunde brister som medförde att reglerna inte var tillämpliga ha uppdragats först under utredningen, något som innebär att vidare utredning inte var nödvändig.¹⁴⁰ Enligt Konkurrensverket har domstolarnas tillämpning av konfliktlösningsregeln i förhållande till myndighetens utredningsresurser påverkat prioriteringen och utgjort en begränsning i antalet ärenden som myndigheten har kunnat prioritera.¹⁴¹ Domstolarnas krav på utredning av den relevanta marknaden har medfört att vissa ärenden blivit för svårutredda för att kunna prioriteras framför andra ärenden.¹⁴² Myndigheten har uttalat att det i vissa ärenden har varit svårt att ta fram data för att kunna göra en fullständig utredning av marknaden.¹⁴³ Konkurrensverket har också upplevt svårigheter i att analysera och föra bevisning om ett beteendes långsiktiga effekter på en marknad.¹⁴⁴ Konkurrensverket prioriterar inte ärenden där resursåtgången för att utreda den relevanta marknaden är oproportionerlig med nyttan av ett ingripande eller ärenden där den offentliga aktören har en mycket begränsad marknadsandel.¹⁴⁵

5.2 Frivilliga åtgärder

Ärenden där kommunen, efter det att ett tillsynsärende inletts, har vidtagit en åtgärd som undanröjer konkurrensproblemet prioriteras inte av

¹³⁷ Konkurrensverkets beslut dnr. 581/2019 s. 3.

¹³⁸ Konkurrensverket (2020) s. 31.

¹³⁹ Ibid. s. 38–39.

¹⁴⁰ Ibid. s. 38–39.

¹⁴¹ Ibid. s. 38–39.

¹⁴² Konkurrensverket (2016) s. 39.

¹⁴³ Ibid. s. 22–23.

¹⁴⁴ Ibid. s. 31–32.

¹⁴⁵ Ibid. s. 47–48.

Konkurrensverket.¹⁴⁶ Myndigheten kan i dessa fall fatta beslut om att avskrivna ärendet.¹⁴⁷ I 2020-års uppföljning konstaterade Konkurrensverket att 30 ärenden hade avskrivits från fortsatt handläggning med hänvisning till att den offentliga aktören hade ändrat sitt beteende.¹⁴⁸ Avyttring eller avveckling av säljverksamhet, upphörande av extern försäljning och lämnande av tillträde till viktig infrastruktur eller insatsvaror var exempel på sådana åtgärder.¹⁴⁹ Konkurrensverket poängterade att en nedlagd utredning inte utgjorde ett hinder mot att starta en ny utredning av samma aktör, om en aviserad frivillig åtgärd inte genomförts eller om en genomförd åtgärd inte fått avsedd effekt.¹⁵⁰ Drygt hälften av de kommuner som omfattades av 2020-års uppföljning hade vidtagit konkurrensfrämjande åtgärder utan att Konkurrensverket hade inlett ett tillsynsärende.¹⁵¹

5.3 Inflödet av tips, klagomål och ärenden

Konkurrensverket anförde i 2020-års uppföljning att antalet inkomna tips och klagomål hade minskat från år 2014. Enligt myndigheten kunde detta tolkas som ett uttryck för att konflikterna mellan offentliga och privata aktörer hade minskat. Konkurrensverket trodde dock inte att alla upplevda konkurrensproblem kom till myndighetens kännedom, varvid detta kunde utgöra en felkälla.¹⁵² Konkurrensverket anförde att vissa privata aktörer upplevde att myndighetens och domstolarnas handläggnings- och utredningstider var för långa, vilket kunde försvaga intresset av att anmäla upplevda konkurrensproblem. Konkurrensverket drog också en parallell mellan mindre företags brist på tid och resurser och minskade incitament att anmäla ett upplevt konkurrensproblem.¹⁵³

¹⁴⁶ Konkurrensverket (2016) s. 49–51.

¹⁴⁷ Konkurrensverket (2020) s. 32–33.

¹⁴⁸ Ibid. s. 38.

¹⁴⁹ Konkurrensverket (2018) s. 27–29.

¹⁵⁰ Konkurrensverket (2020) s. 37.

¹⁵¹ Ibid. s. 74–75.

¹⁵² Konkurrensverket (2020) s. 34–36.

¹⁵³ Ibid. s. 36.

I utvärderingen gjorde Konkurrensverket en jämförelse mellan antalet diarieförda KOS-ärenden och resultatet av årliga enkätundersökningar genomförda av organisationen Svenskt Näringsliv. I enkäten fick företag betygsätta kommunerna utifrån frågan: i vilken utsträckning anser du att kommunens verksamheter tränger undan privat näringsverksamhet? Sedan konfliktlösningsregelns införande år 2010 indikerade det årliga genomsnittsbetyget att kommunernas verksamheter i mindre utsträckning trängde undan privat näringsverksamhet.¹⁵⁴ Enligt Konkurrensverket talade detta för att konflikterna mellan offentliga och privata aktörer hade minskat, som ett resultat av konfliktlösningsregelns införande.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Konkurrensverket (2020) s. 34–35.

¹⁵⁵ Ibid. s. 34–35.

6 Analys och slutsatser

När kommunen och det privata konkurrerar med varandra blir marknaden en konfliktzon, vilket lagstiftaren försöker motverka med konfliktlösningsregeln. Det är viktigt att poängtera att enbart konkurrensskadlig säljverksamhet kan förbjudas. Regeln ska användas för att öppna upp marknaden samt för att jämna ut villkoren mellan kommunen och det privata så långt som möjligt. Målet är effektiv konkurrens. Härvidlag bygger konfliktlösningsregeln på tre grundantaganden. För det första, att det finns grundläggande skillnader mellan kommunen och det privata. För det andra, att skillnaderna leder till att kommunen generellt sett har en konkurrensfördel gentemot privata aktörer. För det tredje, att kommunens uppträdande på marknaden i kombination med dessa fördelar riskerar att motverka strävan efter effektiv konkurrens. I vissa fall kan det räcka med kommunens närvaro i sig själv.

Domstolarnas tillämpning av konkurrensbegränsningsrekvisitet och avgränsning av den relevanta marknaden kan bli föremål för kritik. I *Borås kommun* lämnades Konkurrensverkets talan utan bifall eftersom rätten ansåg att marknadsandelen var för obetydlig för att säljverksamheten skulle kunna få konkurrensbegränsande effekt. Å ena sidan är det logiskt att kommunens beteende måste ha någon effekt på konkurrensen, och att effekten ska vara av någon betydelse, för att den ska kunna anses vara konkurrensbegränsande. Å andra sidan prövades aldrig huruvida kommunens verksamhet de facto var konkurrensbegränsande eller inte. MD kan i detta avseende kritiseras för att inte ha tagit tillräcklig hänsyn till uttalandena i förarbetena om att kommunens närvaro i sig själv kan påverka konkurrensen negativt.

Inte heller i *Strömstads Badanstalt* eller i *ATV Media* tog MD hänsyn till de antaganden som konfliktlösningsregeln bygger på. Det är klart att marknadens storlek avgör vilken konkurrenspåverkan kommunens beteende

får, men att marknadsens omfattning är opreciserad behöver inte vara liktydigt med att säljverksamheten inte får någon som helst effekt på konkurrensen. Trots detta lämnade domstolen lättvindigt talan utan bifall både avseende spaverksamheten i *Strömstads Badanstalt* och i *ATV Media*. Detta gjordes utan att över huvud taget pröva frågan huruvida verksamheterna faktiskt var konkurrensbegränsande eller inte.

Kritik kan även riktas mot att rättstillämparen, i dessa mål, inte har beaktat skillnaderna mellan offentliga och privata aktörer i tillräcklig utsträckning. I det enskilda fallet får regeln således ett snävare skydd än vad lagstiftaren avsett. I *Skelleftebuss* var det visserligen tydligt att tingsrätten hade tagit ledning av förarbetena när den kom till slutsatsen att det kommunala företags verksamhet var skadlig för konkurrensen, men detta mål avgjordes före ovan anförda mål och prövades aldrig av MD. Sammantaget är dock antalet KOS-ärenden som prövats i domstol för få för att dra några säkra slutsatser. Det får därmed anses oklart huruvida den bristfälliga tillämpningen får någon påverkan, bortom det enskilda fallet, på det skydd som konfliktlösningsregeln ger i praktiken.

Kritik kan också riktas mot den bevispraxis som har etablerats i förhållande till både konkurrensbegränsningsrekvisitet och, framför allt, marknadsavgränsningen. Eftersom frågan om bevisning inte diskuteras i vare sig lag eller förarbeten får praxis antas utgöra gällande rätt. Det är förvisso rimligt att den som begär förbud också ska visa att förutsättningarna härför föreligger, men kravet på utredning har gjort tröskeln för att meddela förbud hög. Det bristfälliga utfallet i *Strömstads Badanstalt*, *Borås kommun* och *ATV Media* bottnade i att domstolen underkänt Konkurrensverkets respektive ATV Medias utredning av den relevanta marknaden. Domstolen verkar se förbud som en sista utväg. I både *Räddningstjänsten Dala Mitt* och i *Hässleholms kommun* fick Konkurrensverket föra omfattande bevisning om varför olika alternativ till att meddela förbud inte var gångbara, trots att kommunalförbundets respektive kommunens beteende uppenbart motverkade effektiv konkurrens.

Å ena sidan verkar MD i rättstillämpningen ta fasta på uttalandena i förarbetena om hur marknadsavgränsningen ska gå till. Eftersom lagstiftaren inte heller har angett vilka krav som ska ställas på utredningen kan domstolen inte påstås ha tillämpat rätten fel. Å andra sidan har rättstillämpningen i detta avseende fått tydliga konsekvenser bortom det enskilda fallet.

Eftersom konfliktlösningsregeln är framåtblickande måste Konkurrensverket, eller det företag som driver förbudstalan, föra bevisning om ett framtida marknadsscenario. Det torde vara naturligt svårt att föra bevisning om något som inte har hänt och den som driver talan har härvidlag att förhålla sig till begrepp som kan variera över tid.

Konkurrensverket har anfört att det ibland är svårt att ta fram tillräckligt med data för att få en fullständig bild av marknaden. Som utgångspunkt är bevisläget alltså komplicerat och ju högre beviskravet är ställt, desto mer utredning måste presenteras. Detta korrelerar i sin tur med de resurser som utredningsarbetet kommer att ta i anspråk. Sammantaget riskerar en KOS-utredning därför att bli resurskrävande.

Den förväntade resursåtgången påverkar i sin tur Konkurrensverkets prioritering i tillsynsverksamheten. Myndigheten har uttryckligen uppgett att det föreligger ett samband mellan kravet på marknadsutredning och faktumet att vissa ärenden har nedprioriterats eller lagts ned. Myndigheten har antingen ansett sig sakna kapacitet att göra en fullgod utredning eller så har ärendet varit så svårt att utreda att resursåtgången inte kunnat motiveras med nyttan av ett ingripande. Konkurrensverket anpassar sig alltså efter rättstillämpningen. När Konkurrensverket inte öppnar en utredning, eller lägger ner en utredning innan en domstolsprocess har inletts, kan detta medföra att ett konkurrensbegränsande beteende, som hade kunnat förbjudas, inte prövas av domstol. Utan domstolsprövning kan förbud inte meddelas. På så sätt kan MD:s tillämpning av konkurrensbegränsningsrekvisitet och MD:s principer för avgränsning av

den relevanta marknaden medföra att konfliktlösningsregeln i praktiken ger ett snävare skydd än vad som var avsett.

Det ska poängteras att Konkurrensverkets beslut att inte inleda en domstolsprocess inte behöver innebära att verksamheten förblir oprövad. Samtidigt torde privata företag, som har subsidiär rätt att väcka talan, generellt sett inte ha större utredningsresurser än Konkurrensverket. Därmed står ovanstående slutsats fast, vilket även stöds av faktumet att subsidiär talan bara har väckts i ett fall.

Statistiken talar också för sig själv. Endast sju mål prövade i domstol, i kontrast till över 400 inkomna tips eller klagomål. Även om ett tips eller ett klagomål bara är en indikation på ett upplevt konkurrensproblem, och inte liktydigt med att det förekommer ett beteende som faktiskt kan förbjudas, är skillnaden mellan dessa termer oproportionerligt stor. Uppenbarligen har MD:s bevispraxis målat in Konkurrensverket och domstolarna i ett hörn och regeln kan omöjligt ge det skydd som lagstiftaren avsett. I detta avseende kan MD:s tillämpning av regeln också kritiseras utifrån rättens egna utgångspunkter. En regels skydd beror på dess tillämpning. Om reglerna tillämpas fel eller, än värre, inte tillämpas över huvud taget blir det resultat som lagstiftaren vill uppnå bara en produkt på pappret. I detta fall får effektiv konkurrens stryka på foten, i förlängningen på bekostnad av både samhällsekonomin och konsumenterna.

I diskussionen måste dock kommunernas frivilliga åtgärder belysas. Att vissa kommuner efterlever regelverket utan att en domstol har meddelat förbud talar för att det avsedda skyddet i viss mån uppnås, trots att bristerna i tillämpningen medför att mycket få mål når domstol. Dessutom rapporterar Konkurrensverket om en minskning av antalet inkomna tips och ärenden i 2020-års uppföljning. Visserligen kan ingen entydig slutsats dras av uppföljningen med hänsyn till de anförda felkällorna. I kombination med resultatet av Svenskt Näringslivs enkätundersökning finns det, precis som Konkurrensverket anför, emellertid utrymme att argumentera för att reglerna

trots bristerna i tillämpningen ger ett visst skydd i praktiken. Det talar också för att domstolarnas tillämpning av konfliktlösningsregeln bara i viss mån påverkar det skydd reglerna ger i praktiken. Samtidigt kan det ifrågasättas om det är önskvärt att förlita sig på kommunernas välvilja. För ett rättssäkert och bestående skydd krävs förbud meddelat av domstol.

Sammantaget besvaras frågeställningen enligt följande. I förarbetena beskrivs hur konkurrensbegränsningsrekvisitet ska tillämpas och hur den relevanta marknaden ska avgränsas. Över lag verkar domstolarna ha följt den tänkta tillämpningen men i vissa fall har avvikande bedömningar gjorts. Tillräcklig hänsyn har inte tagits till de skillnader i förutsättningar utifrån vilka offentliga och privata aktörer bedriver näringsverksamhet. Detta har resulterat i att regelverket inte ger det skydd i praktiken som lagstiftaren avsett. Det är dock osäkert om detta får någon effekt bortom de enstaka mål där konfliktlösningsregeln har tillämpats. Ett större problem, framför allt vid marknadsavgränsning, har varit omfattningen av den utredning som käranden ställs inför för att uppnå det beviskrav som rätten tillämpar. I detta avseende har rättstillämpningen påverkat antalet ärenden som Konkurrensverket har möjlighet att hantera och utfallet har blivit att mycket få mål når domstol. På så sätt ger regeln ett snävare skydd i praktiken än vad lagstiftaren avsett.

Bristerna i tillämpningen leder tankarna till frågan om beviskravets lämplighet, i synnerhet vid avgränsning av den relevanta marknaden. Vill man att reglerna ska få sitt avsedda skydd måste antingen beviskravet sänkas eller Konkurrensverket tillföras mer utredningsresurser. Härvidlag kan också systemrättslig kritik riktas mot faktumet att Konkurrensverket ges för knappa resurser för att kunna fullfölja sina uppgifter. I ett bredare perspektiv kan den allmänna marknadsfixeringen kritiseras utifrån vad lagstiftaren vill åstadkomma med konfliktlösningsregeln. Exempelvis medförde kommunens beteende i *Växjö kommun* skada för konsumenterna, men domstolen ansåg sig inte kapabel att agera. Till syvende och sist syftar konfliktlösningsregeln till att skydda samhällsekonomin och

konsumenterna. Det kan därför anses absurt när reglerna inte kan användas för nå sitt föreskrivna mål. Om regelverket bör ändras för att få sin avsedda effekt, och i sådana fall hur, är dock en fråga som får bli föremål för en annan studie.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Tryckta källor

Offentligt tryck

Sverige

Utredningsbetänkanden

SOU 2000:117 Konkurrens på lika villkor mellan offentlig och privat sektor.

Propositioner

Prop. 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning.

Prop. 2008/09:231 Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m.

Prop. 2015/16:57 Patent- och marknadsdomstol.

Europeiska unionen

Europeiska kommissionen

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr C 372, 09/12/1997, Celexnummer 31997Y1209(01).

LITTERATUR

Craaford, Jenny och Eklund, Elisabeth (2013): 'Konfliktlösningsregeln - ett klargörande av rättsläget?'. *Ny Juridik*, nr 4:13, s. 39–57. Hämtat från JUNO <https://juno-nj-se.ludwig.lub.lu.se/b/documents/1437575?tab=literature_for#NYJUR_2013_4_S_0039_20210114030335_1> (besökt senast 2021-05-19).

Edwardsson, Ewa (2003): *Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar*. Uppsala universitet.

Hagelberg, Erik (2019): *Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet - Privata aktörers rätt att agera på en fri marknad*. Lunds universitet.

Hedelin, Johan (2013): *Kommunal konkurrensrätt*. Nordstedts Juridik, Stockholm.

Indén, Tobias (2008): *Kommunen som konkurrent*. Iustus, Uppsala.

Kleineman, Jan (2018): 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro m.fl. (red.), *Juridisk metodlära*. Andra upplagan. Studentlitteratur, Lund.

Konkurrensverket (2013): *Konkurrensen i Sverige 2013*. Konkurrensverkets rapportserie 2013:10. Hämtat från <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2013-10.pdf> (besökt senast 2021-05-23).

Konkurrensverket (2016): *Utvärdering av reglerna om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet*. Konkurrensverkets rapportserie 2016:9. Hämtat från <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2016-9.pdf> (besökt senast 2021-05-23).

Konkurrensverket (2018): Frivilliga åtgärder i offentlig säljverksamhet. Konkurrensverkets rapportserie 2018:5. Hämtat från <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapp_ort_2018-5.pdf> (besökt senast 2021-05-23).

Konkurrensverket (2019): Konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Hämtat från <<https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/informationssystem/konkurrensbegransande-offentlig-saljverksamhet.pdf>> (besökt senast 2021-05-23).

Konkurrensverket (2020): Tio år med bestämmelser om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet. Konkurrensverkets rapportserie 2020:2. Hämtat från <https://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapp_ort_2020-2.pdf> (besökt senast 2021-05-23).

Konkurrensverket: Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten Beslut 2020-02-12. Diarienummer 581/2019. Hämtat från <<https://www.konkurrensverket.se/globalassets/om-oss/prioriteringspolicy-for-tillsynsverksamhet.pdf>> (besökt senast 2021-05-23).

Konkurrensverket: Vägledning - privata företag och offentliga aktörer i konkurrens - vad gäller? Konkurrensverket. Hämtat från <https://www.konkurrensverket.se/upload/konkurrensbegransande-offentlig-saljverksamhet/story_html5.html> (besökt senast 2021-04-12).

Sandberg, Tilda (2019): *Konkurrens i balans? - En granskning av konfliktlösningsregeln i 3 kap. 27 § konkurrenslagen*. Lunds universitet.

Sandgren, Claes (2015): *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Tredje upplagan. Nordstedts Juridik, Stockholm.

Sandgren, Claes (2018): *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Fjärde upplagan. Nordstedts Juridik, Stockholm.

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 2014:1.

MD 2015:12.

MD 2015:17.

MD 2016:3

Övriga svenska domstolar

Patent- och marknadsdomstolen, dom 2020-12-17, mål PMT 1212-20.

Stockholms tingsrätt, dom 2013-07-12, mål T 8160-11.

Stockholms tingsrätt, dom 2015-11-16, mål T 9248-13.

Stockholms tingsrätt, slutligt beslut 2014-04-11, mål T 9290-11.